

Der Abschluss von Versicherungsverträgen und die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers gemäß §§ 6 und 7 VVG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
aus

Antonius Hüntemann
Leer
2009

Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Heinrich Dörner

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Petra Pohlmann

Dekan:

Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang

Tag der mündlichen Prüfung:

14. Juli 2010

Für Andrea

Vorwort

Die Idee zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Abschluss von Versicherungsverträgen und den vorvertraglichen Pflichten des Versicherers gemäß §§ 6 und 7 VVG entstand während meines Rechtsreferendariats bei der Westfälischen Provinzial Versicherung im Sommer des Jahres 2007.

Danken möchte ich der Münchener Rückversicherungsgesellschaft für die großzügige Gewährung eines Promotionsstipendiums, welches es mir erlaubte, die Dissertation im Zeitraum von Dezember 2007 bis März 2009 auszuarbeiten.

Besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Heinrich Dörner für seine Bereitschaft, die Dissertation zu betreuen sowie für die große Mühe der Erstbegutachtung.

Danken möchte ich auch Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Gewidmet ist die Arbeit meiner großen Liebe Andrea Pavlečić. Ohne ihre hingebungsvolle und aufopfernde Fürsorge und ohne ihre kritischen wie scharfsinnigen Anmerkungen im Zuge ungezählter Diskussionen wäre es mir nie gelungen, die Arbeit zu erstellen.

Dortmund, im Juli 2010

Antonius Hüntemann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
----------------------	----------

Inhaltsverzeichnis	VII
---------------------------------	------------

Literaturverzeichnis	XIX
-----------------------------------	------------

A. Einleitung	1
----------------------------	----------

I. Problemstellung	1
--------------------------	---

II. Gang der Untersuchung.....	2
--------------------------------	---

B. Der Versicherungsvertrag	3
--	----------

I. Fehlen einer Legaldefinition.....	3
--------------------------------------	---

II. Allgemeiner Definitionsansatz.....	5
--	---

III. Definition der Rechtsprechung	5
--	---

1. Entgeltlichkeit	6
--------------------------	---

2. Übernahme einer bestimmten Leistung	6
--	---

3. Eintritts eines ungewissen Ereignisses.....	7
--	---

4. Selbstständigkeit	7
----------------------------	---

5. Verteilung des Risikos auf eine Mehrzahl von der gleichen Gefahr bedrohter Personen und Zugrundeliegen einer Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl	7
--	---

IV. Kritik an den aufgezeigten Merkmalen	9
--	---

V. Zusammenfassung.....	11
-------------------------	----

C. Der Vertragsschluss und das begleitende Pflichtenprogramm	12
---	-----------

I. Der Vertragsschluss	12
------------------------------	----

1. Zusammentreffen von Versicherungsnehmer und Versicherer	12
--	----

2. Geltung der §§ 145 ff BGB.....	13
-----------------------------------	----

a. Antrag.....	13
----------------	----

aa. Empfangsbedürftige Willenserklärung.....	13
--	----

bb. Formfreiheit	14
------------------------	----

cc. Person des Antragenden	14
----------------------------------	----

dd. Bindung an den Antrag	17
---------------------------------	----

(1.) Dauer der Bindung	17
------------------------------	----

(2.) Ausschluss der Bindung	18
-----------------------------------	----

b. Annahme	19
------------------	----

aa. Empfangsbedürftige Willenserklärung.....	19
--	----

bb. Abweichen vom Antrag / § 5 VVG	19
--	----

cc. Rechtzeitigkeit der Annahme	20
---------------------------------------	----

(1.) Annahme durch Schweigen.....	20
-----------------------------------	----

(a.) Rechtsprechung des BGH.....	21
----------------------------------	----

(b.) Notwendigkeit der Prämienzahlung	22
---	----

(c.) Widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift.....	23
--	----

(2.) Zwischenergebnis.....	25
----------------------------	----

c. Weitere Voraussetzungen.....	25
---------------------------------	----

3. Zusammenfassung.....	27
-------------------------	----

II. Einbeziehung der AVB in den Versicherungsvertrag.....	28
1. Bedeutung der AVB	28
2. Einbeziehung nach altem Recht	29
3. Einbeziehung nach neuem Recht.....	31
a. Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB	31
bb. Hinweis auf die AVB	32
cc. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme.....	32
dd. Einverständnis	35
b. Einbeziehung nach § 310 Abs. 1 BGB	35
c. Einschränkung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen.....	35
aa. Teleologische Reduktion des § 305 Abs. 2 BGB.....	35
bb. Analogie zu § 49 Abs. 2 VVG.....	39
d. Bedeutung von §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV.....	40
aa. §§ 312c Abs. 1 BGB i.V.m. 1 Abs. 1 BGB-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AGB.....	41
bb. § 312c Abs. 2 Nr. 1 BGB als Einbeziehungsvoraussetzung für AGB.....	43
cc. § 6 Abs. 3 BGB-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AGB	43
dd. §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AVB.....	44
e. Einbeziehung über § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG.....	46
f. Zusammenfassung	48
III. Pflicht zur Information (§ 7 VVG).....	50
1. Gründe für die Pflicht zur Information.....	50
a. Ungleichgewichtslage zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer	50
b. Erforderlichkeit von Ausgleichsmaßnahmen	52
aa. Störung der Vertragsparität.....	52
bb. Beeinträchtigung des Wettbewerbs am Versicherungsmarkt.....	53
c. Mögliche Ausgleichsmaßnahmen.....	54
d. Getroffene Ausgleichsmaßnahmen.....	56
e. Zwischenergebnis	57
2. Richtlinienvorgaben.....	57
a. Richtlinien als Instrument europäischer Rechtssetzung	58
b. Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien	59
aa. Anforderungen an die Legislative.....	60
bb. Anforderungen an die Judikative.....	60
cc. Anforderungen an die Exekutive	62
c. Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung.....	62
aa. Richtlinienkonforme Auslegung	63
bb. Pflicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie.....	63
cc. Vertragsverletzungsverfahren	63
dd. Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie.....	64
ee. Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	65
d. „Überschießende Umsetzung“ von Richtlinien.....	66
aa. Begriff der „überschießenden Umsetzung“	66
bb. „Quasirichtlinienkonforme Auslegung“	67
e. Die Richtlinienvorgaben im Einzelnen.....	69
aa. RL 92/49/EWG	69
(1.) Informationspflichten nach Art. 31 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 und 3.....	70
(2.) Sachlicher Anwendungsbereich.....	70
(3.) Persönlicher Anwendungsbereich.....	70
(4.) Zeitpunkt der Informationserteilung	71

(5.) Form der Informationserteilung	72
bb. RL 2002/83/EG	72
(1.) Informationspflichten nach Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A	72
(2.) Sachlicher Anwendungsbereich	73
(3.) Persönlicher Anwendungsbereich	73
(4.) Zeitpunkt der Informationserteilung	75
(5.) Form der Informationserteilung	77
cc. RL 2002/65/EG	78
(1.) Informationspflichten der Art. 3 und 5 der RL 2002/65/EG	79
(2.) Sachlicher Anwendungsbereich	81
(3.) Persönlicher Anwendungsbereich	81
(4.) Zeitpunkt der Informationserteilung	82
(5.) Form der Informationserteilung	85
dd. Grenzen für die Umsetzung der Richtlinienvorgaben	85
(1.) RL 92/49/EWG	85
(2.) RL 2002/83/EG	86
(a.) Art. 36 Abs. 3 als Schrankenregelung	86
(b.) Rechtsprechung des EuGH	87
(c.) Begrenzung der Schrankenregelung auf den Anwendungsbereich der Richtlinie	89
(d.) Verhältnis zur RL 2002/65/EG	89
(3.) RL 2002/65/EG	90
3. Bisherige Umsetzung	91
a. Umsetzung der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG	91
aa. Rechtsnatur der Informationspflichten	92
bb. Anwendungsbereich der Informationspflichten	93
cc. Zeitpunkt der Informationserteilung	94
dd. Form der Informationserteilung	94
(1.) Schriftform	94
(2.) Notwendigkeit einer eigenständigen Informationsschrift	94
ee. Inhaltliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben	95
b. Umsetzung der RL 2002/65/EG	95
aa. Anwendungsbereich der Informationspflichten	96
bb. Zeitpunkt der Informationserteilung	96
cc. Form der Informationserteilung	97
dd. Inhaltliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben	97
4. Umsetzung im neuen VVG	97
a. Überblick über die Neuregelung	98
b. Sachlicher Anwendungsbereich	99
c. Persönlicher Anwendungsbereich	100
d. Inhaltliche Anforderungen an die Informationserteilung	101
aa. §§ 7 Abs. 1 VVG und 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV	102
bb. § 1 Abs. 1 VVG-InfoV	102
(1.) § 1 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV	103
(2.) § 1 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV	103
(3.) § 1 Abs. 1 Nr. 3 VVG-InfoV	104
(4.) § 1 Abs. 1 Nr. 5 VVG-InfoV	104
(5.) § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV	104
(6.) § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV	105
(7.) § 1 Abs. 1 Nr. 8 VVG-InfoV	106
(8.) § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV	107
(9.) § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV	108

(a.) Umsetzung von Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A lit. a13 RL 2002/83/EG.....	108
(b.) Verhältnis zu § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG.....	110
cc. § 2 Abs. 1 VVG-InfoV.....	111
(1.) § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV	111
(a.) Gründe für die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV	111
(b.) Mitzuteilende Kosten	113
(aa.) Abschluss-, Vertriebs- und Verwaltungskosten	113
(bb.) Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	114
(cc.) Historische Auslegung der VVG-InfoV.....	116
(dd.) Systematische Auslegung der VVG-InfoV.....	117
(ee.) Zwischenergebnis	117
(c.) Gestaltung der Kostenmitteilung.....	117
(d.) Rechtspolitische Bewertung.....	118
(e.) Vereinbarkeit mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG.....	118
(f.) Vereinbarkeit mit Grundrechten.....	119
(aa.) Art. 12 Abs. 1 GG	120
(bb.) Art. 3 Abs. 1 GG	121
(2.) § 2 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV	122
(3.) § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV	123
dd. § 2 Abs. 3 VVG-InfoV i.V.m. 154 Abs. 1 VVG.....	123
ee. § 2 Abs. 4 und Abs. 5 VVG-InfoV	124
(1.) Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	124
(2.) Zwischenergebnis	125
ff. § 4 VVG-InfoV	125
(1.) Gründe für die Einführung des Produktinformationsblattes.....	125
(2.) Begrenzter Adressatenkreis	126
(3.) § 4 Abs. 1 und Abs. 2 VVG-InfoV	126
(a.) § 4 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VVG-InfoV	127
(b.) § 4 Abs. 2 Nr. 3 VVG-InfoV	127
(c.) § 4 Abs. 2 Nr. 4 VVG-InfoV.....	127
(d.) § 4 Abs. 2 Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7 VVG-InfoV	127
(e.) § 4 Abs. 2 Nr. 8 und 9 VVG-InfoV.....	128
(4.) § 4 Abs. 3 und Abs. 4 VVG-InfoV	128
(5.) § 4 Abs. 5 VVG-InfoV.....	130
e. Zeitpunkt der Informationserteilung.....	131
aa. Meinungsstand in der Literatur	132
bb. Wortlaut des § 7 Abs. 1 VVG.....	133
cc. Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG	134
dd. Vergleich mit § 312c BGB	134
ee. Systematische Erwägungen.....	136
(1.) § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG	137
(2.) § 6 Abs. 1 VVG	139
ff. Teleologische Erwägungen.....	139
gg. Richtlinienvorgaben.....	140
hh. Stellungnahme	140
f. Form der Informationserteilung	142
aa. Notwendigkeit gedruckter Vorabinformationen	142
bb. Notwendigkeit einer eigenen Informationsbroschüre?.....	143
cc. Richtlinienkonformität	146
5. Verzicht auf vorvertragliche Information.....	146
a. Rechtsnatur des Verzichts.....	147

b. Formale Anforderungen.....	148
aa. Notwendigkeit einer eigenen Urkunde.....	148
bb. Verbindung mit anderen Dokumenten.....	149
cc. Zulässigkeit vorformulierter Verzichtserklärungen	150
c. Richtlinienkonformität von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG.....	155
aa. RL 2002/65/EG	156
bb. RL 92/49/EWG und 2002/83/EG.....	156
(1.) Richtlinienvorgaben und Harmonisierung nationaler Rechtsordnungen	156
(2.) Richtlinienvorgaben und Schutz des Versicherungsnehmers	157
(3.) Zusammenfassung	159
cc. Konsequenzen der Richtlinienwidrigkeit	159
(1.) Pflicht zur Änderung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG	159
(2.) Richtlinienkonforme Auslegung	160
6. Kritik.....	162
7. Zusammenfassung.....	164
IV. Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (§ 6 VVG).....	166
1. Begriffsbestimmung.....	167
2. Beratungsbedarf des Versicherungsnehmers	168
3. Europarechtliche Vorgaben	169
a. Inhaltliche Vorgaben der RL 2002/92/EG	171
aa. Auslegungsbedürftigkeit der RL 2002/92/EG.....	172
bb. Auslegung der RL 2002/92/EG	177
(1.) Art. 12 Abs. 2 RL 2002/92/EG	177
(2.) Art. 12 Abs. 3 RL 2002/92/EG	178
(a.) Art der Pflichten	178
(aa.) Wortlaut	178
(bb.) Entstehungsgeschichte	179
(cc.) Systematik.....	185
(dd.) Teleologische Auslegung	186
(ee.) Zwischenergebnis	187
(b.) Reichweite der Richtlinienvorgaben	187
b. Formale und zeitliche Vorgaben der RL 2002/92/EG.....	188
4. Alte Rechtslage	189
a. Grundsatz: Keine Pflicht zur Aufklärung und Beratung.....	191
b. Ausnahmen	192
aa. Falsche Tatsachenmitteilungen	192
bb. Tatsächliche Übernahme einer Beratung	193
cc. Fragen des Versicherungsnehmers	194
dd. Wunsch nach umfassender Sicherung	194
ee. Erkennbare Verfehlung des Vertragszwecks	195
ff. Erkennbarer Irrtum des Versicherungsnehmers	196
gg. Komplexität der Materie	196
hh. Initiativen des Versicherers.....	197
ii. Versicherungswechsel	198
c. Analyse der Fallgruppen	198
aa. Erkennbarkeit des Informationsbedarfs.....	198
bb. Inhalt der Pflichten.....	201
cc. Grenzen der Pflichten	202
(1.) Eigene Sachkunde des Versicherungsnehmers	202
(2.) Beschränkung der Pflichten auf das eigene Versicherungsangebot.....	203
(3.) Abraten von Versicherungsprodukten.....	203

d. Kritik.....	204
e. Alternativen zur Aufklärung und Beratung durch den Versicherer.....	206
aa. Versicherungsberater	206
bb. Versicherungsmakler	208
5. Neue Rechtslage	211
a. Pflicht zur Frage.....	211
aa. Gegenstand der Fragepflicht	213
bb. Voraussetzungen der Fragepflicht	214
(1.) Anlass zur Frage	214
(2.) Erkennbarkeit des Anlasses	216
cc. Reichweite und Grenzen der Fragepflicht	219
dd. Kritik.....	221
ee. Formale und zeitliche Anforderungen der Fragepflicht.....	222
b. Pflichten zur Beratung und Begründung	222
aa. Voraussetzungen der Pflichten zur Beratung und Begründung	222
bb. Reichweite und Grenzen der Pflichten zur Beratung und Begründung.....	223
(1.) Pflicht zur Beratung	223
(a.) Beratung trotz Interessengegensatz.....	223
(b.) Beratung über das eigene Versicherungsangebot	224
(c.) Beratung im Verhältnis zur Aufklärung des Versicherungsnehmers.....	225
(d.) Beratung im Verhältnis zu den Informationspflichten gemäß § 7 VVG	227
(e.) Abraten von Versicherungsprodukten.....	227
(f.) Beratungsaufwand im Verhältnis zur Prämienhöhe	229
(g.) § 6 Abs. 6 VVG	231
(aa.) Ausschluss der Pflichten nach § 6 Abs. 1 VVG.....	231
(bb.) Ausnahme: „Allgemeine Wahrheitspflicht“ des Versicherers.....	232
(cc.) Ausnahme: „Tatsächliche Übernahme einer Beratung“	233
(2.) Pflicht zur Begründung	233
cc. Kritik	234
dd. Formale und zeitliche Anforderungen	235
c. Pflicht zur Dokumentation.....	236
aa. Inhaltliche Anforderungen der Dokumentationspflicht	236
(1.) Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers.....	236
(2.) Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen	238
(3.) Rat und Begründung	240
bb. Formale und zeitliche Anforderungen	241
(1.) Formale Anforderungen	241
(2.) Zeitliche Anforderungen	242
d. Erfüllung der Pflichten durch den Versicherungsvertreter.....	245
6. Verzicht auf Beratung und Dokumentation.....	247
a. Reichweite und formale Anforderungen des Verzichts.....	247
b. Richtlinienkonformität von § 6 Abs. 3 VVG	250
7. Zusammenfassung	254

D. Vertragsschlussmodelle 256

I. „Antragsmodell“	256
1. Alte Rechtslage.....	256
a. Antrag und Annahme.....	256
b. Einbeziehung von AVB.....	257
c. Informationspflichten.....	257
d. Stellungnahme	257
2. Neue Rechtslage	258

a. Antrag und Annahme	258
b. Einbeziehung der AVB	258
c. Informationspflichten	259
d. Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten	262
e. Kritik	263
II. „Policenmodell“	264
1. Alte Rechtslage	265
a. Antrag und Annahme	265
b. Einbeziehung der AVB	265
c. Informationspflichten	266
d. Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben	266
aa. RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/92/EG	267
(1.) Richtlinienkonformität von § 5a VVG a.F.	267
(2.) Richtlinienwidrigkeit von § 5a VVG a.F.	269
(3.) Stellungnahme	270
bb. RL 2002/65/EG	271
2. Neue Rechtslage	271
a. Antrag und Annahme sowie Einbeziehung der AVB	271
b. Informationspflichten	273
c. Beratungspflichten	273
e. Stellungnahme	274
III. „Invitatiomodell“	274
1. „invitatio ad offerendum“	274
2. Antrag	276
3. Annahme	278
a. Ausdrückliche Annahme	278
aa. Ausdrückliche Erklärung	278
bb. Sicherstellen der Annahmeerklärung	279
(1.) Vereinbarung eines zweiten Gesprächstermins	279
(2.) Telefonische Nachfrage beim Versicherungsnehmer	279
(a.) Konkludente Einverständniserklärung	280
(b.) Ausdrückliche Einverständniserklärung	281
b. Konkludente Annahme	284
aa. Überweisen der Prämie	284
bb. Widerspruchloses Dulden einer Lastschrift	284
c. Vereinbaren einer Vertragsschlussklausel	285
aa. Vertragsschlussklausel als AGB	286
bb. Einbeziehung in den Vertrag	286
cc. Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB	288
dd. Verstoß gegen § 307 BGB	290
4. Einbeziehung der AVB	292
5. Informationspflichten	292
6. Beratungspflichten	293
7. Vorvertragliche Anzeigepflichten gemäß § 19 Abs. 1 VVG	293
a. Berücksichtigung geänderter Gefahrumstände	294
b. Fortwirken der Risikofragen	296
c. Gestaltung der Risikofragen	298
8. Widerrufsrecht	299
9. Prämienfälligkeit	302
10. Kritik	303

IV. „Vorschlagsverfahren“	304
1. Aufnahme der Vertragsdaten	304
2. Vorschlag des Versicherers	305
3. Antrag	305
4. Annahme.....	305
5. Informationspflichten	306
6. Beratungspflichten.....	306
7. Kritik.....	306
V. „Modell der bedingten Antragserklärung“	307
1. Antrag	307
2. Annahme.....	307
3. Informationspflichten	308
4. Kritik.....	310
VI. Zusammenfassung	311
E. Fehlerfolgen	312
I. Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB	312
1. Unterlassen des Hinweises oder der Übergabe der AVB	312
a. Zustandekommen des Versicherungsvertrages.....	312
aa. Verhältnis von § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB zu §§ 145 ff BGB	313
bb. § 306 Abs. 1 BGB.....	314
(1.) Einigung über die „essentialia negotii“ als Anwendungsvoraussetzung	314
(2.) Folgen bei einer fehlenden Einigung über die „essentialia negotii“	316
(a.) Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles.....	317
(b.) Ausbleiben eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles.....	319
(3.) Folgen bei einer Einigung über die „essentialia negotii“	320
b. Inhalt des Vertrages	321
aa. Dispositives Gesetzesrecht.....	322
bb. Ergänzende Vertragsauslegung	322
(1.) Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in den AVB.....	323
(2.) Ergänzende Vertragsauslegung bei Nichteinbeziehung sämtlicher AVB....	329
cc. Zwischenergebnis.....	332
c. Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 306 Abs. 3 BGB.....	332
aa. Anwendung dispositiven Gesetzesrechts	332
bb. Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung	336
cc. Keine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung.....	336
dd. Zwischenergebnis	337
2. Möglichkeiten der Heilung	338
a. Kein wirksamer Vertragsschluss	338
aa. Heilungsmöglichkeiten beim „Antragsmodell“	338
(1.) Vertragsschluss nach Übersendung des Versicherungsscheins	338
(a.) Neues Angebot des Versicherers	339
(b.) Ausdrückliche Annahme.....	339
(c.) Konkludente Annahme.....	340
(aa.) Ausschluss konkludenter Erklärungen	340
(bb.) Konkludente Annahme durch Prämienzahlung	341
(cc.) Widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift.....	342
(dd.) Nichtausüben des Widerrufsrechts	344
(2.) Nachträgliche Einbeziehung über § 5 VVG	344
bb. Heilungsmöglichkeiten beim „Invitatiomodell“	346

(1.) Vertragsschluss nach Übersendung des Versicherungsscheins	346
(2.) Einbeziehung der AVB gemäß § 5 VVG	347
b. Wirksamer Vertragsschluss	347
aa. Heilungsmöglichkeiten beim „Antragsmodell“	347
(1.) Abschluss eines Änderungsvertrages nach Übersendung des Versicherungsscheins.....	347
(2.) Einbeziehung über § 5 VVG	348
bb. Heilungsmöglichkeiten beim „Invitatiomodell“	348
(1.) Abschluss eines Änderungsvertrages nach Übersendung des Versicherungsscheins.....	348
(2.) Einbeziehung über § 5 VVG	349
3. Zusammenfassung.....	349
II. Verstoß gegen die Pflicht zur Information (§ 7 VVG).....	351
1. Zustandekommen und Inhalt des Versicherungsvertrages	352
a. Nichterteilen der Informationen.....	352
b. Schlechtereilen der Informationen.....	353
aa. Unvollständige, unklare und unverständliche bzw. nicht formgerechte Informationen.....	353
bb. Unzutreffende Informationen.....	354
(1.) Zustandekommen des Vertrages	354
(2.) Inhalt des Vertrages.....	354
(a.) Fehler in den AVB.....	354
(b.) Widerspruch zwischen vorvertraglichen Informationen und AVB.....	355
(aa.) § 305c Abs. 2 BGB	355
(bb.) Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung	356
c. Nicht rechtzeitiges Erteilen der Informationen	359
2. Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers	360
a. Nichterteilen der Informationen.....	361
aa. „Ewiges Widerrufsrecht“	361
bb. Verwirkung des „ewigen Widerrufsrechts“	361
cc. Verwirkung trotz europarechtlicher Vorgaben.....	364
dd. Zusammenfassung.....	365
b. Schlechtereilen der Informationen.....	365
c. Nicht rechtzeitiges Erteilen der Informationen	368
d. Beweisfragen.....	369
aa. Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“	369
bb. Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“	370
e. Rechtsfolgen des Widerrufs	371
aa. Vorgaben der RL 2002/65/EG	371
bb. Umsetzung im neuen VVG.....	374
(1.) Materieller Versicherungsbeginn vor Ende der Widerrufsfrist.....	374
(2.) Materieller Versicherungsbeginn nach Ende der Widerrufsfrist.....	378
3. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers	379
a. § 119 Abs. 1 1. Alt., Abs. 2 BGB	379
b. § 123 Abs. 1 BGB	381
c. Konkurrenzverhältnis zwischen Anfechtungsrechten und Widerrufsrecht.....	381
4. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB	382
a. Voraussetzungen des § 314 BGB.....	382
b. Rechtsfolgen der Kündigung	384
c. Konkurrenzen.....	384
aa. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Widerrufsrecht	384

bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Anfechtungsrechten...	385
5. Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB.....	385
a. Ersatzpflicht nach Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles	386
aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden.....	386
bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	387
(1.) Kausalitätsvermutung	387
(2.) Übertragbarkeit der Kausalitätsvermutung auf die Verletzung von Informationspflichten	388
(a.) Meinungsstand in der Literatur	389
(b.) Analyse der Rechtsprechung.....	390
(c.) Stellungnahme.....	391
(3.) Widerlegung der Kausalitätsvermutung	393
(a.) Keine Kenntnisnahme der Informationen	393
(b.) Nachträgliche Information des Versicherungsnehmers	393
(c.) Informationen in den AVB.....	395
cc. Mitverschulden.....	396
b. Ersatzpflicht vor Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles.....	396
aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden.....	396
(1.) Vertragsschluss als Schaden	396
(2.) Prämienzahlungen als Schaden.....	398
bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	399
cc. Mitverschulden.....	399
(1.) § 254 Abs. 1 BGB	399
(2.) § 254 Abs. 2 BGB	400
c. Konkurrenzen.....	401
aa. Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Widerrufsrecht	401
(1.) Problemfall: Aufhebung des Vertrages.....	402
(2.) Stellungnahme.....	404
bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Anfechtungsrechten	407
(1.) § 119 Abs. 1 und 2 BGB	407
(2.) § 123 Abs. 1 BGB	408
cc. Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Kündigungsrecht	408
6. Zusammenfassung	409
 III. Verstoß gegen die Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (§ 6 VVG).....	410
1. Pflicht zur Frage	410
a. Zustandekommen und Inhalt des Versicherungsvertrages	410
b. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers	411
c. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB	411
aa. Voraussetzungen des § 314 BGB.....	411
bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Anfechtungsrechten...	412
d. Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 5 VVG.....	412
aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden.....	412
bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	415
cc. Mitverschulden.....	416
d. Konkurrenzen	416
2. Pflichten zur Beratung und Begründung	416
a. Zustandekommen und Inhalt des Vertrages.....	417
aa. Antrag.....	419

(1.) Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ bei sofortiger Antragsstellung	419
(2.) Vertragsschlusses nach dem „Antragsmodell“ in weiteren Varianten	424
(3.) Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“	426
bb. Annahme	427
(1.) Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ bei sofortiger Antragsstellung	427
(a.) Auslegung der Annahmeerklärung gemäß § 133, 157 BGB	427
(b.) Dissens	430
(c.) § 5 VVG	431
(d.) Teleologische Reduktion von § 5 VVG	434
(2.) Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ in weiteren Varianten	436
(3.) Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“	436
cc. Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung	438
b. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers	440
c. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB	441
aa. Voraussetzungen des § 314 BGB	441
bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Anfechtungsrechten	441
d. Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 5 VVG	442
aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden	442
bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	444
(1.) Kausalitätsvermutung	444
(2.) Widerlegung der Kausalitätsvermutung	445
cc. Mitverschulden	445
dd. Konkurrenzen	447
e. „Sich-nicht-berufen-Dürfen“ des Versicherers	448
3. Pflicht zur Dokumentation	449
a. Zustandekommen und Inhalt des Versicherungsvertrages	449
b. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers	450
c. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB	451
d. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 5 VVG	451
aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden	451
bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden	452
(1.) Kausalitätsvermutung	452
(2.) Widerlegung der Kausalitätsvermutung	452
(a.) Keine Kenntnisaufnahme der Beratungsdokumentation	452
(b.) Nachreichen der Beratungsdokumentation	453
cc. Mitverschulden	453
e. Konkurrenzen	454
f. Zivilprozessuale Folgen der Verletzung der Dokumentationspflicht	454
aa. Bedeutung der Dokumentation als Beweismittel	454
bb. Beweismöglichkeiten	455
cc. Beweiserleichterungen	456
4. Zusammenfassung	459

F. Gesamtergebnis	461
I. Voraussetzungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrages	461
II. Voraussetzungen für die Einbeziehung von AVB	461
III. Anforderungen an die Erfüllung von § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV	461
IV. Anforderungen an die Erfüllung von § 6 Abs. 1 und 2 VVG	463
V. Vertragsschlussmodelle	464
VI. Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB	464

VII. Verstoß gegen die Pflicht zur Information (§ 7 VVG)	465
VIII. Verstoß gegen die Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (§ 6 VVG)...	466

Literaturverzeichnis

- Abram, Nils* Die §§ 42a bis 42 l VVG des Referentenentwurfes eines Ersten Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, RuS 2005, S. 137-143
- Angerer, August* AVB unter Gesichtspunkten der Versicherungsaufsicht, ZVersWiss 1975, S. 197-209
- Anwaltkommentar* Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, hrsg. v. *Dauner-Lieb, Barbara u.a.*, Bonn 2002
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *AnwKomm*)
- Armbrüster, Christian* Zur Verantwortung für die Festlegung des bedarfsgerechten Versicherungswertes in der Gebäudeversicherung, VersR 1997, S. 931-938
- ders.* Das allgemeine Widerrufsrecht im neuen VVG, RuS 2008, S. 493-504
- Bach, Peter* Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers nach der VAG-Novelle, in: *Recht und Ökonomie der Versicherung*, Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag, Karlsruhe 1994, S. 45-72
- Baetge, Jörg/
Kirsch, Hans-Jürgen/
Thiele, Stefan* Bilanzen, 8. Aufl., Düsseldorf 2005
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert (Hrsg.)* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG, 2. Aufl., München 2007
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ba/Ro*)
- dies.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296, AGG, ErbBauVO, WEG, 2. Aufl., München 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ba/Ro*)
- Bärenz, Christian* Die Auslegung der überschießenden Umsetzung von Richtlinien am Beispiel des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, DB 2003, S. 375-376
- Baroch Castellvi, Manuel* Der Kostenausweis in der kapitalbildenden Lebensversicherung nach der VVG-InfoV, RuS 2009, S. 1-7
- Bartmuß, Ralph* Lückenfüllung im Versicherungsvertrag, Baden-Baden 2001
(zugl. Diss. Berlin 2000)

- Basedow, Jürgen / Fock, Till* (Hrsg.) Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Band I, Tübingen 2002
- Bauer, Günter* Das AGB-Gesetz und seine Auswirkungen auf das Recht der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), BB 1978, S. 476-481
- Baumann, Frank / Beenken, Matthias* Das neue Versicherungsvertragsrecht in der Praxis, Freiburg u.a. 2008
- Baumann, Horst* Es gibt den dritten Weg, VW 2007, S. 1955-1957
- Baumbach/Hopt* Handelsgesetzbuch, bearb. v. *Hopt, Klaus J. u.a.*, 33. Aufl., München 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Baumbach/Hopt*)
- Beck'scher Versicherungsbilanz-Kommentar* Handels- und Steuerrecht - §§ 341 bis 341o HGB- hrsg. v. *Budde, Wolfgang Dieter u.a.*, München 1998
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Versicherungsbilanz-Kommentar*)
- Beckmann, Michael / Matusche-Beckmann, Annemarie* (Hrsg.) Versicherungsrechts-Handbuch, München 2004
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *VersR-Hdb*)
- dies.* Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Auflage, München 2009
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl.)
- Belz, Manfred / Beenken, Matthias* Wie soll man eine Beratung dokumentieren?, VW 2006, S. 747-750
- Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz* Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, hrsg. v. *Honsell, Heinrich u.a.*, Berlin 1999
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *BK*)
- Biagosch, Patrick / Scherer, Peter* Die Verbraucherinformation des § 10a VAG bei kapitalbildenden Lebensversicherungen, Teil II: Anforderungen an die Verbraucherinformation nach § 10a VAG bei kapitalbildenden Lebensversicherungen - Praktische Gestaltungsfragen, VW 1995, S. 429-435
- Bickel, Dietrich* Rechtsgeschäftliche Erklärungen durch Schweigen, NJW 1972, S. 607-611
- Blankenburg, Daniel* Verzicht auf Beratung und Informationsrechte nach dem neuen VVG, *VersR* 2008, S. 1446-1451
- Brandner, Gert* Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, Frankfurt a. M., 2003
(zugl. Diss. Freiburg 2003)

- Breidenbach, Stephan* Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, München 1989 (zugl. Diss. München 1988)
- Brömmelmeyer, Christoph* Transparenz durch Information, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Lebensversicherung – betriebliche Altersversorgung, VVG-Reform, Grenzüberschreitende Versicherungsleistungen in der Krankenversicherung, Der Handel mit gebrauchten Versicherungspolicen, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 26, Baden-Baden 2004, S. 115-121 (zitiert: *Brömmelmeyer*, in: *VersWissStud* (26. Bd.))
- Bruck/Möller* Versicherungsvertragsgesetz, Großkommentar, hrsg. v. *Baumann, Horst, u.a.*, Erster Band, Einführung, §§ 1-32, 9. Aufl., Berlin 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *B/M*)
- Brüss, Manfred* Jetzt ist das Ministerium am Zug, *VW* 2007, S. 1239
- Bülow, Peter*
Artz, Markus Verbraucherprivatrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008
- Calliess, Christian/*
Ruffert, Matthias (Hrsg.) EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 3. Aufl., München 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Calliess/Ruffert*)
- Canaris, Claus-Wilhelm* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zugl. Habil.-Schr. München 1967 unter dem Titel: Die Rechtsscheinhaftung im deutschen Privatrecht)
- ders.* Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: *Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski zum 70. Geburtstag*, Wien, New York 2001, S. 47-103
- Degenhart, Christoph* Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 24. Aufl., Heidelberg 2008
- Deutsch, Erwin* Das neue Versicherungsvertragsrecht mit dem Text des VVG 2008, Ein Grundriss, 6. Aufl., Karlsruhe 2007
- Domke, Frank* Ewiger Widerruf und treuwidrige Ewigkeit, Das ewige Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen im Falle von Informationsfehlern des Unternehmers, *BB* 2005, S. 1582-1585
- Dörner, Heinrich* Versicherungsrechtliche Aufklärungspflichten, in: *Lorenz, Egon* (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2000: Aufklä-

- rungspflichten, Karlsruhe 2001, S. 39-64
- ders.* Allgemeine Versicherungsbedingungen, 5. Aufl., München 2007
(zitiert: *Dörner*, AVB)
- Dörner, Heinrich/
Hoffmann, Stefan* Der Abschluss von Versicherungsverträgen nach § 5a VVG, NJW 1996, S. 153-160
- Dreher, Meinrad* Die Versicherung als Rechtsprodukt, Tübingen 1991
(zugl. Habil.-Schr. Freiburg 1989/1990)
- Drexler, Josef* Zwingendes Recht als Strukturprinzip des Europäischen Verbrauchervertragsrechts, in: Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, München 2004, S. 771-790
- Duden* Die sinn- und sachverwandten Wörter nach neuer Rechtschreibung, 2. Aufl., Mannheim 1997
- Duden* Deutsches Universalwörterbuch, 4. Aufl., Mannheim 2001
- Durstin, Oskar/
Peters, Achim* Versicherungsberater und Versicherungsmakler in der rechtspolitischen Entwicklung, VersR 2007, S. 1456-1466
- Ebers, Martin* Die Reform des VVG vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Lebensversicherung - betriebliche Altersversorgung, VVG-Reform, Grenzüberschreitende Versicherungsleistungen in der Krankenversicherung, Der Handel mit gebrauchten Versicherungspolicen, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 26, Baden-Baden 2004; S. 123-149
(zitiert: *Ebers*, in: VersWissStud (26. Bd.))
- Ebert, Ina* Schweigen im Vertrags- und Deliktsrecht, JuS 1999, S. 754-760
- Erman* Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, hrsg. v. *Westermann, Harm Peter*, Band I, 12. Aufl., Köln 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Erman*)
- Fahr, Ulrich/
Kaulbach, Detlef/
Bähr, Gunne W.* Versicherungsaufsichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *F/K/B*)
- Falken, Rüdiger* Der Versicherungsberater als Interessenvertreter des Versicherungsnehmers, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Lebensversicherung, Internationale Versicherungsverträge und Verbraucherschutz, Versicherungsvertrieb, Versicherungswissenschaftliche Studien Band

- 4, Baden-Baden, 1996, S. 147-153
(zitiert: *Falken*, in: *VersWissStud* (4. Bd.))
- Farny, Dieter* AVB unter dem Gesichtspunkt der „Produktbeschreibung“, *ZVersWiss* 1975, S. 169-184
- ders.* Versicherungsbetriebslehre, 4. Auflage, Karlsruhe 2006
- Farny, Dieter/
Helten, Elmar/
Koch, Peter/
Schmidt, Reimer* (Hrsg.) Handwörterbuch der Versicherung, Karlsruhe 1988
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *HdV*)
- Felke, Klaus/
Jordans, Roman* Der Referentenentwurf für die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, *WM* 2004, S. 166-171
- Fezer, Karl-Heinz* (Hrsg.) Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 2: §§ 5-22 UWG, München 2005
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Fezer*)
- Fleischer, Holger* Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, *AcP* 200 (2000), S. 91-120
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin u.a. 1992
- Franz, Einiko* Das Versicherungsvertragsrecht im neuen Gewand -Die Neuregelungen und ausgewählte Probleme-, *VersR* 2008, S. 298-312
- ders.* Die Reform des Versicherungsvertragsrechts - ein großer Wurf?, *DStR* 2008, S. 303-309
- Fuchs, Andreas* Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzes, *ZIP* 2000, S. 1273-1287
- Führich, Ernst* Reiserecht, Handbuch des Reisevertrags-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts, 5. Aufl., Heidelberg 2005
- Funck, Jörg* Ausgewählte Fragen aus dem Allgemeinen Teil zum neuen VVG aus der Sicht einer Rechtsabteilung, *VersR* 2008, S. 163-169
- Fürstenwerth, Frank/
Weiß, Alfons* Versicherungs-Alphabet, 10. Auflage, Karlsruhe 2001
- Gaul, Rudolf E.* Zum Abschluss des Versicherungsvertrages - Alternativen zum Antragsmodell?, *VersR* 2007, S. 21-26

- Grigoleit, Hans Christoph* Besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, S. 1151-1158
- ders.* Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, S. 900-904
- Grote, Joachim/
Schneider, Christian* VVG 2008: Das neue Versicherungsvertragsrecht, Auswirkungen auf gewerbliche Versicherungen, BB 2007, S. 2689-2702
- Grundmann, Stefan* Privatautonomie im Binnenmarkt, JZ 2000, S. 1133-1143
- Grunewald, Barbara* Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Bestimmungen über den Vertragsschluss, ZIP 1987, S. 353-357
- Habersack, Matthias/
Mayer, Christian* Die Problematik der überschießenden Umsetzung, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, § 15, S. 334-365
- Halm, Wolfgang E./
Engelbrecht, Andreas/
Krahe, Frank* (Hrsg.) Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, 3. Aufl., Köln 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Hdb FA VersR)
- Haltern, Ulrich* Europarecht, Dogmatik im Kontext, 2. Aufl., Tübingen 2007
- Hanau, Peter* Objektive Elemente im Tatbestand der Willenerklärung - Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“, AcP 165 (1965), S. 220-284
- Hefermehl, Wolfgang/
Köhler, Helmut/
Bornkamm, Joachim* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 26. Aufl., München 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: H/K/B)
- Heilmann, Wolf-Rüdiger* Informationspflichtenverordnung, Transparenz und Kosten, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft Band. 87, Karlsruhe 2008
- Heiss, Helmut* Grund und Grenzen der vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Versicherers, ZVersWiss 2003, S. 339-374
- Hemmer, Dirk* Die Einbeziehung von AVB in den Versicherungsvertrag nach neuem Recht, Schriftenreihe des Fachbereichs Versicherungswesen der Fachhochschule Köln Band. 7, Karlsruhe 1996
- Hennrichs, Joachim* Finanzierung mit Lebensversicherungen - Moderne Vertragskombinationen und allgemeine Rechtsge-

schäftslehre, JuS 2002, S. 975-981

Herresthal, Carsten

Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, EuZW 2007, S. 396-400

Herrmann, Christoph

Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003
(zugl. Diss. Bayreuth 2003)

*Hesberg, Dieter/
Karten, Walter*

Der Gesetzentwurf zur reform des deutschen Versicherungsvertragsgesetzes - Die Abspaltung der Kapitalanlage und des Risikogeschäfts, NVersZ 1999, S. 1-9

Hilgenhövel, Jens

Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung des Versicherers für Auskünfte seiner Agenten, Frankfurt a.M. 1995
(zugl. Diss. Hamburg 1995)

*Hochleitner, Wolf-Dieter/
Wolf, Manfred/
Großerichter, Helge*

Teleologische Reduktion auf Null? - Zur Unzulässigkeit einer richtlinienkonformen „Auslegung“ des § 5 Abs. 2 HWiG in der Folge der „Heininger“-Entscheidung des EuGH, WM 2002, S. 529-535

Hoffmann, Jochen

Spezielle Informationspflichten im BGB und ihre Sanktionierung, ZIP 2005, S: 829-840

ders.

Der Verbraucherbegriff des BGB nach der Umsetzung der Finanz-Fernabsatzrichtlinie, WM 2006, S. 560-567

Hoffmann, Stefan

Verbraucherschutz im deutschen Privatversicherungsrecht nach dem Wegfall der Vorabkontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Karlsruhe 1998
(zugl. Diss. Düsseldorf 1996)

Hofmann, Edgar

Die neue KfZ-Versicherung: Haftpflicht-Kasko, München 1994

ders.

Privatversicherungsrecht, 4. Aufl., München 1998

Hohlfeld, Knut

Was bleibt von der materiellen Versicherungsaufsicht nach Vollendung des Binnenmarktes?, Münsteraner Reihe H. 10, Karlsruhe 1992

ders.

Die Zukunft der Versicherungsaufsicht nach Vollendung des Binnenmarktes, VersR 1993, S. 144-150

Hohloch, Gerhard

Versicherungsrechtliche Vertrauenshaftung, VersR 1980, S. 107-118

Höller, Jürgen

Versicherungstechnologie - Ein Beitrag zur Diskussion theoretischer Grundlagen, Karlsruhe 1997

(zugl. Diss. Frankfurt a. M., 1997)

Hommelhoff, Peter

Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000, S. 889-925

Honsel, Bernd

Papierarme Agenturführung, Münsteraner Reihe H. 33, Karlsruhe 1996

ders.

Vertreterdirekteingabe nach Abschaffung des Policenmodells, VW 2007, S. 359-363

Huber, Ulrich

Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss, in: *Lorenz, Egon* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten*, Karlsruhe 2001, S. 5-38

*Hübner, Ulrich/
Matusche-Beckmann, Annemarie*

Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das Versicherungsrecht, *EuZW* 1995, S. 263-273

Ihle, Jörg

Der Informationsschutz des Versicherungsnehmers, Hamburg 2006
(zugl. Diss. Bonn 2006)

Jannott, Edgar

Auswirkungen der Deregulierung des Aufsichtsrechts auf den Versicherungsvertrieb - Eine Stellungnahme aus der deutschen Versicherungswirtschaft, *Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft Band 61*, Karlsruhe 1994

*Jarass, Hans D./
Pieroth, Bodo*

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl., München 2006
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *J/P*)

*Jarass, Hans D./
Beljin, Saša*

Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, *JZ* 2003, S. 768-777

dies.

Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung, *NVwZ* 2004, S. 1-11

Kemper, Rainer

Verbraucherschutzinstrumente, Baden-Baden 1994
(zugl. Diss. Münster 1993)

Kieninger, Eva-Maria

Informations-, Aufklärungs-, und Beratungspflichten beim Abschluss von Versicherungsverträgen, *AcP* 199 (1999), S. 190-247

Kind, Sandra

Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information - aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtegesetz, Berlin 1998
(zugl. Diss. Mainz 1997)

- Knöfel, Susanne* Auf dem Weg zu einem neuen Schuldrecht für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen - Zum schuldrechtlichen Teil eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, ZGS 2004, S. 182-187
- Köhler, Helmut* BGB Allgemeiner Teil, 31. Aufl., München 2007
- Kollhosser, Helmut* Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung und alternative Regelungen, RuS 2001, S. 89-97
- ders.* Kernpunkte der Vermittler-Richtlinie, in: *Kollhosser, Helmut* (Hrsg.), Die EU-Versicherungsvermittler-Richtlinie, Münsteraner Reihe H. 85, Karlsruhe 2003, S. 1-6
- Köndgen, Johannes* Beratungspflichten und Haftung für Beratungsfehler im Internet, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Verbraucherschutz durch und im Internet bei Abschluss von privaten Versicherungsverträgen, Altersvorsorgeverträge, VVG-Reform, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 24, Baden-Baden 2003, S. 139-156 (zitiert: *Köndgen*, in: *VersWissStud* (24. Bd.))
- Kramer, Ernst A.* Schweigen als Annahme eines Antrages, Jura 1984, S. 235-250
- Krauss, Harald* Europäische Berufsstandards für Versicherungsvermittler in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Lebensversicherung, internationale Versicherungsverträge und Verbraucherschutz, Versicherungsvertrieb, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 4, Baden-Baden 1996 (zitiert: *Krauss*, in: *VersWissStud* (2. Bd.))
- Kroll, Kathrin* Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucher-schützenden Widerrufsrechts, NJW 2008, S. 1999-2002
- Krüger, Wolfgang* Vertragsrückabwicklung im Wege des Schadensersatzes, in: *Recht und Risiko*, Festschrift für Helmut Kollhosser, Band II, Karlsruhe 2004, S. 329-341
- Langenbacher, Katja/
Gößmann, Werner/
Werner, Stefan* (Hrsg.) Zahlungsverkehr, Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, München 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *L/G/W*)
- Langer, Dirk/
Rosenow, Jörg* Konsumentenschutz bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen in der Schweiz und Europa, in: *Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer Law*, Genf u.a. 2006, S. 195-225

- Langheid, Theo* Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht, NJW 2006, S. 3317-3325
- Larenz, Karl
Wolf, Manfred* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
- Larenz, Karl/
Canaris, Claus-Wilhelm* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995
- Lettl, Tobias* Die AGB-rechtliche Relevanz einer Option in der formularmäßigen Einwilligungserklärung zur Telefonwerbung, NJW 2001, S. 43-43
- Leverenz, Kent* Wann ist die Vertragsinformation „rechtzeitig“? Am Beispiel der Lebensversicherung, VW 2008, S. 392-395
- ders.* Vertragsschluss nach der VVG-Reform, Karlsruhe 2008
- Lorenz, Egon* Zum Abschluss eines Versicherungsvertrages nach § 5a VVG, VersR 1995, S. 616-626
- ders.* Neue Aspekte zum Abschluss eines Versicherungsvertrages nach § 5a VVG, VersR 1997, S. 773-782
- ders.* Die „gewöhnheitsrechtliche“ Erfüllungshaftung des Versicherers im bisherigen und im zukünftigen Versicherungsvertragsrecht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 757-775
- Lorenz, Stephan* Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, Eine Untersuchung von Möglichkeit und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, München 1997 (zugl. Habil.-Schr. München 1996)
- ders.* Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998, S. 1053-1057
- Luckey, Christian* Konsens, Dissens und Anfechtbarkeit – Das Schicksal der Willenserklärungen und des Versicherungsvertrages unter Berücksichtigung des § 5 VVG, VersR 1994, S. 1261-1265
- Maier, Karl* Die Vorläufige Deckung nach dem Regierungsentwurf zur VVG-Reform, RuS 2006, S. 485-489
- Marlow, Sven
Spuhl, Udo* Das neue VVG kompakt, 2. Aufl. Karlsruhe 2007 (zitiert: *Marlow/Spuhl*, 2. Aufl.)

- dies.* Das Neue VVG kompakt, 3. Aufl., Karlsruhe 2008
- Martin, Anton* Verspätete Annahme von Versicherungsanträgen, ZVersWiss 1976, S. 549-564
- Marzin, Wolfgang* Kurzstatement zur Richtlinie über Versicherungsvermittlung, in: *Kollhosser, Helmut* (Hrsg.), Die EU-Versicherungsvermittler-Richtlinie, Münsteraner Reihe H. 85, Karlsruhe 2003, S. 7-11
- Matusche, Annemarie* Pflichten und Haftung des Versicherungsmaklers, 4. Aufl., Karlsruhe 1995 (zugl. Diss. Köln 1990)
- Matusche-Beckmann, Annemarie* Berufsrecht und zivilrechtliche Beratungs- und Informationspflichten für Versicherungsvermittler, NVersZ 2002, S. 385-390
- Mayer, Christian/
Schürnbrand, Jan* Einheitlich oder gespalten? - Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, S. 545-552
- Medicus, Dieter* Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., München 2006
- Meixner, Oliver/
Steinbeck, René* Das neue Versicherungsvertragsrecht, München 2008
- Meller-Hannich, Caroline* Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Private Freiheit und staatliche Ordnung, Tübingen 2005 (zugl. Habil.-Schr. Bonn 2005)
- Mensching, Christopher* Versichert mit beschränkter Haftung - Plädoyer für ein neues Haftungsregime bei der Versicherungsvermittlung durch Versicherungsvertreter-, VersR 2004, S. 19-26
- Messerschmidt, Burkhard* Hinweis- und Belehrungspflichten des Versicherers, Frankfurt a. M., 1986 (zugl. Diss. Hamburg 1986)
- Michaels, Bernd* Reformbedarf aus Sicht der Versicherungswirtschaft, in: *Kollhosser, Helmut* (Hrsg.), Reformbedarf im Versicherungsrecht, Münsteraner Reihe H. 56, Karlsruhe 1999, S. 35-68
- Micklitz, Hans-W./
Tonner, Klaus* Vertriebsrecht, Haustür-, Fernabsatzgeschäfte und elektronischer Geschäftsverkehr (§§ 312-312f; 355-359 BGB), Handkommentar, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-VertriebsR)
- Miettinen, Johanna* Die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers, Wege zu einer bedarfsgerechten Versicherung durch eine

- rechtsvergleichende Arbeit im finnischen und deutschen Recht, Karlsruhe 2005
(zugl. Diss. Greifswald 2004)
- dies.* Information und Beratung – oder doch lieber Aufklärung? -Kritik am Referentenentwurf „Erstes Gesetz zur Neuregelung der Versicherungsvermittlerrechts“ (9.12.2004), *VersR* 2005, S. 1629-1634
- Möller, Hans* Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages, *ZVersWiss.* 1962, S. 269-289
- Moll-Iffland, Erika* Versicherungsberater - ein Berufsstand zeigt sein Profil, *VW* 1996, S. 1238-1240
- Motive zum Versicherungsvertragsgesetz* Berlin 1963 (Neudruck)
- Müller, Helmut* Versicherungsbinnenmarkt - Die europäische Integration im Versicherungswesen, München 1998
(zugl. Diss. Münster 1995)
- ders.* Reformbedarf aus Sicht der Versicherungsaufsicht, in: *Kollhosser, Helmut* (Hrsg.), Reformbedarf im Versicherungsrecht, Münsteraner Reihe H. 56, Karlsruhe 1999, S. 1-34
- ders.* Die neue EU-Vermittlerrichtlinie - Überlegungen zur Umsetzung in deutsches Recht, *ZfV* 2003, S. 98-105
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Hrsg. v. *Rebmann, Kurt*, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, *ProstG*, 5. Aufl. München 2006
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *MK*)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Hrsg. v. *Rebmann, Kurt*, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl., München 2007
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *MK*)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Hrsg. v. *Rebmann, Kurt*, Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil 2, §§ 611-704, 4. Aufl., München 2005
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *MK*)
- Münster, Hubertus* Verfassungsrechtliche Überprüfung der VVG- Informationspflichtenverordnung (VVG-InfoV), *VersVerm* 2008, S. 274-275
- Musielak, Hans-Joachim* (Hrsg.) Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl., München 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Musielak*)

- Neuhaus, Kai-Jochen/
Kloth, Andreas* Praxis des neuen VVG, Arbeitsbuch für Versicherer und Vermittler, 2. Aufl., Münster 2008
- Neuner, Jörg* Die Rechtsfortbildung, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, Berlin 2006, § 13, S. 292-307
- Niederleithinger, Ernst* Zwischenbericht der VVG-Kommission vom 30. Mai 2002, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Lebensversicherung - betriebliche Altersversorgung, VVG-Reform, Grenzüberschreitende Versicherungsleistungen in der Krankenversicherung, Der Handel mit gebrauchten Policen, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 26, Baden-Baden, 2003, S. 101-113 (zitiert: *Niederleithinger*, in: *VersWissStud* (26. Bd.))
- ders.* Auf dem Weg zu einer VVG-Reform, *VersR* 2006, S. 437-447
- ders.* Das neue VVG, Baden-Baden 2007
- Oppermann, Thomas* Europarecht, 3. Aufl., München 2005
- Osing, Stefan* Informationspflichten des Versicherers und Abschluss des Versicherungsvertrages, Karlsruhe 1996 (zugl. Diss. Köln 1995)
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. *Bassenge, Peter u.a.*, 67. Aufl., München 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Palandt*, 67. Aufl.)
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. *Bassenge, Peter u.a.*, 68. Aufl., München 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Palandt*)
- Pataki, Tibor S.* Der Geschäftsbesorgungsgedanke im Versicherungsvertragsrecht, Karlsruhe 1998 (zugl. Diss. Hamburg 1998)
- Präve, Peter* Zur Umsetzung der Disclosure-Regelungen in deutsches Recht, *VW* 1993, S. 181-185
- ders.* Das Widerspruchsrecht des Versicherungsnehmers, *ZfV* 1994, S. 374-383
- ders.* Die Disclosure-Regelungen des VAG, *VW* 1994, S. 556-561
- ders.* Die Informationspflichten des Versicherers gemäß § 10a VAG, *VW* 1995, S. 90-99
- ders.* Schweigen als Zustimmung?, *RuS* 1998, S. 441-447

- ders.* Verbraucherschutz und Reformbedarf, NVersZ 2000, S. 201-207
- ders.* Die VVG-Informationspflichtenverordnung, VersR 2008, S. 151-157
- Prölss* Versicherungsaufsichtsgesetz, hrsg. von *Kollhosser, Helmut*, 12. Auflage, München 2005
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Prölss*)
- Prölss, Jürgen* Der BGH zu ausgewählten Bereichen des Versicherungsvertragsrechts, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000, S. 551-624
- ders.* Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage, bearb. v. *Knappmann, Ulrich u.a.*, München 2004
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *P/M*)
- Rehberg, Markus* Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem - Die Gewährleistung freier Produktwahl in der Privatversicherung, Baden-Baden 2003
(zugl. Diss. Berlin 2002)
- Reich, Norbert/
Micklitz, Hans W.* Europäisches Verbraucherrecht, 4.Aufl., Baden-Baden 2003
- Reichert-Facilides, Fritz* Die „Erfüllungshaftung des Versicherers für seine Agenten“, VersR 1977, 208-213
- ders.* Informations- und Beratungspflichten des Versicherers: Privat- oder aufsichtsrechtliche Zuordnung, VW 1994, S. 561-562
- Reiff, Peter* Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht, VersR 1997, S. 267-273
- ders.* Europäische Richtlinie über Versicherungsvermittlung und VVG-Reform, ZVersWiss 2001, S. 452-469
- ders.* Aspekte einer Neugestaltung des Rechtes der Versicherungsvermittlung, ZVersWiss 2002, S. 103-136
- ders.* Die Umsetzung der Versicherungsvermittlerrichtlinie in das deutsche Recht, VersR 2004, S. 142-149
- ders.* Auswirkungen der Versicherungsvermittlerrichtlinie auf die Kreditwirtschaft, WM 2006, S. 1701-1709
- ders.* Versicherungsvermittlerrecht im Umbruch
Eine Untersuchung im Auftrag der Hamburger Gesell-

- schaft zur Förderung des Versicherungswesen mbH,
Karlsruhe 2006
(zitiert: *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht)
- ders.* Das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, Karlsruhe 2007
(zitiert: *Reiff*)
- ders.* Das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, *VersR* 2007, S. 717-731
- Reiner, Günter* Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen, *AcP* 203 (2003), S. 1-45
- Renger, Reinhard* Stand, Inhalt und Probleme des neuen Versicherungsrechts - Bemerkungen zum Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der europäischen Gemeinschaften- *VersR* 1994, S. 753-759
- Richter, Arnt* Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 1980
- Riehm, Thomas* Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, *Jura* 2000, S. 505-513
- Riesenhuber, Karl* Die Auslegung, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, Berlin 2006, § 11, S. 245-272
- ders.* Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 2006
- Rixecker, Roland* VVG 2008 – Eine Einführung, IV. Beratungspflichten, *ZfS* 2007, S. 191-192
- Römer, Wolfgang* Für eine gesetzliche Regelung zur Anpassung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, *VersR* 1994, S. 125-127
- ders.* Die Informationspflichten der Versicherer -unter besonderer Berücksichtigung der Krankenversicherung, *Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft*, Band 71, Karlsruhe 1998
(zitiert: *Römer*)
- ders.* Informationspflichten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Anleger- und objektgerechte Beratung; Private Krankenversicherung; Ein Ombudsmann für Versicherungen, *Versicherungswissenschaftliche Studien* Band 11, Baden-Baden 1999, S. 23-30
(zitiert: *Römer*, in: *VersWissStud* (11. Bd.))

- ders.* Die Umsetzung der EG-Richtlinien im Versicherungsrecht in: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln u.a. 2000, S. 375-390
- ders.* Zu ausgewählten Problemen der VVG-Reform nach dem Referentenentwurf vom 13. März 2006 (Teil I), *VersR* 2006, S. 740-745
- ders.* Zu den Informationspflichten nach dem neuen VVG -Ein Vorblatt zu den AVB oder: weniger ist mehr- *VersR* 2007, S. 618-620
- ders.* Was bringt das neue VVG Neues zur Lebensversicherung, *RuS* 2008, S. 405-411
- Römer, Wolfgang/
Langheid, Theo* Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *R/L*)
- Roth, Wulf-Henning* Die Vollendung des europäischen Binnenmarktes für Versicherungen, *NJW* 1993, S. 3028-3033
- ders.* Europäisches Recht und nationales Recht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000, S. 847-888
- ders.* Die richtlinienkonforme Auslegung, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, § 14, S. 308-333
- Rott, Peter* BB-Gesetzgebungsreport: Die Umsetzung der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen im deutschen Recht, *BB* 2005, S. 53-64
- Rüffer, Wilfried;
Halbach, Dirk;
Schimikowski, Peter* (Hrsg.) Versicherungsvertragsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *HK-VVG*)
- Sachs, Michael* Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Sachs*)
- Schimansky, Herbert/
Bunte, Hermann-Josef/
Lwowski, Hans-Jürgen* (Hrsg.) Bankrechts-Handbuch, Band I, 3. Aufl., München 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Bankrechts Hdb Bd. I*)
- Schimikowski, Peter* Die Neuregelungen zum Widerrufs- und Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers, *RuS* 1994, S. 441-445
- ders.* Verbraucherinformation - Einbeziehung von AVB und Abschluss des Versicherungsvertrages, *RuS* 1996, S. 1-7

- ders.* Rechtsprobleme beim papierarmen Vertrieb und neuen Formen des Abschlusses des Versicherungsvertrages, RuS 1997, S. 89-93
- ders.* Die künftigen Informations- und Beratungspflichten der Versicherungsvermittler, Rechtspolitische Anregungen zur geplanten Umsetzung der EU-Vermittlerrichtlinie, VW 2005, S. 1912-1916
- ders.* Die Neuregelungen zum Vertrieb Versicherungsprodukten im Fernabsatz, ZfV 2005, S. 279-283
- ders.* Abschluss des Versicherungsvertrages nach neuem Recht, RuS 2006, S. 441-446
- ders.* Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten der Vermittler, in: *Müller-Peters, Horst u.a.* (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Vermittlerrichtlinie: Bürde oder Chance für die Assekuranz?, Schriftenreihe des Instituts für Versicherungswesen der Fachhochschule Köln Band 22, Karlsruhe 2006, S. 5-23
- ders.* Einbeziehung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Vertrag, RuS 2007, S. 309-313
- ders.* Vertragsabschluss nach der *Invitatio* - Lösung und das neue VVG, VW 2007, S. 715-719
- Schimikowski, Peter/
Höra, Knut* Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Köln 2008
- Schirmer, Helmut* Allgemeine Versicherungsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Aufsicht und AGB-Gesetz, ZVersWiss 1986, S. 509-571
- ders.* Änderungen des VVG nach der Deregulierung mit den Schwerpunkten: Abschluss des Versicherungsvertrages und Einbeziehung von AVB, VersR 1996, S. 1045-1056
- ders.* Beratungspflichten und Beratungsver schulden der Versicherer und ihrer Agenten - Teil I, RuS 1999, S. 133-138
- ders.* Beratungspflichten und Beratungsver schulden der Versicherer und ihrer Agenten - Teil II, RuS 1999, S. 177-186
- Schlossareck, Fred* Ansprüche des Versicherungsnehmers aus culpa in contrahendo: Ein Beitrag zur culpa in contrahendo im Bereich des Individualversicherungsrechts, Karlsruhe 1995

(zugl. Diss. Mannheim 1994)

Schlosser, Peter

BGH-Rechtsprechung zur Tagespreisklausel- 800 un-
verdiente Millionen für Mercedes? Zu den Urteilen
vom 1.2.1984 - VIII ZR 54/83 und 106/83, Jura 1984,
S. 637-643

Schmalz, Dieter

Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl.,
Baden-Baden 1998

Schmidt, Harry

Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirk-
samkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ein
Beitrag zur Auslegung der §§ 6, 9-11, 21 AGB-Gesetz,
Heidelberg 1986
(zugl. Diss. Heidelberg 1986)

*Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Hofmann, Hans/
Hopfauf, Axel*

GG, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., Köln u.a.
2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *S/H/H*)

Schmidt-Salzer, Joachim

„Versicherung“ als Technik bestimmter finanzieller
Dienstleistungen, „Versicherungsvertrag“ als Grundty-
pus und einzelne Arten von Versicherungsverträgen, in:
Recht und Ökonomie der Versicherung, Festschrift für
Egon Lorenz zum 60. Geburtstag, Karlsruhe 1994

Schmidt, Reimer

Gedanken zu einer Reform des Versicherungsvertrags-
gesetzes, NVersZ 1999, S. 401-407

Schneider, Christian

Der Vertrieb von Versicherungen über das Internet
nach Inkrafttreten der EG-Richtlinie über den Fernab-
satz von Finanzdienstleistungen, Berlin 2004
(zugl. Diss. Bonn, 2003)

ders.

Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie 2002/65/EG im
VVG –Anmerkungen zum Regierungsentwurf und zur
VVG-Reform, VersR 2004, S. 696-705

ders.

Keine Musterbelehrungen in Sicht, VW 2008, S. 1168-
1172

Schnorbus, York

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationa-
len Privatrecht, AcP 201, 2001, S. 860-901

Scholl, Wolfgang

Verbraucherschutzaspekte bei der Umsetzung der Ver-
sicherungsvermittler-Richtlinie, in: *Kollhosser, Helmut*
(Hrsg.), Die EU-Versicherungsvermittler-Richtlinie,
Münsteraner Reihe H. 85, Karlsruhe 2003, S. 33-56

Schreiber, Werner

Zur Anwendung der „Billigungsklausel“ des § 5 VVG,
VersR 1994, S. 760-773

- Schroeder, Dirk* Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre, Berlin 1983
- Schubert, Werner* Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsschluss, AcP 168 (1968), S. 470-512
- Schulze, Reiner* Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts - Einführung, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Baden-Baden, 1999, S. 9-25
(zitiert: *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.))
- Schwintowski, Hans-Peter* Informationspflichten in der Lebensversicherung, in: *Basedow, Jürgen u. a.* (Hrsg.), Informationspflichten, Europäisierung des Versicherungswesens, Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 2, Baden-Baden, 1995, S. 11-38
(zitiert: *Schwintowski*, in: *VersWissStud* (2. Bd.))
- ders.* Informationspflichten in der Lebensversicherung, VuR 1996, S. 223-240
- ders.* Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages, JZ 1996, S. 702-710
- ders.* Anleger- und objektgerechte Beratung in der Lebensversicherung, VuR 1997, S. 83-94
- ders.* Informationspflichten und effet utile, Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem, in: *Schulze, Reiner, Ebers, Martin; Grigoleit, Hans Christoph* (Hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, Tübingen 2003, S. 267-290
(zitiert: *Schwintowski*, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hrsg.))
- ders.* Neuerungen im Versicherungsvertragsrecht, ZRP 2006, S. 139-142
- Schwintowski, Hans-Peter/ Schäfer, Frank A.* Bankrecht, Commercial Banking-Investment Banking, 2. Aufl., Köln u.a. 2003
- Schwintowski, Hans-Peter/ Brömmelmeyer, Christoph* (Hrsg.) Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Münster 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *PK-VVR*)
- Seichter, Dirk/ Witzmann, Jan* Die Einwilligung in die Telefonwerbung, WRP 2007, S. 699-708

- Seybold, Eberhard* Geltungserhaltende Reduktion, Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung bei Versicherungsbedingungen, VersR 1989, S. 784-788
- Sieg, Karl* Allgemein Versicherungsbedingungen im Lichte der AGB-Gesetzesplanung, BB 1975, S. 845-846
- Stadler, Martin* VVG-Reform - Aufwand bisher unterschätzt, VW 2006, S. 1339-1343
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-14; Verschollenheitsgesetz, Neubearb. 2004, Berlin 2004
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*)
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-133, §§ 1-54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Neubearbeitung 2004, Berlin 2004
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*)
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4), Neubearbeitung 2003, Berlin 2003
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*)
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff; 241, 242; Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1983
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*, 12. Aufl.)
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einl. zu §§ 241 ff, §§ 241-243 (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben), Neubearb. 2005, Berlin 2005
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*)
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Neubearb. 2006, Berlin 2006
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*)

- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearb. 2005, Berlin, 2005
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staudinger*)
- Staudinger, Ansgar* Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte), NJW 2002, S. 653-656
- ders.* VVG-Reform und Verbraucherschutz, in: *Dörner, Heinrich u. a.* (Hrsg.), Versicherungsrechtsmodernisierung - Kritikpunkte aus nationalem und europäischem Blickwinkel, Münsteraner Reihe H. 105, Karlsruhe 2007, S. 1-22
(zitiert: *A. Staudinger*)
- Stöbener, Angela Regina* Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG-Reform, ZVersWiss 2007, S. 465-483
- Stockmeier, Hermann* Das Vertragsschlussverfahren nach neuem VVG, VersR 2008, S. 717-724
- Stoffels, Markus* AGB-Recht, München 2003
- Streinz, Rudolf* Europarecht, 7. Aufl., Heidelberg 2005
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.) EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, München 2003
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Streinz* (Hrsg.))
- Streinz, Rudolf/
Herrmann, Christoph* Der Fall „Mangold“ - eine kopernikanische Wende im Europarecht“?, RdA 2007, S. 165-169
- Taupitz, Jochen* Die Rolle der Versicherungsvertreter, Versicherungsmakler und Versicherungsberater unter Wettbewerbsbedingungen, in: *Basedow, Jürgen u.a.* (Hrsg.), Lebensversicherung, Internationale Versicherungsverträge und Verbraucherschutz, Versicherungsvertrieb, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 4, Baden-Baden, 1996, S. 105-125
(zitiert: *Taupitz*, in: *VersWissStud* (4. Bd.))
- Terbille, Michael* (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch, 2. Aufl., München 2008
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *MAH*)
- Thomas, Heinz/
Putzo, Hans* Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. Aufl., München 2007
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *T/P*)

- Thüsing, Gregor* Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?, ZIP 2005, S. 2149-2151
- Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, bearb. v. *Ulmer, Peter, u.a.*, 10. Aufl., Köln 2006
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *U/B/H*)
- Ultsch, Michael L.* Der einheitliche Verbraucherbegriff, §§ 13,14 BGB: Nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben, Baden-Baden 2006
(zugl. Diss. München 2005)
- Vahrenkamp, Kai* Verbraucherschutz bei asymmetrischer Information - Informationsökonomische Analysen verbraucherpolitischer Maßnahmen, München 1991
(zugl. Diss. München 1991)
- Wälder, Johannes* Über das Wesen der Versicherung, Berlin 1971
(zugl. Diss. Köln 1968)
- Wandt, Manfred* Verbraucherinformation und Vertragsschluss nach neuem Recht - Dogmatische Einordnung und praktische Handhabung-, Karlsruhe 1995
(zitiert: *Wandt*, Verbraucherinformation)
- ders.* Versicherungsrecht, 4. Aufl., Köln u.a. 2009
- Wandt, Manfred*
Ganster, Bastian Zur Harmonisierung von Versicherungsbeginn und Prämienfälligkeit durch AVB im Rahmen des VVG 2008, VersR 2007, S. 1034-1039
- dies.* Die Rechtsfolgen des Widerrufs eines Versicherungsvertrages gemäß § 9 VVG 2008, VersR 2008, S. 425-437
- Wegmann, Henning* Anforderungen an die Einwilligung in Telefonwerbung nach dem UWG, WRP 2007, S. 1141-1145
- Wehling, Axel*
Präve, Peter Versicherungsvertragsrecht 2008, Karlsruhe 2008
- Werber, Manfred* „Best advice“ und die Sachwalterhaftung des Versicherungsmaklers, VersR 1992, S. 917-923
- ders.* Alte und neue Informations- und Beratungspflichten des Versicherers und des Versicherungsvermittlers, ZVersWiss 1994, S. 321-348
- ders.* Differenzierung nach Schutzbedürftigkeit des Versicherungsnehmers im Versicherungsrecht, in: Festschrift für Horst Baumann, Karlsruhe 1999, S. 359-378

- ders.* Status und Pflichten der Versicherungsvermittler, insbesondere des Versicherungsmaklers, vor dem Hintergrund der Reformarbeiten, ZfV 2003, S. 419-425
- ders.* Information und Beratung des Versicherungsnehmers vor und nach Abschluss des Versicherungsvertrages, VersR 2007, S. 1153-1159
- ders.* § 6 VVG und die Haftung des Versicherers für Fehlberatung durch Versicherungsvermittler, VersR 2008, S. 285-289
- Wernink, Christoph* Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung der Versicherer für die Auskünfte seiner Agenten, Frankfurt a. M. 2003
(zugl. Diss. Münster 2002)
- Weyers, Hans-Leo/
Wandt, Manfred* Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl, München / Unterschleißheim 2003
- Wildhagen, Karl/
Heraucourt, Will* Englisch-Deutsches, Deutsch-Englisches Wörterbuch in zwei Bänden, Band I, Englisch-Deutsch, 16. Aufl., Wiesbaden 1969
- Winkler von Mohrenfels, Peter* Informationspflichten in der Sachversicherung, in: *Basedow, Jürgen u. a.* (Hrsg.), Informationspflichten, Europäisierung des Versicherungswesens, Anerkannte Grundsätze der Versicherungsmathematik, Versicherungswissenschaftliche Studien Band 2, Baden-Baden, 1995, S. 39-52
(zitiert: *Winkler von Mohrenfels*, in *VersWissStud* (2. Bd.)
- Wolf, Manfred/
Horn, Norbert/
Lindacher, Walter F.* AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 4. Aufl., München 1999
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *W/H/L*)
- Wurdack, Michael* Empfangsvertreter des Kunden, Versicherungsmagazin 2008, S. 32-34
- Zöller* Zivilprozessordnung, Kommentar, bearb. v. *Geimer, Reinhold u.a.*, 27. Aufl., Köln 2009
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Zöller*)
- Zuleeg, Manfred* Die gemeinschaftskonforme Auslegung und Fortbildung mitgliedersstaatlichen Rechts, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts, Baden-Baden, 1999, S. 163-177
(zitiert: *Zuleeg*, in: *Schulze* (Hrsg.))

Zwicker, Frank

Das europäische Verbraucherleitbild bei Finanzdienstleistungen, Bonn 2003
(zugl. Diss. Bonn 2003)

Wegen der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

*Kirchner, Hildebert/
Pannier, Dietrich*

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl.,
Berlin 2008

A. Einleitung

I. Problemstellung

Das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908¹ (VVG a.F.) hat seinen 100. Geburtstag nicht mehr erlebt. Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23. November 2007² hat zum 1. Januar 2008 ein neues Gesetz über den Versicherungsvertrag in Kraft treten lassen. Zusammen mit dem Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 19. Dezember 2006³, das bereits zum 22. Mai 2007 in Kraft getreten und mit dem die EG-Vermittlerrichtlinie (RL 2002/92/EG)⁴ in deutsches Recht umgesetzt worden ist, hat die VVG-Reform zahlreiche Veränderungen des Privatversicherungsrechts mit sich gebracht. Hierzu gehören unter anderem die Neufassung und Erweiterung der Informationspflichten des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer, welche bislang in § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. geregelt waren und nunmehr in § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV⁵ niedergelegt sind. Ergänzt werden diese generellen Informationspflichten durch die Normierung individueller Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation in § 6 Abs. 1 und 2 VVG.

Gemeinsam ist diesen Pflichten, dass sie im Zuge des Abschlusses eines Versicherungsvertrages zu erfüllen sind. Sie haben damit Auswirkungen auf die Frage, wie nach neuem Recht der Vertragsschluss unter Berücksichtigung der inhaltlichen und formellen Vorgaben des gesetzlichen Pflichtenprogramms gestaltet werden kann. Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass § 5a VVG a.F. bewusst nicht in das neue VVG übernommen worden ist, worin das Ende des Vertragsschlusses nach dem bislang in der Praxis weit verbreiteten „Policenmodell“ gesehen wird⁶.

Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass diese Pflichten in weiten Teilen auf die Vorgaben verschiedener europäischer Richtlinien zurückzuführen sind. Eröffnet ist somit der Problembereich, inwieweit der deutsche Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben richtlinienkonform umgesetzt hat, da im Falle einer richtlinienwidrigen Umsetzung Korrekturen am neuen VVG unumgänglich wären. Besondere Bedeutung gewinnt die Frage einer richtlinienkonformen Umsetzung nicht zuletzt dadurch, dass vor allem europarechtliche Bedenken der Grund dafür gewesen sind, die erst 1994 in das Gesetz aufgenommene Regelung des

¹ RGBl., S. 263.

² BGBl. I, S. 2631.

³ BGBl. I, S. 3232.

⁴ Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. EG L 9 vom 15. Januar 2003, S. 3.

⁵ Verordnung über die Informationspflichten bei Versicherungsverträgen (VVG- Informationspflichtenverordnung-VVG-InfoV) vom 18. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3004.

⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp. und S. 60 li. Sp.

§ 5a VVG a.F. nicht zu übernehmen⁷.

Mit der Neuregelung der Informations- und Beratungspflichten des Versicherers stellt sich schließlich die Frage nach den Folgen ihrer Verletzung, insbesondere welche Sekundäransprüche und Gestaltungsrechte dem Versicherungsnehmer infolge einer Pflichtverletzung zustehen können und wie die jeweiligen Rechtsfolgen miteinander konkurrieren.

Es zeigt sich, dass mit dem neuen Pflichtenkanon eine Reihe rechtlicher Fragestellungen verbunden sind, welche Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung mit sich bringen, die erst im Laufe der nächsten Jahre von Wissenschaft und Rechtsprechung beseitigt werden können⁸. Das Ziel dieser Arbeit ist es, die Voraussetzungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrages und die Einbeziehung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB) zu untersuchen sowie die inhaltlichen und formellen Anforderungen von § 6 Abs. 1 und 2 sowie § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV vor dem Hintergrund ihrer europarechtlichen Vorgaben zu analysieren und diese in denkbare Vertragsschlussmodelle zu überführen. Schließlich sollen die Konsequenzen von Verstößen gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen von AVB und die Folgen vorvertraglicher Pflichtverletzungen sowie deren Konkurrenzverhältnis zueinander untersucht werden.

Um den Umfang der Arbeit zu begrenzen, bleiben im Folgenden sowohl Fragen der betrieblichen Altersvorsorge als auch des Fernabsatzes von Versicherungen sowie Verträge über private Krankenversicherungen, Großrisiken im Sinne des Art. 10 Abs. 2 S. 1 EGVVG und eine vorläufige Deckung im Sinne der §§ 49-52 VVG weitgehend außer Betracht.

II. Gang der Untersuchung

Eingeleitet wird die Untersuchung mit einer Bestimmung der begrifflichen Merkmale des Versicherungsvertrages (unter B.). Es schließt sich der erste größere Teil der Arbeit an, in dem der Vertragsschluss und das begleitende Pflichtenprogramm untersucht werden (unter C.). Neben dem Vertragsschluss im engeren Sinne und der Einbeziehung von AVB werden hier vor allem die Informationspflichten gemäß § 7 VVG sowie die Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten gemäß § 6 VVG behandelt. Es folgt in einem zweiten Teil eine Erörterung denkbarer Vertragsschlussmodelle (unter D.). Danach werden in einem dritten Teil die Rechtsfolgen näher untersucht, die sich aus einem Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen von AVB und einer Verletzung der vorvertraglichen Pflichten des Versicherers resultieren können (unter E.). Den Abschluss der Untersuchung bildet die Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse (unter F.).

⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁸ Vgl. Römer, VersR 2007, S. 618.

B. Der Versicherungsvertrag

Was ist unter einem Versicherungsvertrag zu verstehen? Die Klärung dieser Frage ist in von entscheidender Bedeutung, schließlich werden über die begriffliche Merkmalen des Versicherungsvertrages die sog. „essentialia negotii“, also die wesentlichen Vertragsbestandteile⁹, bestimmt¹⁰, über die beim Abschluss eines Vertrages eine Einigung erzielt werden muss¹¹. Darüber hinaus entscheidet das Vorliegen eines Versicherungsvertrages im Sinne des § 1 VVG über die Anwendbarkeit des VVG¹² und somit auch darüber, ob im Zuge des Vertragsschlusses die Pflichten der §§ 6 und 7 VVG zu erfüllen sind.

I. Fehlen einer Legaldefinition

Eine Legaldefinition, aus der die Merkmale des Versicherungsvertrages abgeleitet werden konnten, enthielt das alte VVG nicht. Vielmehr hatte der Gesetzgeber im Jahre 1908 bewusst auf eine Definition des Begriffes Versicherung und damit des Versicherungsvertrages verzichtet, weil es nicht möglich sei, diesen Begriff in erschöpfender Weise durch eine gesetzliche Vorschrift festzustellen¹³. Zudem hatte er befürchtet, dass jede Begriffsbestimmung die Gefahr mit sich bringe, dass sie der praktischen und wissenschaftlichen Fortbildung des Rechts hindernd in den Weg trete¹⁴. Folglich hatte sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, in § 1 VVG a.F. lediglich die vertragstypischen Pflichten zu bestimmen¹⁵. So war es letztlich Wissenschaft und Praxis überlassen worden, einzelne Merkmale herauszuarbeiten, anhand derer im Zweifelsfall über das Vorliegen eines Versicherungsvertrages entschieden werden konnte¹⁶.

An dieser gesetzlichen Ausgangslage hat die Reform des VVG nichts Grundlegendes geändert. Zwar erwähnt § 1 VVG im Unterschied zu § 1 VVG a.F. nun ausdrücklich den Begriff des Versicherungsvertrages, jedoch ohne diesen näher zu definieren¹⁷. Aus ähnlichen Gründen wie der Gesetzgeber des alten VVG hat der des neuen VVG auf eine Legaldefinition verzichtet, da sie auf der Grundlage der aktuellen Versicherungsformen bestimmt werden müsste und damit unbeabsichtigt zukünftige Entwicklungen von Versicherungsprodukten vom Anwen-

⁹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, Einf. v. § 145, Rn. 3.

¹⁰ Vgl. *Schwintowski*, in: BK, § 1, Rn. 19.

¹¹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, Einf. v. § 145, Rn. 3.

¹² Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, Einl., Rn. 27; *Niederleithinger*, Teil A, Rn. 27; *Schwintowski*, in: BK, § 1, Rn. 19; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 20; *ders.*, Rn. 22; *Einschränkend Ebers*, in: PK-VVR, Einf. Rn. 17 und 20.

¹³ Vgl. Motive zum VVG, S. 69 f.

¹⁴ Vgl. Motive zum VVG, S. 70.

¹⁵ Vgl. Motive zum VVG, S. 70.

¹⁶ Vgl. *Hofmann*, § 2, Rn. 1; *Schwintowski*, in: BK, § 1, Rn. 19.

¹⁷ A.A. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 4f, wonach § 1 VVG eine nicht abschließende Definition des Typus Versicherungsvertrag enthalte.

dungsbereich des VVG ausgeschlossen werden könnten¹⁸.

Der Gesetzgeber folgt somit der bisherigen Tradition, in § 1 VVG lediglich die vertragstypischen Pflichten zu bestimmen¹⁹. Anders als bisher wird jedoch nicht mehr nach der als systematisch verfehlt kritisierten Unterteilung zwischen Schadensversicherung und Personenversicherung unterschieden²⁰, sondern die Pflichten werden für alle Arten von Versicherungsverträgen einheitlich benannt²¹. Zudem hebt § 1 VVG nunmehr im Anschluss an den Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (Reformkommission) vom 19. April 2004²² den Kern jeder Versicherung hervor, nämlich die (wirtschaftliche) Übernahme eines Risikos²³. Nach der Vorstellung der Reformkommission soll damit die Bestimmung des Anwendungsbereiches des VVG nicht ausschließlich der Auslegung überlassen werden²⁴. Vor diesem Hintergrund ist auch die Einschätzung des Gesetzgebers zu sehen, wonach als entscheidendes Merkmal in § 1 S. 1 VVG die Absicherung eines bestimmten Risikos durch den Versicherer festgelegt werde²⁵.

Diese Einschätzung begegnet jedoch Bedenken. Sie rühren daher, dass bereits der Abschlussbericht der Reformkommission hinsichtlich der Bedeutung des Merkmals „Übernahme eines bestimmten Risikos“ nicht eindeutig ist. Einerseits heißt es, es soll mit dem Merkmal die Bestimmung des Anwendungsbereiches des Gesetzes nicht ausschließlich der Auslegung überlassen werden²⁶. Im Folgeabsatz wird sodann ausgeführt, dass es auch andere Methoden und Vorgehensweisen als die der Versicherung gebe, um bestimmte Risiken abzusichern. So könne z.B. ein Währungs- oder Kapitalmarktrisiko durch ein Termin- oder Optionsgeschäft mit einem Dritten abgesichert werden, das bei Fälligkeit bestimmte Leistungen vorsieht. Dabei handele es sich aber weder nach geltendem Recht um „Versicherung“ noch um einen Versicherungsvertrag bzw. um einen „Versicherungsfall“ im Sinne des § 1²⁷. Die Reformkommission weist somit selbst darauf hin, dass die Übernahme eines bestimmten Risikos einen Versicherungsvertrag nicht von anderen Verträgen abgrenzen kann, die ebenfalls die Absicherung eines Risikos vorsehen. Entgegen der Einschätzung des Gesetzgebers kann daher die Übernahme eines bestimmten Risikos nicht das entscheidende Merkmal sein, um den Anwendungsbereich des VVG zu bestimmen.

Es ist daher festzuhalten, dass eine Legaldefinition des Begriffs der Versiche-

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 56, li. Sp.

¹⁹ Vgl. Brömmelmeyer, in: HK-VVG, § 1, Rn. 1; Deutsch, § 1, Rn. 1; Wandt, Rn. 20.

²⁰ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 1, Rn. 3; Meixner/Steinbeck, § 1, Rn. 2.

²¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 56, li. Sp.

²² Im Internet unter www.bmj.bund.de/media/archive/647.pdf, zuletzt abgerufen am 04.03.2009.

²³ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 8.

²⁴ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 8.

²⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 56, li. Sp.

²⁶ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 8.

²⁷ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 8.

rung und des Versicherungsvertrages auch mit der Reform des VVG nicht vorgenommen worden ist. Ebenfalls ist festzustellen, dass es nicht genügt auf das Merkmal der Abdeckung eines bestimmten Risikos abzustellen, um den Anwendungsbereich des VVG zu bestimmen. Die begrifflichen Merkmale des Versicherungsvertrages sind daher nach wie vor unabhängig von einer Legaldefinition zu entwickeln.

II. Allgemeiner Definitionsansatz

Ein denkbarer Ansatz für die Bestimmung der Merkmale des Versicherungsvertrages ist es, den Begriff der Versicherung als Gegenstand eines Versicherungsvertrages zu definieren und daraus die Merkmale dieses Vertragstyps abzuleiten. Ein solches Vorgehen trifft jedoch auf erhebliche Schwierigkeiten. In der versicherungswissenschaftlichen Literatur sind zahlreiche Versuche unternommen worden, den Begriff der Versicherung zu definieren²⁸, ohne dass eine abschließende Übereinstimmung erzielt worden ist²⁹. Die größte Schwierigkeit bei der Bildung einer einheitlichen Definition des Versicherungsbegriffes ist darin zu sehen, dass die Versicherungswissenschaft keine eigene wissenschaftliche Teildisziplin, sondern vielmehr eine Sammelwissenschaft darstellt, in der unter anderem die wissenschaftlichen Disziplinen der Betriebswirtschaftslehre, der Mathematik, der Rechtswissenschaft und der Volkswirtschaftslehre mit jeweils eigenen Arbeits- und Denkweisen zusammentreffen³⁰. Teilweise wird daher auch bezweifelt, ob überhaupt ein Versicherungsbegriff gefunden werden kann, der die Belange aller beteiligten Disziplinen ausreichend berücksichtigt³¹. Dies verdeutlicht, dass der methodische Ansatz, die Merkmale des Versicherungsvertrages aus einer allgemeinen Definition der „Versicherung“ abzuleiten, zu keinem Erfolg führt. Eine Bestimmung der Merkmale des Versicherungsvertrages hat somit unabhängig von einer allgemeinen Definition des Begriffs der Versicherung zu erfolgen.

III. Definition der Rechtsprechung

Anknüpfend an § 1 VVG a.F. sind in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und des Bundesgerichtshofes (BGH) die Merkmale des Versicherungsvertrages entwickelt worden, welche überwiegend in der rechtswissenschaftlichen Literatur übernommen worden sind³².

²⁸ Vgl. die Überblicke bei *Dreher*, S. 33 - 46; *Möller*, ZVersWiss. 1962, S. 269 (270 - 278); *Schmidt-Salzer*, in: FS für E. Lorenz, 1994, S. 587 -592; *Wälde*, S. 24 - 79.

²⁹ Vgl. *Farny*, in: HdV, S. 867.

³⁰ Vgl. *R. Schmidt*, in: HdV, S. 1244.

³¹ Vgl. *Dreher*, S. 31; *Farny*, in: HdV, S. 867; *Schwintowski*, in: BK, § 1, Rn. 18.

³² Vgl. *Baumann*, in: B/M, § 1, Rn. 17; *Deutsch*, § 1, Rn. 2; *Dörner*, in: BK Einl., Rn. 40 ff; *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 18; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 5f; *Schwintowski*, in: BK, § 1, Rn.

Das BVerwG hatte mit Blick auf § 1 Abs. 1 VAG den Begriff des Versicherungsgeschäfts zu definieren. Hierzu führte es unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 22. März 1956³³ aus, es betreibe derjenige Versicherungsgeschäfte, der Versicherungsverträge abschließe³⁴. Ein Versicherungsvertrag im Sinne des § 1 VVG a.F. liege vor, wenn der Versicherer ein Risiko übernimmt, indem er gegen Entgelt eine bestimmte Leistung für den Fall des Eintritts eines ungewissen Ereignisses übernimmt, wobei dieses Risiko auf eine Mehrzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt³⁵. Diese Definition ist in späteren Entscheidungen beibehalten worden³⁶ und in leicht abgewandelter Form auch zur Bestimmung des Begriffs des Versicherungsunternehmens im Sinne des § 1 Abs. 1 VAG herangezogen worden³⁷. Der BGH hat sich dieser Definition in seinem Urteil vom 14. Juli 1962 angeschlossen, in dem er den Versicherungsvertrag vom entgeltlichen Bürgschaftsvertrag und dem selbstständigen Garantievertrag abgegrenzt hat³⁸. In nachfolgenden Entscheidungen ist diese Definition übernommen³⁹ und später dahin erweitert worden, dass die Risikoübernahme selbständiger Gegenstand des Vertrages sein müsse und nicht in einem inneren Zusammenhang zu einem anderen Vertrag stehen dürfe, der selbst kein Versicherungsvertrag sei⁴⁰. Demnach weist ein Versicherungsvertrag folgende Merkmale auf:

1. Entgeltlichkeit

Der Versicherer muss seine Leistung gegen Entgelt versprechen. Dieses Kriterium ergibt sich aus § 1 Abs. 2 VVG a.F. bzw. nunmehr § 1 S. 2 VVG, wonach der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, an den Versicherer die Prämie bzw. die vereinbarte Zahlung zu leisten.

2. Übernahme einer bestimmten Leistung

Erforderlich ist, dass der Versicherer eine bestimmte Leistung rechtlich verbindlich übernimmt, also dem Versicherungsnehmer einen Anspruch auf die Leistung einräumt. Dieses Merkmal findet seine Grundlage in § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 VVG a.F., wonach der Versicherer bei der Schadensversicherung verpflichtet ist, den verursachten Vermögensschaden zu ersetzen und unter anderem bei der Le-

19 ff; *Hofmann*, § 2, Rn. 2; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, Kap. 1., Rn. 21; *ders.*, Rn. 23; *Weyers/Wandt*, Rn. 16.

³³ BVerwGE 3, 220.

³⁴ Vgl. BVerwG VerBAV 1961, 126 (127).

³⁵ Vgl. BVerwGE 3, 220 (221); BVerwG VerBAV 1961, 126 (127).

³⁶ Vgl. BVerwGE 90, 168 (170).

³⁷ Vgl. BVerwGE 32, 196 (197); BVerwGE 75, 155 (159f).

³⁸ Vgl. BGH VersR 1962, 974 (976).

³⁹ Vgl. BGH VersR 1964, 497 (499); BGH VersR 1968, 138.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW-RR 1991, 1013 (1014); BGH NJW-RR 1995, 324 (325).

bensversicherung den vereinbarten Betrag an Kapital oder Rente zu zahlen oder die sonst vereinbarte Leistung zu bewirken, bzw. in § 1 S. 1 VVG, wonach er sich verpflichtet, ein Risiko durch eine Leistung abzusichern.

3. Eintritts eines ungewissen Ereignisses

Das Leistungsversprechen muss für den Fall eingeräumt werden, dass ein ungewisses Ereignis eintritt, mithin sich ein Risiko oder eine Gefahr verwirklicht⁴¹. Dieses Merkmal lässt sich ebenfalls § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 VVG a.F. bzw. § 1 S. 1 VVG entnehmen, wenn es dort heißt, dass der Versicherer nach dem Eintritt des Versicherungsfalles bzw. bei Eintritt des vereinbarten Versicherungsfalles seine Leistung zu erbringen hat. Dass der Versicherungsfall ein *ungewisses* Ereignis voraussetzt, folgt aus den Bestimmungen über die Rückwärtsversicherung in § 2 Abs. 2 VVG a.F. bzw. § 2 Abs. 2 VVG, wonach der Anspruch auf die Prämie bzw. auf die Versicherungsleistung ausgeschlossen ist, wenn Kenntnis darüber besteht, dass der Eintritt des Versicherungsfalles ausgeschlossen bzw. dieser schon eingetreten ist, also eine auch nur subjektive Ungewissheit nicht besteht⁴².

4. Selbstständigkeit

Das Leistungsversprechen, mit dem der Versicherer ein wirtschaftliches Risiko übernimmt, muss selbstständiger Gegenstand des Versicherungsvertrages sein. Auch dieses Merkmal folgt aus § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 VVG a.F.⁴³ bzw. § 1 S. 1 VVG, der das Leistungsversprechen des Versicherers zum unmittelbaren Gegenstand des Vertrages macht.

5. Verteilung des Risikos auf eine Mehrzahl von der gleichen Gefahr bedrohter Personen und Zugrundeliegen einer Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl

Die unter diesem Punkt genannten Merkmale lassen sich ihrerseits nicht wie die bereits aufgezählten Kriterien am Wortlaut des § 1 VVG a.F. bzw. § 1 VVG festmachen. Fraglich ist daher, woher die Rechtsprechung diese Merkmale nimmt und was mit ihnen gemeint ist.

Angesprochen werden mit diesen Kriterien grundlegende Prinzipien der Versicherungstechnik, also der Verfahrens- und Arbeitsweisen, die für die Herstellung des Produktes Versicherungsschutz benötigt werden oder eingesetzt werden können⁴⁴. Das Gesetz der großen Zahl ist ein zentraler Satz der Wahrscheinlich-

⁴¹ Vgl. *Dörner*, in: BK, Einl., Rn. 42.

⁴² Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 1, Rn. 6.

⁴³ Vgl. *E. Lorenz*, in: VersR-Hdb, § 1, Rn. 114.

⁴⁴ Vgl. *Mehring*, in: HdV, S. 1127.

keitsrechnung⁴⁵. In vereinfachter Form besagt er, dass das durchschnittliche Ergebnis eines Zufallsexperiments sich immer mehr dessen tatsächlichen Erwartungswert annähert, je öfter dieses wiederholt wird⁴⁶. Betrachtet man die Möglichkeit des Eintritts eines Versicherungsfalls als Zufallsexperiment, können anhand empirischer Beobachtungen Aussagen über dessen Wahrscheinlichkeit getroffen werden, die umso zuverlässiger sind, je größer die Anzahl der beobachteten Fälle ist⁴⁷. Auf dieser Grundlage kann der Versicherer die Höhe der Prämien berechnen, die er erheben muss, um der Wahrscheinlichkeit nach in der Lage zu sein, die Ansprüche der Versicherungsnehmer erfüllen zu können⁴⁸.

Mit der Verteilung des Risikos auf eine Mehrzahl von der gleichen Gefahr bedrohter Personen ist die Bildung eines Risikokollektivs, auch Gefahrengemeinschaft genannt⁴⁹, gemeint⁵⁰. Die Bildung eines Risikokollektivs ermöglicht einen Risikoausgleich: Je mehr Einzelrisiken durch den Abschluss von Versicherungsverträgen zusammenfasst und je größer das so gebildete Kollektiv wird, desto eher gleichen sich die übernommenen Risiken in der Weise aus, dass sich der durchschnittliche Gesamtbedarf für Leistungen aufgrund eingetretener Versicherungsfälle dem erwarteten Gesamtbedarf annähert⁵¹, was letztlich durch das Gesetz der großen Zahlen impliziert wird. Dies führt dazu, dass im Idealfall die Gesamtheit der Versicherungsnehmer die Mittel aufbringt, welche benötigt werden, um deren Ansprüche zu erfüllen⁵². Damit verliert das Leistungsversprechen des Versicherers seinen rein spekulativen Charakter⁵³, weswegen ihm eine gewisse Sicherheit innewohnt.

Die angesprochenen versicherungstechnischen Prinzipien der Bildung eines Risikokollektivs sowie der Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Versicherung nicht ausschließlich nach den genannten Prinzipien funktioniert⁵⁴. Die Versicherungstechnik bietet weitere Möglichkeiten, ein Risiko in der Weise kalkulierbar zu machen, dass der Versicherer beim Eintritt des Versicherungsfalles die versprochene Leistung erbringen kann. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang unter ande-

⁴⁵ Vgl. *Fürstenwerth/Weiß*, Stichwort: Gesetz der großen Zahl, S. 288.

⁴⁶ Vgl. *Farny*, S. 48; *Höller*, S. 10.

⁴⁷ Vgl. *Farny*, S. 48; *Fürstenwerth/Weiß*, Stichwort: Gesetz der großen Zahl, S. 288; *Höller*, S. 10 f.

⁴⁸ Vgl. *Albrecht/Lippe*, in: HdV, S. 526; *Deutsch*, § 1, Rn. 4; *Fürstenwerth/Weiß*, Stichwort: Gesetz der großen Zahl, S. 288; *Höller*, S. 12; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 103f; *Weyers/Wandt*, Rn. 86 ff.

⁴⁹ Vgl. *Fürstenwerth/Weiß*, Stichwort: Risikoausgleich, S. 534.

⁵⁰ Vgl. *E. Lorenz*, in: VersR-Hdb, § 1, Rn. 117.

⁵¹ Vgl. *Farny*, S. 48f; *Höller*, S. 13.

⁵² Vgl. *Beckmann*, in: B/M, Einf. A., Rn. 228; *Dörner*, in: BK, Einl., Rn. 46; *E. Lorenz*, in: VersR-Hdb, Rn. 117.

⁵³ Vgl. *Deutsch*, § 1, Rn. 4; *Hofmann*, § 2, Rn. 4.

⁵⁴ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, Rn. 7 und 16; *Mehring*, in: HdV, S. 1127; *Hofmann*, § 2, Rn. 5.

rem auf die Möglichkeit der Streuung von Risiken durch die Mit-⁵⁵ und Rückversicherung⁵⁶, die Bildung von Rückstellungen⁵⁷ oder die Kalkulation von Prämien mittels Sicherheitszuschlägen⁵⁸. Entscheidend ist daher, die hier genannten Merkmale nicht wörtlich zu verstehen, sondern derart, dass das Leistungsversprechen des Versicherers auf einer versicherungstechnischen Kalkulation beruht, die es ihm aller Voraussicht nach ermöglicht, im Versicherungsfall über die erforderlichen Mittel zu verfügen⁵⁹.

IV. Kritik an den aufgezeigten Merkmalen

Die Herleitung der Merkmale eines Versicherungsvertrages mithilfe der Rechtsprechung aus § 1 VVG a.F. bzw. § 1 VVG sowie grundlegender Prinzipien der Versicherungstechnik führt zu der Herausbildung eines Vertragstypus, welcher nicht mit anderen schuldrechtlichen Verträgen, insbesondere denen des BGB, deckungsgleich ist. Traditionell wird daher der Versicherungsvertrag als synallagmatischer⁶⁰ Vertrag „sui generis“ verstanden⁶¹. Dieses Verständnis entspricht auch der Vorstellung des historischen Gesetzgebers des alten VVG. Bereits bei den Arbeiten am BGB war von der 1. Kommission diskutiert worden, ob das Versicherungsvertragsrecht im BGB geregelt werden sollte. Jedoch war diese Idee wegen der überkommenen Vorstellung verworfen worden, es handele sich beim Versicherungsvertragsrecht um eine handelsrechtliche Sondermaterie, die einer Regelung in einer geplanten Neukodifikation des Handelsrechts oder in einem speziellen Gesetz vorbehalten sein sollte⁶².

In den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts ist an der herkömmlichen Vorstellung vom Versicherungsvertrages als Vertrag „sui generis“ insbesondere von *Schünemann* vermehrt Kritik geübt und versucht worden, den Versicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB mit dienstvertraglichem Kern zu charakterisieren⁶³. Diese Kritik ist in erster Linie vor dem Hintergrund der Diskussion um die Probleme bei der Überschussbeteiligung im Be-

⁵⁵ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 16; *Kollhosser*, in: *P/M*, Vor § 58, Rn. 1; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 108 und 734; *Weyers/Wandt*, Rn. 91 und 593.

⁵⁶ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. A., Rn. 226; *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 16; *Koch*, in: HdV, S. 689 f; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 186, Rn. 2 ff; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 108; *Weyers/Wandt*, Rn. 35.

⁵⁷ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. A., Rn. 226; *Welzel*, in: HdV, S. 685.

⁵⁸ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. A., Rn. 228; *Albrecht/Lippe*, in: HdV, S. 526; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 106; *Weyers/Wandt*, Rn. 89.

⁵⁹ Ähnlich *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 16 insbesondere mit Blick auf die Möglichkeit der Versicherung von Einzelrisiken.

⁶⁰ Vgl. *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 192; *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 33; *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 22; *Deutsch*, § 1, Rn. 5; *Dörner*, in: BK, Einl., Rn. 36; *Hofmann*, § 2, Rn. 19; *Prölss*, in: *P/M*, § 1, Rn. 30.

⁶¹ Vgl. OLG Hamburg VersR 1990, 475 (477); *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 192; *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 40; *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 22; *Deutsch*, § 1, Rn. 5; *Dörner*, in: BK, Einl., Rn. 49; *Dreher*, S. 73; *Hofmann*, § 2, Rn. 19; *E. Lorenz*, in: VersR-Hdb, § 1, Rn. 149.

⁶² Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. A., Rn. 39; *Dörner*, in: BK, Einl., Rn. 3; *Dreher*, S. 65.

⁶³ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (432).

reich der kapitalbildenden Lebensversicherung zu sehen, vor allem mit Blick auf die Beteiligung der Versicherungsnehmer an sog. stillen Reserven der Versicherer⁶⁴. Nach dieser Auffassung sammelt der Versicherer über die Prämienzahlungen diejenigen Mittel ein, die benötigt werden, um beim Eintritt des Versicherungsfalles die versprochenen Leistungen zu erbringen⁶⁵. Die Leistung des Versicherers sei in der Organisation der Gefahrgemeinschaft der Versicherten sowie in der Abwicklung der Zahlungsströme zu sehen⁶⁶. Hierfür stehe ihm nur ein Teil der zu zahlenden Prämie zu, die sich als Entgelt für die Organisationsleistung begreifen lasse⁶⁷. Im Übrigen werde in seiner Hand aus den Prämienzahlungen ein Treuhandvermögen („Risikodeckungskapital“⁶⁸) gebildet, aus dem die Zahlungen bei Eintritt des Versicherungsfalles zu erbringen seien⁶⁹. Bei einer kapitalbildenden Lebensversicherung enthalte die Prämie darüber hinaus noch einen „Sparanteil“, der einem Sparvorgang, also der Kapitalanlage diene⁷⁰. Nach dieser Ansicht müssten also die Merkmale eines Versicherungsvertrages diejenigen eines Geschäftsbesorgungsvertrages im Sinne des § 675 Abs. 1 BGB verbunden mit einer Treuhandabrede sein.

Im Einzelnen soll auf die Diskussion über den Versicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag und die daran vielfach geübte Kritik⁷¹ nicht weiter eingegangen werden. Diese Idee hat sich nicht durchgesetzt⁷², denn der Gesetzgeber hat sich nicht dafür entschieden, in § 1 VVG die Pflichtenstruktur eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit Treuhandabrede zu normieren. Ein in diese Richtung zielender Gesetzentwurf ist im Jahre 1997 von der SPD-Bundestagsfraktion in den Bundestag eingebracht worden⁷³, jedoch dessen Diskontinuität zum Opfer gefallen⁷⁴. In der Folgezeit ist er auch nicht wieder aufgegriffen worden, insbesondere hat der Gesetzgeber des reformierten VVG sich nicht an der Fassung des Gesetzentwurfs aus dem Jahre 1997 orientiert. Vielmehr führt er im Anschluss an die Reformkommission⁷⁵ aus, falls eine dritte

⁶⁴ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430. Diese Problematik war Gegenstand der Urteile des BVerfG vom 26. Juli 2005 (Az.: 1 BvR 80/95, 1 BvR 782/94 und 1 BvR 957/96) und führte zu einer Neuregelung des Rechts der Überschussbeteiligung in § 153 VVG, vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 51 re. Sp.- S. 54 re. Sp. und S. 95 re. Sp. - S. 97 li. Sp.

⁶⁵ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (431).

⁶⁶ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (431).

⁶⁷ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (431).

⁶⁸ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (432).

⁶⁹ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (431).

⁷⁰ Vgl. *Schünemann*, JZ 1995, S. 430 (431).

⁷¹ Vgl. dazu im Einzelnen: *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 39; *E. Lorenz*, in: *VersR-Hdb*, § 1, Rn. 155; *Schwintowski*, in: BK, § 1, Rn. 29; *Prölss*, in: *P/M*, § 1, Rn. 23; *Pataki*, S. 13-27.

⁷² Vgl. *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 208.

⁷³ Vgl. BT-Drucks. 13/8162. Kritisch hierzu: Zum Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion: *E. Lorenz*, *VersR* 1997, S. 945 - 947; *Hesberg/Karten*, *NVersZ* 1999, S. 1-9; *Michaels*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 35 (41-44); *Müller*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 1 (27-28); *R. Schmidt*, *NVersZ* 1999, S. 401 (406-407).

⁷⁴ Vgl. *Michaels*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 35 (41).

⁷⁵ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 9.

denkbare Form der Versicherung⁷⁶, ein Geschäftsbesorgungsvertrag vieler Versicherungsnehmer mit einer rechtlichen Vergemeinschaftung der Risiken und Chancen aller beteiligten Versicherungsnehmer untereinander, in Zukunft realisiert werden sollte, würden auch derartige Verträge in den Anwendungsbereich des VVG fallen⁷⁷. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber den Abschluss einer Vielzahl von Geschäftsbesorgungsverträgen zwar als eine Möglichkeit betrachtet, eine Versicherung zu organisieren, nicht aber, dass ein Versicherungsvertrag zwingend als Geschäftsbesorgungsvertrag zu behandeln ist⁷⁸. Hierin ist eine Entscheidung zugunsten der tradierten Auffassung zu sehen, die den Versicherungsvertrag für einen synallagmatischen Vertrag „sui generis“ hält, der durch die aufgezeigten Merkmale charakterisiert wird.

V. Zusammenfassung

Die Merkmale des Versicherungsvertrages ergeben sich weder aus einer Legaldefinition noch lassen sie sich aus einer allgemeinen Definition des Begriffs der Versicherung ableiten. Vielmehr sind sie aus dem Wortlaut des § 1 VVG sowie einer Bezugnahme auf die Regeln der Versicherungstechnik zu entwickeln. Die so gewonnenen Kriterien ermöglichen eine Bestimmung „der essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages sowie des Anwendungsbereiches des VVG. Insgesamt lässt sich der Versicherungsvertrag als synallagmatischer Vertrag „sui generis“ charakterisieren, nicht aber als Geschäftsbesorgungsvertrag. Einer dementsprechenden Einordnung ist der Gesetzgeber des neuen VVG bewusst nicht gefolgt.

⁷⁶ Neben den beiden grundsätzlichen Formen der Versicherung, dem privatrechtlichen Versicherungsvertrag zwischen zwei rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Parteien, sowie dem Versicherungsschutz im Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zu einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 56 li. Sp. Die Mitgliedschaft in einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit wird durch die Begründung eines Versicherungsverhältnisses, d. h. regelmäßig mit dem Abschluss eines Versicherungsvertrages, erworben (vgl. § 20, S. 2 VAG), vgl. *Weigel*, in: *Prölss*, § 20, Rn. 3.

⁷⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 56 re. Sp.

⁷⁸ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 26.

C. Der Vertragsschluss und das begleitende Pflichtenprogramm

In diesem Teil der Arbeit werden der Vertragsschluss und das ihn begleitende Pflichtenprogramm untersucht. Behandelt werden die Fragen, welche Anforderungen an den wirksamen Abschluss eines Versicherungsvertrages (unter I.) und an die Einbeziehung von AVB (unter II.) zu stellen sind. Darüber hinaus wird geklärt, welchen Umfang die vorvertraglichen Informationspflichten des Versicherers gemäß § 7 VVG haben und wie diese im Zuge des Vertragsschlusses zu erfüllen sind (unter III.). Entsprechendes gilt für die anlassbezogenen Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (unter IV.).

I. Der Vertragsschluss

1. Zusammentreffen von Versicherungsnehmer und Versicherer

Anders als ein Versicherungsnehmer ist der Versicherer notwendigerweise immer eine juristische Person. § 7 Abs. 1 VAG bestimmt, dass ein Versicherungsunternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, einer Körperschaft oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben werden darf. Da eine juristische Person für sich gesehen nicht alleine handlungsfähig ist, muss sie immer durch einen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter vertreten werden, um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können. Mit Blick auf das Zusammentreffen von Versicherungsnehmer und Versicherer ist daher von entscheidender Bedeutung, mit welcher Art von Vertreter es der Versicherungsnehmer zu tun hat. Maßgeblich entscheidet über diese Frage, wie ein Versicherer seinen Vertriebsweg ausgestaltet.

Als klassischer Vertriebsweg kann derjenige über ein Netz von Versicherungsagenturen angesehen werden, in denen Versicherungsvertreter ausschließlich mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen eines Versicherers betraut sind (sog. Ausschließlichkeitsvertreter). Im Innenverhältnis zum Versicherer handelt es sich bei diesen Versicherungsvertretern zumeist um selbständige Handelsvertreter gemäß §§ 84 Abs. 1, 92 Abs. 1 HGB, die auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages, auch Agenturvertrag genannt, tätig werden⁷⁹, gelegentlich aber auch um Angestellte, die aufgrund eines Arbeitsvertrages für diesen ihre Tätigkeit entfalten⁸⁰. Letztere werden auch als Angestellte des Werbeaußendienstes bezeichnet⁸¹.

Im Hinblick auf die Beziehung zum Kunden hat das unterschiedliche Verhältnis des Vertreters zum Versicherer seit dem Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts stark an Bedeutung gewonnen. Nur gewerbsmäßig tätige

⁷⁹ Vgl. *Kollhossler*, in: *P/M*, § 43, Rn. 5-6; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 1-2.

⁸⁰ Vgl. *Kollhossler*, in: *P/M*, § 43, Rn. 11; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 3; *Weyers/Wandt*, Rn. 303.

⁸¹ Vgl. *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 59, Rn. 13; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 3.

und somit selbständige Versicherungsvertreter unterliegen den gewerberechtlchen Bestimmungen des § 34d GewO i.V.m. der VersVermV⁸² sowie den versicherungsvertragrechtlichen Bestimmungen der §§ 60-63 VVG, nicht aber Angestellte des Werbeaußendienstes. Letzteres folgt aus der in § 59 Abs. 2 VVG eingefügten Legaldefinition des Versicherungsvertreters und dem fehlenden Verweis in § 73 VVG auf die §§ 60-63 VVG⁸³. Mit Blick auf die Vertretungsmacht beim Vertragsschluss hat diese Unterscheidung allerdings keine Bedeutung, denn § 69 VVG, der die gesetzliche Vertretungsmacht des Versicherungsvertreters regelt, findet über § 73 VVG auch auf Angestellte des Werbeaußendienstes Anwendung⁸⁴.

Im Folgenden soll diese klassische Form des Versicherungsvertriebs über ein eigenes Netz von Versicherungsagenturen, in denen Vertreter ausschließlich die Interessen eines Versicherers wahrnehmen, der Untersuchung zugrunde gelegt werden. Es geht also um die Fälle, in denen ein Versicherungsnehmer die Agentur eines gewerbsmäßigen oder angestellten Versicherungsvertreters⁸⁵ aufsucht oder ein Versicherungsvertreter den Versicherungsnehmer in dessen Wohnung oder Gewerbe besucht.

2. Geltung der §§ 145 ff BGB

Ebenso wie das alte VVG sieht das neue VVG keine allgemeinen Regelungen über den Abschluss des Versicherungsvertrages vor⁸⁶, so dass insoweit die allgemeinen Bestimmungen des BGB anzuwenden sind. Der Vertragsschluss richtet sich folglich nach den §§ 145 ff BGB, weswegen ein Antrag und eine darauf bezogene Annahme erforderlich sind⁸⁷.

a. Antrag

aa. Empfangsbedürftige Willenserklärung

Der Antrag im Sinne des § 145 BGB stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar⁸⁸, zu dessen Wirksamkeit es nach den allgemeinen Regeln der

⁸² Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung (Versicherungsvermittlerverordnung–VersVermV) vom 15. Mai 2007, BGBl. I S. 733.

⁸³ Vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 59, Rn. 13 und § 60, Rn. 6.

⁸⁴ Vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 59, Rn. 13; *Reiff*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., Rn. 10.

⁸⁵ Aufgrund der Legaldefinition des Versicherungsvertreters in § 59 Abs. 2 VVG ist es an sich nicht zutreffend, von einem angestellten Versicherungsvertreter zu sprechen. Trotzdem soll im Folgenden der Begriff des Versicherungsvertreters auch den Angestellten des Werbeaußendienstes umfassen, da es in erster Linie um die Funktion dieser Personen als Gehilfen beim Vertragsschluss und der Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten des Versicherers ankommt. Soweit es auf die unterschiedliche Rechtsstellung zum Versicherer hinsichtlich der Funktion des Vertreters ankommt, werden die Unterschiede zwischen den Versicherungsvertretern im Sinne des § 59 Abs. 2 VVG und den Angestellten des Werbeaußendienstes hervorgehoben.

⁸⁶ Zu § 5 VVG siehe unter C. I. 2. b. bb.

⁸⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.; *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 224; *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 10; *Dörner*, in: *BK*, Einl., Rn. 24. *Leverenz*, Rn. 4/43.

⁸⁸ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 145, Rn. 1; *Flume*, § 35 I 1; *Kramer*, in: *MK*, § 145, Rn. 3.

Rechtsgeschäftslehre neben der Abgabe auch des Zugangs beim Empfänger bedarf⁸⁹. Inhaltlich muss der Antrag hinreichend bestimmt sein, also zumindest die wesentlichen Vertragsbestandteile, die sog. „essentialia negotii“, festlegen⁹⁰. Dies bedeutet, dass in den Antrag zumindest die oben herausgearbeiteten Merkmale des Versicherungsvertrages⁹¹ aufgenommen werden müssen. Darüber hinaus muss der Antrag auch rechtlich verbindlich sein, also den eindeutigen und endgültigen Willen erkennen lassen, eine rechtliche Bindung eingehen zu wollen⁹². Fehlt der Erklärung die notwendige Bestimmtheit oder die erforderliche Verbindlichkeit, so handelt es sich nicht um einen Antrag im Sinne des § 145 BGB, sondern allenfalls um eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, eine sog. „invitatio ad offerendum“. Da Willenserklärungen wie der Antrag nicht notwendig ausdrücklich erklärt werden müssen, sondern ein bestimmter Rechtsfolgswillen auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden kann⁹³, sind inhaltliche Bestimmtheit und rechtliche Verbindlichkeit gemäß §§ 133, 157 BGB im Wege der Auslegung nach dem Empfängerhorizont zu ermitteln⁹⁴.

bb. Formfreiheit

Schon in den Motiven zum alten VVG wurde ausgeführt, für den Versicherungsvertrag sei keine besondere Form vorgeschrieben⁹⁵. Insbesondere folgte aus § 3 Abs. 1 VVG a.F. nichts Gegenteiliges, da die Verpflichtung zur Aushändigung des Versicherungsscheines einen bereits abgeschlossenen Versicherungsvertrag voraussetzte⁹⁶. Es galt damit der Grundsatz der Formfreiheit⁹⁷. An dieser Rechtslage hat sich mit der Reform des VVG nichts geändert⁹⁸, da § 3 VVG im Wesentlichen mit der bisherigen Regelung übereinstimmt⁹⁹.

cc. Person des Antragenden

Im Unterschied zu anderen europäischen Rechtsordnungen, etwa in Luxemburg und Belgien, wo der Antrag zwingend vom Versicherer ausgeht¹⁰⁰, sah das alte VVG eine feste Rollenverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versiche-

⁸⁹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 130, Rn. 2; *Köhler*, § 6, Rn. 9; *Larenz/Wolf*, § 26, Rn. 1.

⁹⁰ Vgl. *Flume*, § 35 I 1; *Köhler*, § 8, Rn. 8; *Larenz/Wolf*, § 29, Rn. 17; *Medicus*, Rn. 359.

⁹¹ Vgl. oben unter B. III. 1.-5.

⁹² Vgl. *Köhler*, Rn. 9; *Kramer*, in: *MK*, § 145, Rn. 6; *Larenz/Wolf*, § 29, Rn. 19.

⁹³ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, Einf. v. § 116, Rn. 1; *Köhler*, § 6, Rn. 4; *Larenz/Wolf*, § 24, Rn. 15 und 17.

⁹⁴ Vgl. BGHZ 21, 102 (106f); 91, 324 (330); *Ellenberger*, in: *Palandt*, Einf. v. § 116, Rn. 3.

⁹⁵ Motive zum VVG, S. 75.

⁹⁶ Vgl. Motive zum VVG, S. 75; *Hofmann*, § 6, Rn. 3.

⁹⁷ Vgl. BGH VersR 1967, 795 (796); VersR 1975, 1090 (1092); *Deutsch*, § 6, Rn. 51; *Richter*, S. 82; *Weyers/Wandt*, Rn. 216.

⁹⁸ Vgl. *Deutsch*, § 6, Rn. 52; *Leverenz*, Rn. 4/13; *Wandt*, Rn. 250.

⁹⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 57 li. Sp.

¹⁰⁰ Vgl. *Basedow/Fock*, S. 15.

rer als Antragendem und Annehmendem nicht vor. Üblicherweise war es jedoch der Versicherungsnehmer, der den Antrag mittels eines Antragsformulars stellte¹⁰¹. Dieser Antrag ging dem Versicherer gemäß § 164 Abs. 3 BGB in dem Zeitpunkt zu, in dem er dem Versicherungsvertreter ausgehändigt wurde¹⁰², da dieser gemäß § 43 Nr. 1 VVG a.F., welcher direkt oder analog auch auf angestellte Versicherungsvertreter angewendet wurde¹⁰³, Empfangsvertretungsmacht für den Versicherer besaß. Die Annahme dieses Antrages konnte der Versicherungsvertreter regelmäßig nicht erklären, denn eine über den § 43 Nr. 1 VVG a.F. hinausgehende Abschlussvollmacht im Sinne des § 45 VVG a.F. hatte ein Versicherer seinem Vertreter nur in wenigen Fällen erteilt¹⁰⁴. In erster Linie stand dahinter die Erwägung, dass es so dem Versicherer ermöglicht wird, vor Abschluss eines Versicherungsvertrages das angetragene Risiko zu überprüfen, was insbesondere in risikotechnisch sensiblen Bereichen wie der Personenversicherung bedeutsam ist¹⁰⁵. Folglich wurde die Annahme entweder ausdrücklich durch eine gesonderte Erklärung entsprechend bevollmächtigter Angestellter des Innendienstes in der Zentralverwaltung des Versicherers erklärt oder, was häufiger der Fall war, konkludent durch Übersendung des Versicherungsscheins¹⁰⁶. Fraglich ist, ob das neue VVG eine zwingende Rollenverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer vorsieht, wonach der Antrag grundsätzlich vom Versicherungsnehmer ausgehen muss. Hierauf scheinen einige Bestimmungen des neuen VVG hinzudeuten¹⁰⁷:

Zum einen sieht § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG vor, dass die Widerrufsfrist erst mit dem Zugang des Versicherungsscheins beginnt, zum anderen bestimmt § 33 Abs. 1 VVG, dass die Prämie erst zwei Wochen nach Zugang des Versicherungsscheines fällig wird. Sowohl der Beginn der Widerrufsfrist mit Zugang des Versicherungsscheins als auch die Prämienfälligkeit ab diesem Zeitpunkt scheinen auf den ersten Blick nur dann sinnvoll zu sein, wenn der Versicherungsnehmer vorher ein Angebot gemacht hat, welches konkludent durch Übersendung des Versicherungsscheins angenommen wird. Gleichwohl kann aus diesen Normen nicht auf eine gesetzliche Rollenverteilung geschlossen werden, da der Zugang des Versicherungsscheins nicht zwingend mit einer Annahmeerklärung des Versicherers gleichgesetzt werden muss. So ist es durchaus denkbar, dass der Versicherer ein Angebot macht, welches der Versicherungsnehmer annimmt und

¹⁰¹ Vgl. BGH VersR 1975, 1090 (1092); *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 14; *Schimikowski*, RuS 2006, S. 441 (443); *Weyers/Wandt*, Rn. 215.

¹⁰² Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 16; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 31.

¹⁰³ Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 11; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 15f; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 30f; *ders.*, *ZVersWiss* 2002, S. 103 (107).

¹⁰⁴ Vgl. *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 12.

¹⁰⁵ Vgl. *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 12.

¹⁰⁶ Vgl. BGH VersR 1975, 1090 (1092); *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 22; *Weyers/Wandt*, Rn. 218.

¹⁰⁷ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 10; *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (716).

erst danach der Versicherungsschein gemäß § 3 Abs. 1 VVG ausgestellt und übermittelt wird. Dies entspricht auch im eigentlichen Sinne der Funktion des Versicherungsscheins, nämlich einen bereits abgeschlossenen Versicherungsvertrag zu dokumentieren¹⁰⁸ und den Versicherungsnehmer über den Inhalt des Vertrages zu informieren¹⁰⁹.

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 19 Abs. 1 S. 2 VVG. Dort heißt es, dass der Versicherungsnehmer zur Anzeige von Gefahrumständen verpflichtet ist, wenn der Versicherer nach der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers, aber vor der Vertragsannahme, Fragen im Sinne des § 19 Abs. 1 S. 1 VVG stellt. Diese Bestimmung kann schließlich auch so verstanden werden, dass sie nur eine Regelung für den Fall trifft, in dem der Versicherungsnehmer einen Antrag stellt, ohne dass dies jedoch zwingend der Fall sein muss.

Gegen eine zwingende Rollenverteilung spricht vielmehr, dass in § 7 Abs. 1 S. 1 VVG nicht von dem „Antrag“, sondern der „Vertragserklärung“ die Rede ist, worunter jede auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung zu verstehen ist¹¹⁰. Auch die Gesetzesbegründung spricht in erster Linie dagegen, den Versicherungsnehmer zwingend als Antragenden zu sehen¹¹¹. Es ist daher davon auszugehen, dass auch das neue VVG eine zwingende Rollenverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer nicht vorsieht, so dass sich insoweit an der bisherigen Rechtslage nichts geändert hat¹¹².

Mithin können sowohl der Versicherungsnehmer als auch der Versicherer den Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages erklären. Für den Fall der Antragsstellung durch den Versicherer ist jedoch zu berücksichtigen, dass einem Versicherungsvertreter über die Empfangsvollmacht des § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG (ggf. i.V.m. § 73 VVG) hinaus auch eine Abschlussvollmacht gemäß § 71 VVG (ggf. i.V.m. § 73 VVG) erteilt worden sein muss, wenn dieser als Vertreter für den Versicherer die Angebotserklärung abgeben soll. Möchte ein Versicherer seinem Versicherungsvertreter keine Abschlussvollmacht erteilen, so kann der Versicherer durch entsprechend bevollmächtigte Angestellte des Innendienstes das Angebot auf Abschluss des Vertrages erklären und diese Erklärung direkt an

¹⁰⁸ Vgl. Schwintowski, in: BK, § 3, Rn. 5; Weyers/Wandt, Rn. 238.

¹⁰⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 57 li. Sp.

¹¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 re. Sp., ebenso BT-Drucks. 15/2946, S. 20 re. Sp. zu § 312c BGB; Schimikowski, VW 2007, S. 715 (716).

¹¹¹ Vgl. zwar: BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.: „...bevor der Versicherungsnehmer seine Vertragserklärung abgibt, an die er nach § 145 BGB gebunden ist, abgibt“, jedoch: BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.: „Demnach kann der Versicherungsvertrag in der Weise geschlossen werden, dass der Versicherungsnehmer einen Antrag im Sinne des § 145 BGB erklärt“; BT-Drucks. 16/3945, S. 60 : „Maßgebender Zeitpunkt (...) ist die Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers, in der Regelsein Vertragsantrag“; BT-Drucks. 16/3945, S. 65 li. Sp.: „Dies ist in der Praxis meist der Antrag des Versicherungsnehmers, im bisher seltenen Fall der Antragsstellung durch den Versicherer die Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers“.

¹¹² Vgl. Deutsch, § 6, Rn. 58; Leverenz, Rn. 4/43; Marlow/Spuhl, S. 9; Neuhaus/Kloth, S. 28; Niederleithinger, VersR 2006, S. 437 (440); Wandt, Rn. 249.

den Versicherungsnehmer übersenden oder über den Versicherungsvertreter als Boten weiterleiten. Insoweit ist die Funktion eines Versicherungsvertreters weitgehend die eines Verhandlungsgehilfen, der in erster Linie zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses tätig wird, indem er die zur Angebotserstellung notwendigen Informationen aufnimmt und an den Versicherer übermittelt.

dd. Bindung an den Antrag

Mit dem Zugang des Antrages ist der Erklärende grundsätzlich gemäß § 145 BGB an seinen Antrag gebunden. Der Erklärungsempfänger kann allein durch seine Annahmeerklärung den Vertrag zustande bringen. Diese Bindung endet erst mit Erlöschen des Antrages gemäß § 146 BGB.

(1.) Dauer der Bindung

Überwiegend sehen Antragsformulare eine Annahmefrist im Sinne des § 148 BGB von zwei bis sechs Wochen vor¹¹³, so dass der Versicherungsnehmer als Antragssteller sich für diesen Zeitraum an seinen Antrag bindet und der Versicherer innerhalb dieser Frist die Annahme erklären kann. Ist eine Annahmefrist nicht ausdrücklich bestimmt, richtet sich die Dauer der Bindung nach § 147 BGB.

Bei der Vertragsbahnung in den Agenturen der Versicherungsvertreter oder anlässlich eines Vertreterbesuchs beim Kunden liegt bei Antragsstellung durch den Versicherungsnehmer ein Antrag unter Anwesenden im Sinne des § 147 Abs. 1 BGB vor, so dass dieser regelmäßig nur sofort angenommen werden könnte. Mit Blick auf die gemäß § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG im Grundsatz vorgesehene Stellung des Versicherungsvertreters als Empfangsvertreter überzeugt diese Sichtweise nur, wenn dieser ausnahmsweise gemäß §§ 73, 71 VVG auch über eine Abschlussvollmacht verfügt und damit die Annahme erklären könnte. Folglich ist im gesetzlichen Regelfall entweder von einem Antrag unter Abwesenden¹¹⁴ oder von einer stillschweigenden Einräumung einer Annahmefrist im Sinne des § 148 BGB auszugehen, deren Dauer sich an § 147 Abs. 2 BGB orientiert¹¹⁵.

Bei einer Antragsstellung durch den Versicherer, vertreten durch einen Versicherungsvertreter mit Abschlussvollmacht, liegt ebenfalls ein Angebot unter Anwesenden gemäß § 147 Abs. 1 BGB vor. Zwar könnte der Versicherungsnehmer sofort die Annahme erklären, jedoch wird er unter Umständen eine gewisse Bedenkzeit benötigen. Wird eine Annahmefrist nicht ausdrücklich be-

¹¹³ Vgl. BGH VersR 1975, 1090 (1092); *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 30.

¹¹⁴ Vgl. OLG Frankfurt BB 1995, 2440 (2441).

¹¹⁵ Vgl. *Bork*, in: *Staudinger*, § 147, Rn. 3; *Kramer*, in: MK, § 147, Rn. 2. Aus der Entscheidung BGH NJW 1996, 1065 kann nicht geschlossen werden, dass ein Antrag gegenüber einem Empfangsvertreter als Antrag unter Anwesenden zu behandeln ist. Die Ausführungen des BGH beziehen sich nur auf eine Empfangsperson als vollmachtlosem Vertreter. Auf die Figur des Empfangsvertreters wird nicht eingegangen.

stimmt, ist für diesen Fall davon auszugehen, dass der Versicherer stillschweigend eine Annahmefrist im Sinne des § 148 BGB einräumt, deren Dauer sich an § 147 Abs. 2 BGB orientiert. Übersendet der Versicherer eine Angebotserklärung direkt an den Versicherungsnehmer oder bedient er sich des Versicherungsvertreters als Boten, liegt demgegenüber ein Antrag unter Abwesenden vor, weswegen ohne Bestimmung einer Annahmefrist § 147 Abs. 2 BGB anzuwenden ist.

(2.) Ausschluss der Bindung

Mit Ausnahme der in § 8 Abs. 3 VVG genannten Fälle steht dem Versicherungsnehmer gemäß § 8 Abs. 1 VVG ein Widerrufsrecht zu. Dieses lehnt sich an die Regelung des § 48c VVG a.F. an¹¹⁶, die ihrerseits das allgemeine Widerrufsrecht des § 355 BGB zum Vorbild hatte¹¹⁷. Gegenstand des Widerrufsrechts ist die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, nicht hingegen der Vertrag als solcher. Daher kann der Widerruf auch schon vor dem Abschluss des Vertrages erklärt und damit sein Zustandekommen verhindert werden¹¹⁸. Geht der Antrag vom Versicherungsnehmer aus und steht ihm ein Widerrufsrecht zu, ist er somit an seinen Antrag von vornherein nicht gebunden¹¹⁹.

Fraglich ist allerdings, ob bei ausgeschlossener Bindung die Erklärung des Versicherungsnehmers überhaupt als Antrag gewertet werden kann oder ob nicht mangels Verbindlichkeit nur von einer „*invitatio ad offerendum*“ auszugehen ist. Vereinzelt ist diese Ansicht zu dem Ausschluss der Bindung bei dem Widerspruchsrecht des § 5a VVG a.F. vertreten worden¹²⁰. Dem steht jedoch § 145 BGB entgegen, der vorsieht, dass eine Bindung ausgeschlossen sein und dennoch ein Antrag vorliegen kann. Daher steht der gesetzliche Ausschluss der Bindung infolge des Widerrufsrechts der Einordnung als Antrag nicht entgegen.

Soweit wegen des Widerrufsrechts eine Antragsbindung ausscheidet, kommt den Annahmefristen der §§ 147, 148 BGB nur die Bedeutung zu, den Zeitpunkt des Erlöschens des Antrages zu bestimmen¹²¹. Daher ist eine in Antragsformularen vorgesehene Frist nur als Annahmefrist und nicht als Bindungsfrist zu bezeichnen. Bei verständiger Auslegung ist eine Bezeichnung als Bindungsfrist zwar nicht als ein gemäß § 18 VVG unzulässiger Ausschluss des Widerrufsrechts zu verstehen¹²², jedoch können Unklarheiten mit Blick auf die Eindeutigkeit der

¹¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3935, S. 61 re. Sp.

¹¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 31.

¹¹⁸ Vgl. *Knops*, in: *B/M*, § 8, Rn. 11; *Masuch*, in: *MK*, § 355, Rn. 20.

¹¹⁹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493.

¹²⁰ Vgl. *Präve*, VW 1995, S. 90 (94); *ders.*, RuS 1998, S. 441 (442).

¹²¹ Vgl. zum Ausschluss der Bindung bei § 5a a.F. *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (621); *ders.*, VersR 1997, S. 773 (775); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1051); VerBAV 1995, 312 (313); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 23.

¹²² So *Präve*, RuS 1998, S. 441 (442) zum Widerspruchrecht nach § 5a VVG a.F.

Belehrung über das Widerrufsrecht gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG entstehen, wenn einerseits von einer Bindung an den Antrag, andererseits aber von der Möglichkeit des Widerrufs die Rede ist.

b. Annahme

aa. Empfangsbedürftige Willenserklärung

Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung¹²³, mit der das vorbehaltlose Einverständnis mit dem Antrag erklärt wird¹²⁴. Ebenso wie der Antrag kann auch die Annahme formfrei erklärt werden. Ob der Versicherer oder der Versicherungsnehmer die Annahme zu erklären hat, richtet sich nach der Person des Antragenden. Wenn, wie bislang üblich, der Versicherungsnehmer den Antrag stellt, erklärt der Versicherer die Annahme entweder ausdrücklich durch eine gesonderte Annahmeerklärung oder konkludent durch Übersendung des Versicherungsscheins¹²⁵. Eine Annahmeerklärung des Versicherungsvertreters kommt aus den bereits genannten Gründen¹²⁶ zumeist nicht in Frage.

bb. Abweichen vom Antrag / § 5 VVG

§ 150 Abs. 2 BGB bestimmt, dass eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung gilt, verbunden mit einem neuen Antrag. Hiervon sieht § 5 VVG¹²⁷ eine abweichende Sonderregelung¹²⁸ für den Fall vor, dass der Versicherungsnehmer einen Antrag stellt und der Versicherer durch Übersendung des Versicherungsscheins konkludent die Annahme unter Abweichungen erklärt¹²⁹. Wenn der Versicherer gemäß § 5 Abs. 2 VVG auf die (nachteiligen)¹³⁰ Abweichungen aufmerksam macht und auf die Folgen des Abs. 1 hinweist, gilt der Vertrag mit dem Inhalt des Versicherungsscheins als geschlossen, falls der Versicherungsnehmer nicht gemäß § 5 Abs. 1 VVG innerhalb eines Monats nach Zugang des Versicherungsscheins widerspricht. Mit dem Unterlassen des Widerspruchs wird eine Annahmeerklärung

¹²³ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 147, Rn. 1; *Flume*, § 35 II 1; *Larenz/Wolf*, § 29, Rn. 47.

¹²⁴ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 147, Rn. 1; *Köhler*, § 8, Rn. 21; *Larenz/Wolf*, § 29, Rn. 57.

¹²⁵ Vgl. BGH VersR 1975, 1090 (1092); *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 22.

¹²⁶ Vgl. oben unter C. I. 2. a. cc.

¹²⁷ § 5 VVG entspricht im Wesentlichen § 5 VVG a.F., vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 57 re. Sp.

¹²⁸ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 5, Rn. 1; *Römer*, in: *R/L*, § 5, Rn. 1.

¹²⁹ § 5 VVG erfasst daneben auch den Fall, dass der Versicherungsvertrag bereits abgeschlossen worden ist und danach vom Versicherer ein vom ursprünglichen Antrag abweichender Versicherungsschein übersandt wird.

¹³⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH gilt die Obliegenheit zum Hinweis auf Abweichungen nur im Falle einer dem Antragssteller nachteiligen Abweichung, denn § 5 Abs. 2 VVG sei eine Schutzvorschrift zugunsten des Versicherungsnehmers, aus deren Verletzung der Versicherer keine Rechte für sich herleiten soll, vgl. BGH VersR 1976, 477 (478); BGH VersR 1989, 395 (396). Ebenso *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 5, Rn. 8; *Römer*, in: *R/L*, § 5, Rn. 15. Abweichend *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 6, der in den Fällen günstiger Abweichungen bereits § 5 Abs. 1 VVG nicht anwenden möchte, sondern § 150 Abs. 2 BGB. Dieses neue Angebot des Versicherers nehme der Versicherungsnehmer stillschweigend an unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Rückwärtsversicherung. Zutreffend dagegen *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 5, Rn. 9.

rückwirkend auf den Zeitpunkt des Zugangs des Versicherungsscheins fingiert¹³¹. Erfolgt ein fristgerechter Widerspruch, kommt kein Vertrag zustande¹³². Hat der Versicherer im Falle einer nachteiligen Abweichung die Hinweise gemäß § 5 Abs. 2 VVG unterlassen oder nicht ordnungsgemäß erteilt, so bestimmt § 5 Abs. 3 VVG, dass der Vertrag mit dem Inhalt des ursprünglichen Antrages zustande kommt, obwohl an sich ein Dissens (vgl. § 154 Abs. 1 BGB) vorliegt. In diesem Fall wird dem Versicherer ein Vertrag aufgedrängt, den dieser so nicht wollte¹³³.

cc. Rechtzeitigkeit der Annahme

Der Antrag kann nur innerhalb der Annahmefristen der §§ 147, 148 BGB angenommen werden, anderenfalls erlischt er. Eine verspätet erklärte Annahme gilt daher gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag, welcher gesondert angenommen werden muss¹³⁴.

(1.) Annahme durch Schweigen

Fraglich ist, ob in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer einen Antrag stellt und dieser verspätet angenommen wird, das neue Angebot des Versicherers auch durch Schweigen angenommen werden kann.

Allgemein gilt der Grundsatz, dass Schweigen im Rechtsverkehr keinen Erklärungsgehalt hat und damit weder Zustimmung noch Ablehnung bedeutet¹³⁵. Etwas anderes gilt zum einen, wenn eine anderweitige Parteivereinbarung getroffen worden ist¹³⁶, und zum anderen, wenn das Gesetz dem Schweigen einen Erklärungsgehalt beimisst¹³⁷, also eine Willenserklärung fingiert¹³⁸, wie etwa § 5 Abs. 3 S. 1 PflVG für den Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung. Darüber hinaus kann dem Schweigen ein Erklärungsgehalt zukommen, wenn wegen Treu und Glauben im Falle einer Ablehnung eine ausdrückliche Erklärung erwartet werden konnte¹³⁹, so dass bei deren Ausbleiben eine konkludente Willenserklärung abgegeben wird¹⁴⁰. Ein entsprechender Widerspruch soll zu erwarten sein,

¹³¹ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 5, Rn. 18; *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 13.

¹³² Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 5, Rn. 17; *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 11.

¹³³ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 14; *Römer*, in: *R/L*, § 5, Rn. 14.

¹³⁴ Vgl. *Deutsch*, § 6, Rn. 60.

¹³⁵ Vgl. *Ebert*, JuS 1999, S. 754; *Flume*, § 5 2. b; *Larenz/Wolf*, § 28, Rn. 67.

¹³⁶ Vgl. *Ebert*, JuS 1999, S. 754 (756); *Flume*, § 5 2 a; *Kramer*, in: MK, Vor § 116, Rn. 24; *Larenz/Wolf*, § 28, Rn. 70; *Singer*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu §§ 116-144, Rn. 61.

¹³⁷ Vgl. für das Versicherungsrecht: § 5 Abs. 1 VVG.

¹³⁸ Vgl. *Ebert*, JuS 1999, S. 754 (755); *Kramer*, in: MK, Vor § 116, Rn. 30; *Larenz/Wolf*, § 28, Rn. 77; *Singer*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu §§ 116-144, Rn. 62.

¹³⁹ Vgl. BGHZ 1, 353 (355); 11, 1 (5); 20, 149 (154); *Larenz/Wolf*, § 28, Rn. 72; *Kramer*, in: MK, Vor § 116, Rn. 25.

¹⁴⁰ Vgl. *Kramer*, in: MK, Vor § 116, Rn. 24, *ders.*, Jura 1984, S. 235 (238-242) mit überzeugenden Argumenten gegen die abweichenden Auffassungen von *Flume*, § 5 4, *Hanau*, AcP 165, S. 220 (241) und *Bickel*, NJW 1972, S. 607 (610). Der Annahme einer konkludenten Willenserklärung steht auch nicht entgegen, dass der Schweigende unter Umständen kein aktuelles Erklä-

wenn auf einen Antrag eine verspätete Annahmeerklärung zugeht und keine Umstände vorliegen, welche die Möglichkeit einer Änderung der EntschlieÙung des Antragenden nahe legen¹⁴¹. Dies soll nach der in diesem Zusammenhang häufig zitierten Entscheidung BGH NJW 1951, 313 nicht nur für das Vertragsrecht allgemein, sondern insbesondere auch für Versicherungsverträge gelten¹⁴².

(a.) Rechtsprechung des BGH

In der Entscheidung BGH NJW 1951, 313 führt das Gericht aus, dass es die Beteiligten häufig mit der Wahrung der Annahmefrist nicht so genau nähmen und sich darauf verlassen, dass der Antragende sich mit der verzögerten Annahmeerklärung zufrieden gebe. Das Schweigen des ursprünglichen Antragsstellers auf den in der verspäteten Annahme liegenden neuen Antrag könne jedenfalls dann als Einverständnis zum Vertragsschluss gewertet werden, wenn keine Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Änderung seiner sachlichen EntschlieÙung nahe legen¹⁴³.

Diese Sichtweise überzeugt nicht. Schweigt der Versicherungsnehmer nach Ablauf der Annahmefrist auf eine verspätete Annahmeerklärung, kann sein Schweigen auch bedeuten, dass er um die fehlende Annahmefähigkeit seines Angebotes weiß und er sich deswegen anderweitig um Versicherungsschutz bemüht. Dementsprechend führt der BGH in dem gleichen Urteil auch aus, dass mit dem Ablauf der Annahmefrist der Antrag erlösche, weil für den Versicherungsnehmer Klarheit darüber bestehen solle, anderweitig einen Antrag stellen zu können¹⁴⁴. Gegen die Einschätzung, dass in dem Schweigen auf eine verspätete Annahmeerklärung bereits dann eine Annahme dieses Angebots gesehen werden kann, wenn keine Umstände auf eine Willensänderung hindeuten, wurden bereits unter Geltung des alten VVG weitere Bedenken vorgetragen. Gemäß § 38 Abs. 2 VVG a.F. war der Versicherer von der Leistung frei, wenn im Zeitpunkt des Versicherungsfalles die Erstprämie nicht gezahlt worden war. Es wurde daher vertreten, dass in bloÙem Schweigen des Versicherungsnehmers ohne Prämienzahlung keine Annahme gesehen werden könne, da in diesem Falle der Versicherungsvertrag dem Versicherungsnehmer nichts nütze¹⁴⁵. Deshalb wurde zumindest eine konkludente Annahme des Antrages durch Zahlung der Prämie

rungsbewusstsein hat, denn nach der Rechtsprechung des BGH reicht für die Annahme einer wirksamen Willenserklärung aus, dass der Erklärende hätte erkennen und vermeiden können, dass sein Verhalten nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, vgl. BGHZ 91, 324 (330).

¹⁴¹ Vgl. BGH NJW 1951, 313; OLG Braunschweig VersR 1967, 852 (853); *Kramer*, Jura 1984, S. 235 (248); *Singer*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu §§ 116-144, Rn. 76;

¹⁴² Vgl. BGH NJW 1951, 313 re. Sp.

¹⁴³ Vgl. BGH NJW 1951, 313 re. Sp.

¹⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1951, 313 li. Sp.

¹⁴⁵ Vgl. *Martin*, ZVersWiss 1975, S. 549 (554); *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 27; *Schlossareck*, S.134; *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 45.

verlangt¹⁴⁶.

Der besonderen Bedeutung der Prämienzahlung trägt indes auch der BGH Rechnung. Das Gericht führt aus, die Tatsache, dass der Ehemann der Klägerin¹⁴⁷ die erste Versicherungsprämie schon vor dem Abschluss des Versicherungsvertrages und vor dem festgesetzten Versicherungsbeginn gezahlt hatte, lasse erkennen, dass er besonderen Wert auf den sofortigen Eintritt des Versicherungsschutzes legte. Umstände, die darauf hindeuteten, dass er nach Stellung seines Antrages über sein Bedürfnis nach Versicherungsschutz anderen Sinnes geworden sei, seien nicht zutage getreten¹⁴⁸. Abschließend ergänzt der BGH, mit der Zahlung der Erstprämie seien die Rechtsfolgen aus § 38 Abs. 2 VVG a.F. abgeschnitten worden¹⁴⁹. Er stellte somit erkennbar darauf ab, dass die Prämie vom Versicherungsnehmer vorab bezahlt worden und daher anzunehmen war, dass er auch einen verspäteten Antrag gelten lassen würde. In diesem Fall fehlten also nicht lediglich Umstände, die auf einen geänderten Willen des Versicherungsnehmers schließen ließen, sondern es sprachen vielmehr positiv Umstände dafür, dass er auch mit einer verspäteten Annahmeerklärung einverstanden sein würde. Nur deshalb, und nicht weil es häufig der Fall ist, kann davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten es mit der Wahrung der Annahmefrist nicht so genau nahmen.

(b.) Notwendigkeit der Prämienzahlung

Fraglich ist, ob abgesehen von dem Fall, dass die Prämie bereits im Vorfeld gezahlt worden ist, die Annahme des in einer verspäteten Annahmeerklärung liegenden Angebots stets konkludent durch Prämienzahlung zu erklären ist, wie dies in der Literatur mit Blick auf § 38 Abs. 2 VVG a. F. vertreten worden ist¹⁵⁰. Mit der Reform des VVG hat der Gesetzgeber die Regelung des § 38 Abs. 2 VVG a.F. in § 37 Abs. 2 S. 1 VVG in entschärfter Form übernommen¹⁵¹. Danach ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer bei Eintritt des Versicherungsfalles die Prämie nicht gezahlt hat, er auf die Rechtsfolge des § 37 Abs. 2 S. 1 VVG hingewiesen worden ist

¹⁴⁶ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 27; *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 45; *Schlossareck*, S. 135, Fn. 317. Einschränkung *Martin*, *ZVersWiss* 1975, S. 549 (555). Er meint, dass eine Annahmeerklärung durch Prämienzahlung nur dann in Frage komme, wenn der Versicherungsnehmer in dem Bewusstsein zahlt, noch nicht verpflichtet zu sein. Glaube er, bereits rechtlich verpflichtet zu sein, so dürften aus dessen Verhalten keine Schlüsse gezogen werden. - Diese Sichtweise überzeugt jedoch nicht, denn der abweichende innere Wille kommt bei einer Auslegung des Verhaltens nach dem Empfängerhorizont nicht zum Tragen. Ein Unterschied besteht daher nur, wenn für die Wirksamkeit einer Willenserklärung ein aktuelles Erklärungsbewusstsein verlangt wird, was jedoch mit der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 91, 324 (330)) abzulehnen ist.

¹⁴⁷ Der Ehemann der Klägerin hatte den Antrag auf Abschluss einer Unfallversicherung gestellt und war später tödlich verunglückt. Es ist davon auszugehen, dass seine Ehefrau ihn beerbt hat.

¹⁴⁸ BGH NJW 1951, 313 re. Sp.

¹⁴⁹ BGH NJW 1951, 314 re. Sp.

¹⁵⁰ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.) (a.).

¹⁵¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 71 li. Sp.; *Wandt/Ganster*, *VersR* 2007, S. 1034 (1035).

und das Unterlassen der Prämienzahlung auf seinem Verschulden beruht. Es gilt damit also nach wie vor der Grundsatz, dass ohne Prämienzahlung kein Versicherungsschutz besteht. Dementsprechend stellt sich wie im alten Recht das Problem, dass ohne Zahlung der Prämie der Abschluss des Versicherungsvertrages für den Versicherungsnehmer unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 2 VVG ohne Nutzen ist. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, für die Annahme des in einer verspäteten Annahmeerklärung liegenden Angebots grundsätzlich eine konkludente Erklärung durch Prämienzahlung zu verlangen.

Ausnahmen ergeben sich jedoch, wenn § 37 Abs. 2 VVG nicht auf einen Versicherungsvertrag anwendbar ist, wie es § 2 Abs. 4 VVG für einen Vertrag über eine vorläufige Deckung vorsieht, oder wenn § 37 Abs. 2 VVG für den in Aussicht genommenen Vertrag abbedungen worden. In diesen Fällen erlangt der Versicherungsnehmer auch ohne Prämienzahlung Versicherungsschutz, weswegen der Versicherungsvertrag für ihn ohne weiteres nutzlos ist¹⁵². Folglich kann in einem Schweigen auch ohne Rücksicht auf das Kriterium der Prämienzahlung eine Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers gesehen werden. Entscheidend ist dann, ob im Vorfeld des Vertragsschlusses andere Umstände positiv dafür sprechen, dass der Versicherungsnehmer eine verspätete Annahmeerklärung gegen sich gelten lassen wird.

(c.) Widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift

Schließlich stellt sich die Frage, ob bei einer verspäteten Annahmeerklärung auch das in dem widerspruchlosen Dulden einer Lastschrift liegende Schweigen für eine konkludente Annahmeerklärung genügt.

Zieht der Versicherer nach einer verspäteten Annahmeerklärung die Prämie vom Konto des Versicherungsnehmers ein, ist die Prämienzahlung nicht unmittelbar auf ein Tun des Versicherungsnehmers zurückzuführen. Widerspricht er der Lastschrift nicht, könnte seinem Schweigen nach Ablauf einer Frist, innerhalb derer mit einem Widerspruch zu rechnen wäre, die Bedeutung einer konkludenten Annahmeerklärung zukommen. Voraussetzung hierfür ist, dass wegen Treu und Glauben eine Verpflichtung zum Widerspruch besteht.

Erteilt der Versicherungsnehmer keine Einzugsermächtigung oder bezieht sich eine erteilte Einzugsermächtigung nicht auf den angetragenen Vertrag, wird allgemein eine Pflicht zum Widerspruch und damit eine konkludente Annahme durch widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift abgelehnt¹⁵³. Anders könnte jedoch die Situation zu beurteilen sein, wenn der Versicherungsnehmer in einem Antragsformular eine Einzugsermächtigung erteilt, und damit in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen dafür schafft, dass der Versicherer die Prämie von

¹⁵² Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 27.

¹⁵³ Vgl. SG Koblenz VersR 1998, 1097 (1098); *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 30.

seinem Konto einziehen kann.

Die tatsächliche Möglichkeit einer Lastschrift ohne Rücksicht auf Bestehen einer Forderung folgt aus der Eigenart des Lastschriftverfahrens. Es findet seine rechtliche Grundlage in dem Abkommen über den Lastschriftverkehr (LSA)¹⁵⁴. Gemäß Abschnitt IV Nr. 1 LSA regelt das LSA aber nur die Rechte und Pflichten der am Lastschriftverfahren beteiligten Kreditinstitute. Damit der Versicherer das Lastschriftverfahren im Wege des Einzugsermächtigungsverfahrens (vgl. Abschnitt I Nr. 1 a LSA)¹⁵⁵, dem insbesondere zur Abwicklung massenhafter Zahlungsvorgänge praktisch die größere Bedeutung zukommt¹⁵⁶, nutzen kann, muss er mit seiner Bank eine Inkassovereinbarung treffen¹⁵⁷. In dieser Vereinbarung verpflichtet sich der Versicherer, nur fällige Forderungen im Lastschriftverfahren einzuziehen und der Bank auf Verlangen eine Einzugsermächtigung vorzulegen¹⁵⁸. Folglich darf der Versicherer bei seiner Bank nur dann eine Lastschrift einreichen, wenn ihm eine fällige Forderung gegen den Versicherungsnehmer zusteht, anderenfalls handelt er gegenüber seiner Bank rechtswidrig. Im Verhältnis zum Versicherungsnehmer ergibt sich die Rechtswidrigkeit einer solchen Lastschrift daraus, dass von der Einzugsermächtigung nur zur Erfüllung eines tatsächlich bestehenden Prämienanspruches Gebrauch gemacht werden darf. Dies bedeutet jedoch nicht, dass keine Lastschrift erfolgen kann, schließlich wird von der Bank aufgrund der Inkassovereinbarung allenfalls das Vorliegen einer bereits im Antragsformular erteilten Einzugsermächtigung überprüft, nicht hingegen das Bestehen oder die Fälligkeit der Forderung als solcher. Allein das Vorliegen einer Einzugsermächtigung ermöglicht es daher dem Versicherer, eine Lastschrift zu veranlassen.

Übersendet der Versicherer trotz des Ablaufs der Annahmefrist einen Versicherungsschein, mit dem er den ursprünglichen Antrag annehmen möchte, muss der Versicherungsnehmer davon ausgehen, dass der Versicherer den Ablauf der Annahmefrist übersehen hat und folglich irrtümlich von einem wirksamen Vertragsschluss ausgeht. Dementsprechend muss er damit rechnen, dass der Versicherer von der erteilten Einzugsermächtigung Gebrauch machen wird. Auch wenn die Lastschrift in dieser Situation rechtswidrig ist, wäre es vom Versicherungsnehmer treuwidrig, nicht darauf hinzuweisen, dass er wegen des Ablaufs der Annahmefrist von einem Vertragsschluss Abstand nehmen möchte und daher

¹⁵⁴ Vgl. *Werner*, in: *L/G, W*, § 2, Rn. 10. Abgedruckt in: *Bankrechts-Hdb*. Bd. I, Anh. 1 zu §§ 56-59.

¹⁵⁵ Vgl. zum Einzugsermächtigungsverfahren im Unterschied zum Abbuchungsauftragsverfahren (vgl. Abschnitt I Nr. 1 b LSA): *Schwintowski/Schäfer*, § 8, Rn. 37 ff und 46 ff; *Werner*, in: *L/G/W*, § 2, Rn. 5.

¹⁵⁶ Vgl. *Schwintowski/Schäfer*, § 8, Rn. 37; *Werner*, in: *L/G/W*, § 2, Rn. 9.

¹⁵⁷ Vgl. *Schwintowski/Schäfer*, § 8, Rn. 21; *van Geldern*, in: *Bankrechts-Hdb* Bd. I, § 58, Rn. 2; *Werner*, in: *L/G/W*, § 2, Rn. 7.

¹⁵⁸ Vgl. *van Geldern*, in: *Bankrechts-Hdb* Bd. I, § 58, Rn. 9f; *Werner*, in: *L/G/W*, § 2, Rn. 19. Musterexemplare des Bankenverlages abgedruckt in: *Bankrechts-Hdb* Bd. I, Anh. 2 zu §§ 56-59.

der erfolgten Lastschrift nicht zu widersprechen. Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Erteilung einer Einzugsermächtigung in erster Linie dazu dient, den Zahlungsverkehr zwischen den Parteien zu vereinfachen. Es besteht daher eine gewisse Ähnlichkeit mit den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer bereits vor Vertragsschluss die Prämie zahlt und damit sein besonderes Interesse am Vertragsschluss zum Ausdruck bringt. Folglich ist in einem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift nach Erhalt einer verspäteten Annahmeerklärung eine konkludente Annahme zu sehen¹⁵⁹.

(2.) Zwischenergebnis

In den Fällen des Schweigens auf eine verspätete Annahmeerklärung ist zu differenzieren: Wurde vor der verspäteten Annahmeerklärung die Erstprämie nicht gezahlt oder findet auf den Versicherungsvertrag § 37 Abs. 2 VVG keine Anwendung, genügt nicht bereits das Fehlen von Umständen, aus denen auf einen geänderten Willen geschlossen werden kann. Vielmehr müssen positiv Umstände dafür sprechen, dass der Versicherungsnehmer eine verspätete Annahmeerklärung gegen sich gelten lassen will, um in dem Schweigen eine konkludente Annahme zu sehen. Findet auf den Versicherungsvertrag § 37 Abs. 2 VVG Anwendung, so bedarf es einer konkludenten Annahmeerklärung durch Zahlung der Prämie. Duldet der Versicherungsnehmer widerspruchslos eine Lastschrift, ist hierin auch unabhängig von der Regelung des § 37 Abs. 2 VVG eine konkludente Annahme zu erblicken.

c. Weitere Voraussetzungen

Fraglich ist, ob neben Antrag und Annahme noch weitere Voraussetzungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrages erfüllt sein müssen. Was sich hinter dieser Fragestellung verbirgt, wird bei einer Betrachtung der alten Rechtslage deutlich:

Der Versicherer musste gemäß § 10a VAG i.V.m. Anlage D Abschnitt I VAG a.F. vor Vertragsschluss natürlichen Personen bestimmte Verbraucherinformationen erteilen. Erfüllte er diese Informationspflichten, bevor der Versicherungsnehmer seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung (regelmäßig der Antrag) abgab, kam der Vertrag mit dem Zugang der Annahmeerklärung zustande (Vertragsschluss nach dem sog. „Antragsmodell“)¹⁶⁰. Auch das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 4 VVG a.F. änderte an dem Vertragsschluss mit Zugang

¹⁵⁹ Vgl. *Deutsch*, § 6, Rn. 60. Im Ergebnis ähnlich: BGH VersR 1991, 910 (911). Nicht zu folgen ist dem BGH jedoch in dem Punkt, dass ein widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift auch dann als Annahmeerklärung zu werten ist, ohne dass dem Versicherungsnehmer vorher ein Versicherungsschein zugegangen ist, da in diesen Fällen der Versicherungsnehmer nicht damit rechnen muss, dass der Versicherer von einem Vertragsschluss ausgeht und er möglicherweise eine Lastschrift tätigen wird.

¹⁶⁰ Statt vieler: *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 3 und 5.

der Annahmeerklärung nichts¹⁶¹.

Erteilte der Versicherer demgegenüber die Verbraucherinformation nicht vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers, stand diesem gemäß § 5a Abs. 1 VVG a.F. ein Widerspruchsrecht zu, dessen Frist erst ab Erhalt der Verbraucherinformation (regelmäßig zusammen mit der Übersendung des Versicherungsscheins, der Police) zu laufen begann (Vertragsschluss nach dem sog. „Policenmodell“)¹⁶², vgl. § 5a Abs. 2 S. 1 VVG a.F. Die Auswirkungen dieses Widerspruchsrechts waren sehr umstritten: Nach überwiegend vertretener Auffassung sollte der Vertrag bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist schwebend unwirksam sein und erst mit Ablauf der Widerspruchsfrist rückwirkend¹⁶³ auf den Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung zustande kommen¹⁶⁴.

Das Widerspruchsrecht des § 5a VVG a.F. ist in das neue VVG nicht übernommen worden. Vielmehr sieht § 8 Abs. 1 VVG ein einheitliches Widerrufsrecht vor, welches die Regelung des § 355 BGB zum Vorbild hat¹⁶⁵. Aus dem Wortlaut des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB folgt jedoch, dass die zu widerrufende Willenserklärung sogleich wirksam ist, da der Erklärende erst nach dem Widerruf nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden ist. Auch wenn der Widerruf bereits nach Abgabe der Willenserklärung und somit vor dem Zustandekommen des Vertrages erklärt werden kann¹⁶⁶, stellt das Widerrufsrecht des § 355 BGB nach überwiegender Ansicht ein Gestaltungsrecht dar, dessen Ausübung nach Vertragsschluss dazu führt, dass der bis dahin wirksame Vertrag „ex nunc“ in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird¹⁶⁷. Es wird daher auch als ein dem Rücktrittsrecht entsprechendes oder zumindest diesem angenähertes Gestal-

¹⁶¹ Das Widerrufsrecht führte nicht zu einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages, vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 8, Rn. 40; *Reiff*, *VersR* 1997, 267 (272). Die gegenteilige Auffassung, wonach der Vertrag bis zum Ablauf der Widerrufsfrist schwebend unwirksam sein sollte (vgl. *Gruber*, in: *BK*, § 8, Rn. 65; *Schimikowski*, *RuS* 1994, S. 441 (443); *Schirmer*, *VersR* 1996, S. 1045 (1048)), lässt sich nach der Schuldrechtsreform 2002 nicht mehr aufrecht erhalten. Zur Begründung der schwebenden Unwirksamkeit wurde nämlich auf den Wortlaut der Widerrufsrechte in §§ 1 HWiG a.F. und 7 VerbrKG a.F. abgestellt, wonach die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung erst wirksam wurde, wenn sie nicht fristgerecht widerrufen wurde. Ab dem 01.01.2002 findet für Haustürgeschäfte und Verbraucherdarlehen gemäß §§ 312 Abs. 1 und 495 BGB das Widerrufsrecht des § 355 BGB Anwendung, der eine sofortige Wirksamkeit der Willenserklärung vorsieht. Dazu gleich im Text.

¹⁶² Statt vieler: *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 6f.

¹⁶³ A.A. *Präve*, *ZfV* 1994, S. 374 (382): Wirksamkeit „ex nunc“.

¹⁶⁴ Vgl. *OLG Düsseldorf NVersZ* 2001, 156 (156f); *OLG Frankfurt VersR* 2005, 631 (632f); *OLG Hamm VersR* 2001, 709; *VerBAV* 1995, 312 (313); *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (621f); *Kieninger*, in: *MK*, § 307, Rn. 146; *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 7; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 10; *Reiff*, *VersR* 1997, S. 267 (271); *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 24-26; *Schimikowski*, *RuS* 1996, S. 1 (4); *Schirmer*, *VersR* 1996, S. 1045 (1052); *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 78; *Wandt*, *Verbraucherinformation*, S. 19-22. Nach der Gegenansicht soll bereits mit dem Zugang der Annahmeerklärung ein „Rumpfvertrag“ zustande kommen, in den bei Unterbleiben des Widerspruch die AVB und vertragsrelevanten Verbraucherinformationen einbezogen werden, vgl. *Dörner/Hoffmann*, *NJW* 1996, S. 153 (155f); *Hofmann*, S. 28f.

¹⁶⁵ Vgl. oben unter C. I. 2. a. dd. (2.).

¹⁶⁶ Vgl. oben unter C. I. 2. a. dd. (2.).

¹⁶⁷ Vgl. *BGH BB* 2004, 1246; *OLG Koblenz NJW* 2006, 919 (921); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 355, Rn. 5.

tungsrecht verstanden¹⁶⁸. Gleiches ist somit auch für das Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 VVG anzunehmen¹⁶⁹. Stellt daher der Versicherungsnehmer den Antrag, wird der Versicherungsvertrag sofort mit Zugang der Annahmeerklärung wirksam, ohne dass es auf einen Ablauf der Widerrufsfrist ankommt. Außer Antrag und Annahme bedarf es demnach keiner weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen zum Abschluss eines Versicherungsvertrages.

3. Zusammenfassung

Das Zustandekommen des Versicherungsvertrages richtet sich nach den §§ 145 ff BGB, ohne dass eine Formvorschrift für den Abschluss des Vertrages gilt. Eine zwingende Rollenverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer als Antragender und Annehmender sieht das neue VVG dabei nicht vor.

Der auf Seiten des Versicherers auftretende Versicherungsvertreter ist jedoch regelmäßig nur dessen Empfangsvertreter und daher ohne gesondert zu erteilende Abschlussvollmacht zu einer aktiven Stellvertretung nicht befugt. Insoweit müssen für den Versicherer entsprechend bevollmächtigte Angestellte des Inendienstes handeln.

Neben einer Einigung über die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages sieht das neue VVG keine weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrages vor.

¹⁶⁸ Vgl. *Bülow/Artz*, Rn. 78; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 355, Rn. 3.

¹⁶⁹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/29.

II. Einbeziehung der AVB in den Versicherungsvertrag

Nachdem die Anforderungen an den Abschluss eines Versicherungsvertrages untersucht worden sind, ist zu klären, wie AVB in den Vertrag einbezogen werden.

1. Bedeutung der AVB

AVB sind alle für eine Vielzahl von Versicherungsverträgen vom Versicherer vorformulierte Vertragsbedingungen¹⁷⁰. Damit erfüllen sie die Anforderungen des § 305 Abs. 1 BGB an Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), weswegen die AVB auch als AGB der Versicherer bezeichnet werden¹⁷¹. Ob AVB vorliegen, hängt nicht von ihrer Bezeichnung, sondern von ihrem materiellen Regelungsgehalt ab, weswegen auch vorgedruckte Teile eines Antragsformulars¹⁷², „Tarifbestimmungen“¹⁷³, „Sonder- und Zusatzbedingungen“, soweit sie nicht individuell ausgehandelt werden, AVB sein können¹⁷⁴.

Wie sonstige AGB auch bringen AVB Rationalisierungsvorteile mit sich, da sie es dem Versicherer gerade in dem Massengeschäft der Versicherung ersparen, für jeden Einzelfall die Vertragsbedingungen auszuhandeln¹⁷⁵. Daneben weisen AVB gegenüber AGB, wie sie sonst im Geschäftsverkehr verwendet werden, einige Besonderheiten auf. Während AGB üblicherweise nur Nebenabreden zur eigentlichen Leistungserbringung vorsehen¹⁷⁶, haben AVB vielfach eine konstitutive Wirkung für das Rechtsprodukt Versicherung¹⁷⁷: Das auf den Versicherungsfall bedingte Leistungsversprechen des Versicherers ist für den Versicherungsnehmer, solange der Versicherungsfall ausbleibt, nicht gegenständlich greifbar, weswegen der erlangte Versicherungsschutz abstrakter Natur ist¹⁷⁸. Dieses abstrakte Gut bedarf einer inhaltlichen Ausgestaltung, insbesondere im Hinblick auf die Fragen, unter welchen Voraussetzungen der Versicherer zu einer Leistung verpflichtet sein soll, worin seine Leistung besteht und für welchen Zeitraum das Leistungsversprechen gilt. Diese Aufgabe der Produktbeschrei-

¹⁷⁰ Vgl. Römer, in: *R/L*, Vor § 1, Rn. 1; Wandt, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 176.

¹⁷¹ Vgl. Dörner, AVB, S. 1; Prölss, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 13; Präve, in: *Prölss*, § 10, Rn. 2, *ders.*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 1.

¹⁷² Vgl. BGHZ 84, 268 (272); BGH *VersR* 1996, 485f; *VersR* 1996, 741f; OLG Hamm *VersR* 1986, 82 (83); KG *VersR* 1993, 557 (558); Wandt, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 179; *Weyers/Wandt*, Rn. 150; *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 14.

¹⁷³ BGH *VersR* 1995, 328 (329); Römer, in: *R/L*, Vor § 1, Rn. 1; *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 14, *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 180; *Weyers/Wandt*, Rn. 151.

¹⁷⁴ Vgl. Dörner, AVB, S. 3; Römer, in: *R/L*, Vor § 1, Rn. 1; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, Rn. 181; *Weyers/Wandt*, Rn. 152.

¹⁷⁵ Vgl. Dreher, S. 162; *Farny*, *ZVersWiss* 1975, S. 169 (180); *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 1.

¹⁷⁶ Vgl. *Dreher*, S. 173f.

¹⁷⁷ Vgl. *Dreher*, S. 147f; Dörner, AVB, S. 4; *Präve*, in: *Prölss*, § 10, Rn. 2; *ders.*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 2; *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 16.

¹⁷⁸ Vgl. *Dreher*, S. 147; *Osing*, S. 3f.

bung erfüllen die AVB¹⁷⁹.

Mit der in der Produktbeschreibung liegenden Bestimmung, was in objektiver Hinsicht versichert ist (primäre Risikobeschreibungen) und was nicht (sekundäre Risikobeschränkungen) sowie durch die Begründung von Verhaltenspflichten (Obliegenheiten) wird zugleich der Notwendigkeit Rechnung getragen, das vom Versicherer übernommene Risiko in einem wirtschaftlich tragbaren Rahmen zu halten¹⁸⁰. Ferner tragen die AVB mit ihrer einheitlichen Bestimmung des versicherten Risikos dazu bei, versicherungstechnische Risikokollektive zu bilden¹⁸¹. Schließlich kommt ihnen auch eine Informationsfunktion zu, da sie es dem Versicherungsnehmer ermöglichen, sich über seine vertraglichen Rechte und Pflichten zu informieren¹⁸². Unterstrichen wird diese Informationsfunktion im neuen VVG dadurch, dass die AVB gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 VVG Teil der vorvertraglichen Informationen sind¹⁸³.

2. Einbeziehung nach altem Recht

Bis zum Inkrafttreten des Dritten Durchführungsgesetzes EWG zum VAG¹⁸⁴ vom 21.07.1994, mit dem die Dritte Richtlinie Schadensversicherung (RL 92/49/EWG)¹⁸⁵ und die Dritte Richtlinie Lebensversicherung (RL 92/96/EWG)¹⁸⁶ in deutsches Recht umgesetzt wurden, richtete sich die Einbeziehung von AVB weitgehend nach § 23 Abs. 3 AGBG, wonach ein Versicherungsvertrag auch dann den von der Aufsichtsbehörde¹⁸⁷ genehmigten Versicherungsbedingungen unterlag, wenn die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 Nr. 1 und 2 AGBG nicht eingehalten worden waren¹⁸⁸. Erforderlich war demnach eine bloße Vereinbarung der AVB¹⁸⁹. Zur Kenntnis gelangten sie dem Ver-

¹⁷⁹ Vgl. *Dreher*, S. 148; *Dörner*, AVB, S. 4; *Farny*, ZVersWiss 1975, S. 169 (172f); *Osing*, S. 6f.

¹⁸⁰ Vgl. *Dreher*, S. 166-169.

¹⁸¹ Vgl. *Dörner*, AVB, S. 5; *Dreher*, S. 162f; *Farny*, ZVersWiss 1975, S. 169 (178f); *Osing*, S. 7; *Präve*, in *Prölss*, § 10, Rn. 2, *ders.*, in *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 1; *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 16.

¹⁸² Vgl. *Dreher*, S. 162; *Osing*, S. 8; *Präve*, in: *Prölss*, § 10, Rn. 2; *ders.*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 2, *ders.*, *VW* 1995, 90. Kritisch zur Informationsfunktion: *S. Hoffmann*, S. 49f und 70.

¹⁸³ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 2.

¹⁸⁴ Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. Juli 1994, BGBl. I, S. 1630.

¹⁸⁵ Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG, ABl. EG L 228 vom 11. August 1992, S. 1.

¹⁸⁶ Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. November 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG, ABl. EG L 360 vom 9. Dezember 1992, S. 1.

¹⁸⁷ Bis zum 1.5.2002 das Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen (BAV).

¹⁸⁸ Auf die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 Nr. 1 und Nr. 2 AGBG kam es demgegenüber an, soweit AVB nicht der Genehmigungspflicht durch das BAV unterlagen, wie etwa gemäß § 5 Abs. 6 VAG a.F. die AVB der Transportversicherung, vgl. *Schirmer*, ZVersWiss 1986, S. 509 (540). Speziell zu den „AVB Wassersportfahrzeuge 1976“ vgl. *BGH NJW* 1982, 824 (825).

¹⁸⁹ Vgl. *Schirmer*, ZVersWiss 1986, S. 509 (537); *Wandt*, Rn. 188.

sicherungsnehmer üblicherweise erst durch Übersendung zusammen mit dem Versicherungsschein¹⁹⁰.

Mit der durch die Umsetzung der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG erfolgten Deregulierung wurde die Vorabgenehmigung von AVB abgeschafft¹⁹¹ und zugleich wurde den Versicherern die Verpflichtung auferlegt, vor Vertragsschluss den Versicherungsnehmern, soweit sie natürliche Personen waren, die in § 10a Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage D Abschnitt I VAG a.F. vorgesehenen Verbraucherinformationen zu erteilen, zu denen auch die AVB gehörten. Eine Einbeziehung der AVB hätte dementsprechend nur mehr nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 2 und 24 Abs. 1 AGBG bzw. §§ 305 Abs. 2 und 310 Abs. 1 BGB erfolgen können¹⁹². Auf Drängen der Versicherungswirtschaft, die eine Erteilung der Verbraucherinformationen vor Vertragsschluss für unmöglich hielt, ist jedoch nach einem Vorschlag des Finanzausschusses am Ende des Gesetzgebungsverfahrens die im Regierungsentwurf¹⁹³ noch nicht vorgesehene Vorschrift des § 5a VVG a.F. in das Dritte Durchführungsgesetz EWG zum VAG aufgenommen worden¹⁹⁴. Diese Bestimmung, die in erster Linie die Erteilung der Verbraucherinformationen erleichtern sollte, wurde innerhalb ihres umstrittenen Anwendungsbereiches¹⁹⁵ auch als Sonderregelung zur Einbeziehung von AVB verstanden¹⁹⁶. Stand dem Versicherungsnehmer gemäß § 5a Abs. 1 S. 1 VVG a.F. ein Widerspruchsrecht zu, so sollten die AVB bei Ablauf der Widerspruchsfrist rückwirkend in den Vertrag einbezogen werden, selbst wenn diese

¹⁹⁰ Vgl. *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (617); *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (268); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045; *ders.*, ZVersWiss 1986, S. 509 (538).

¹⁹¹ Sowohl Art. 29 der RL 92/49/EWG als auch Art. 29 der RL 92/96/EWG sehen vor, dass eine Vorabgenehmigung von AVB nicht mehr vorgeschrieben werden darf. Mit dem Geschäftsplan einzureichen sind jedoch die AVB der privaten Krankenversicherung und der gesetzlichen Pflichtversicherung, § 5 Abs. 5 Nr. 1 VAG; hierin wird jedoch kein Genehmigungserfordernis gesehen, welches zur Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 AGBG führte, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 151; *Horn*, in: *W/H/L*, § 23, Rn. 451. Die Verpflichtung zur Vorlage ist mit Blick auf Art. 30 Abs. 2 RL 92/49/EWG für Pflichtversicherungen und Art. 54 Abs. 1 RL 92/49/EWG für die substitutive Krankenversicherung unbedenklich, wonach den nationalen Gesetzgebern ein Wahlrecht über die Einführung einer entsprechenden Vorlagepflicht eingeräumt worden ist, vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 5, Rn. 108.

¹⁹² Vgl. *Horn*, in: *W/H/L*, § 23, Rn. 453; *Kieninger*, in: *MK*, § 307, Rn. 146.

¹⁹³ BT-Drucks. 12/6959.

¹⁹⁴ Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 102 li. Sp.; *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (617); *Präve*, ZfV 1994, S. 374; *Renger*, VersR 1994, S. 753 (754); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 7.

¹⁹⁵ Umstritten war mit Blick auf die Einbeziehung von AVB, ob § 5a VVG nur dann anzuwenden ist, wenn der Versicherungsnehmer eine natürliche Person ist, die einen Anspruch auf Erteilung der Verbraucherinformationen hat (*Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 160; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 7) oder ob § 5a VVG auch gegenüber juristischen Personen Anwendung findet, die keine Unternehmer im Sinne des § 13 BGB sind (*E. Lorenz*, VersR 1997, S. 773 (775f); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1049f)) bzw. ob die Norm sowohl für natürliche als auch juristische Personen gilt (vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 14 und 15; *Werber*, in: *FS Baumann* 1999, S. 359 (368)).

¹⁹⁶ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); OLG Hamm VersR 2001, 709; *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (154); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (619); *ders.*, VersR 1997, S. 773 (775); *Präve*, ZfV 1994, S. 374 (379); *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 22; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (269); *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 32; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (3); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1049).

vor Antragsstellung nicht übergeben worden waren¹⁹⁷. Darüber hinaus sollten AVB sogar dann in den Vertrag einbezogen werden können, wenn diese zu keiner Zeit übergeben worden waren, jedoch unter den Voraussetzungen des § 5a Abs. 2 S. 4 VVG a.F. das Widerspruchsrecht erlosch¹⁹⁸. Ging der Antrag nicht vom Versicherungsnehmer, sondern vom Versicherer aus, so war § 5a VVG a.F. seinem Wortlaut nach zwar nicht anwendbar, jedoch sollte die Norm in diesem Fall analoge Anwendung finden¹⁹⁹.

Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 5a VVG a.F. richtete sich demgegenüber die Einbeziehung der AVB nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 2 und 24 Abs. 1 AGBG bzw. §§ 305 Abs. 2 und 310 Abs. 1 BGB²⁰⁰.

3. Einbeziehung nach neuem Recht

Im neuen VVG finden sich mit Ausnahme von § 49 VVG für Versicherungsverträge über eine vorläufige Deckung keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Einbeziehung von AVB, weswegen grundsätzlich von einer Geltung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB auszugehen ist.

a. Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB

§ 305 Abs. 2 BGB findet auf die Einbeziehung von AVB Anwendung, wenn der Vertragspartner des Verwenders kein Unternehmer im Sinne des § 13 BGB, keine juristische Person des öffentlichen Rechts und auch kein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist²⁰¹, da für diese Fälle § 310 Abs. 1 BGB gilt. § 305 Abs. 2 BGB verlangt, dass der Verwender bei Vertragsschluss ausdrücklich auf die AVB hinweist und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit einräumt, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen und diese sich sodann mit deren Geltung einverstanden erklärt.

¹⁹⁷ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (156); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (620); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 10; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 32; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (4); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1049); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 14 und 21f.

¹⁹⁸ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (623); *ders.*, VersR 1997, S. 773 (777 und 780); *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 22a und § 5a, Rn. 57; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (4); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1053); *Präve*, ZfV 1994, S. 374 (380). A.A. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (158); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 27-29; Soweit mit Antrag und Annahme eine Einigung über die „essentialia negotii“ erzielt worden ist, kommt ein Vertrag ohne AVB zustande.

¹⁹⁹ Vgl. *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (624f); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 22; *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1052); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 31.

²⁰⁰ Vgl. *Dörner*, AVB, S. 5; *Horn*, in: *W/H/L*, § 23, Rn. 453; *Kieninger*, in: *MK*, § 307, Rn. 146, *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 115; *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. I, Rn. 22.

²⁰¹ Unzutreffend wäre es für die Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB darauf abzustellen, ob der Vertragspartner Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist. Übt eine juristische Person wie der Idealverein (§ 21 BGB) kein Gewerbe und auch keine selbständige Tätigkeit aus, so ist sie keine Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB, aber auch kein Verbraucherin gemäß § 13 BGB, weil sie keine natürliche Person ist.

aa. Verwender

Die in § 305 Abs. 2 BGB genannten Anforderungen müssen vom Verwender eingehalten werden, also demjenigen, der die AVB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB „stellt“. Dabei muss nicht zwingend die Vertragspartei die AVB stellen, von der der Antrag auf Abschluss des Vertrages ausgeht. Gestellt werden sie vielmehr vom dem, der für sich mit ihrer beabsichtigten Geltung eine einseitige rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt²⁰². Verwender ist daher auch, wer den anderen Teil durch entsprechend gestaltete Antragsformulare veranlasst, bestimmte AVB in dessen Antrag aufzunehmen²⁰³. Folglich ist der Versicherer nicht nur dann Verwender, wenn er ein Angebot auf Abschluss eines Versicherungsvertrages unterbreitet, sondern auch dann, wenn der Versicherungsnehmer den Antrag unter Bezugnahme auf die AVB des Versicherers stellt.

bb. Hinweis auf die AVB

Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB muss der Verwender den Vertragspartner ausdrücklich auf die AVB hinweisen. Ein solcher Hinweis verlangt, dass der Verwender den anderen Teil vor Vertragsschluss unmissverständlich und klar erkennbar auf die AVB aufmerksam macht²⁰⁴. Der Hinweis kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen²⁰⁵. Wird der Vertrag schriftlich unter Verwendung von vordruckten Formularen geschlossen, muss ein schriftlicher Hinweis auffällig platziert sein, damit dieser von einem Durchschnittskunden bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher Aufmerksamkeit nicht übersehen werden kann²⁰⁶. Bei einem mündlichen Vertragsschlusses müsste ein ausdrücklicher Hinweis durch eine entsprechende mündliche Erklärung erfolgen²⁰⁷.

cc. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme

Der Versicherer muss dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AVB Kenntnis zu nehmen. Unerheblich ist, ob der Versicherungsnehmer von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch macht²⁰⁸. Angesichts des Umfangs der AVB liegt es auf der Hand, dass eine mündliche Information über deren Inhalt praktisch von vornherein ausscheidet.

²⁰² Vgl. BGHZ 130, 50 (57f); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 10; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 27.

²⁰³ Vgl. BGH NJW 1988, 2106 (2108); *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 103; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 27; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 6.

²⁰⁴ Vgl. BGH NJW-RR 1987, 112 (113); ZIP 1986, 1126 (1128); *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 54; *Stoffels*, Rn. 268; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 124.

²⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1983, 816 (817); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 29.

²⁰⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1987, 112 (113f); *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 58; *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 25; *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 116; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 8.

²⁰⁷ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 66; *Stoffels*, Rn. 268; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 133; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 14.

²⁰⁸ Vgl. BGHZ 109, 192 (196); *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 65; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 146; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 305, Rn. 23.

Fraglich ist daher allein, ob für die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme voraussetzt, dass dem Versicherungsnehmer ein Exemplar der AVB übergeben wird.

Nur bei Vertragsschlüssen unter Anwesenden im Geschäftslokal des Verwenders wird es für ausreichend gehalten, dem Vertragspartner die AGB zur Kenntnisnahme vorzulegen oder ihm die Vorlage anzubieten²⁰⁹. In allen anderen Fällen ist demgegenüber ein Exemplar der AGB auszuhändigen²¹⁰. Demnach könnte es bei Vertragsverhandlungen in den Agenturräumen eines Versicherungsvertreeters genügen, dass dieser dem Versicherungsnehmer die Einsichtnahme in ein Exemplar der AVB ermöglicht, ohne dass dieser es behalten kann²¹¹.

Diese Sichtweise begegnet allerdings wegen des Umfanges von AVB Bedenken. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme soll es dem Vertragspartner erlauben, sich über die mit den AGB einhergehenden Rechte und Pflichten zu informieren²¹². Längere Klauselwerke wie AVB, die lediglich in den Geschäftsräumen des Versicherungsvertreeters ausliegen, könnte der Kunde daher nur dort einsehen, nicht aber zu Hause oder anderswo in Ruhe durchgehen. Von einer zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit kann unter solchen Voraussetzungen keine Rede sein. Dementsprechend geht die Rechtsprechung bei längeren Klauselwerken wie der VOB/B grundsätzlich davon aus, dass die Kenntnisnahmemöglichkeit nur dann zumutbar ist, wenn ein Exemplar zur Verfügung gestellt wird²¹³. Diese Rechtsprechung kann auf AVB übertragen werden²¹⁴, so dass diese dem Versicherungsnehmer stets zu übergeben sind²¹⁵.

Hinsichtlich der Form des zu übergebenen Exemplars der AVB ist zu überlegen, ob stets ein gedrucktes Exemplar in Papierform erforderlich ist. Bei den nach § 7 VVG zu erteilenden Informationen, zu denen auch die AVB gehören, reicht die Textform im Sinne des § 126b BGB aus. Dies bedeutet, dass die Informationen auch in elektronisch lesbarer Form, etwa auf CD-ROM oder einem USB-Stick,

²⁰⁹ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 18 re. Sp.; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 34; *Stoffels*, Rn. 277; *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 62.

²¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 18 re. Sp.; *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 62; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 35; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 145; *Stoffels*, Rn. 278; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 25.

²¹¹ Die Tatsache, dass in diesem Falle der Versicherer gegen seine Verpflichtung aus §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV verstieße, soll an dieser Stelle zunächst außer Betracht bleiben, denn der Frage nach der Bedeutung dieser Informationspflicht für die Einbeziehung von AVB wird unter C. II. 3. d. nachgegangen.

²¹² Vgl. *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 62; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 1.

²¹³ Vgl. OLG Hamburg VersR 1989, 202 (203); OLG München NJW-RR 1992, 349 (350).

²¹⁴ Vgl. *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045, Fn.3; *Horn*, in: *W/H/L*, § 23, Rn. 453; vgl. auch BGH VersR 1986, 672 (673). Hier deutet der BGH an, dass für eine Einbeziehung nicht genehmigter AVB über § 2 AGBG eine Übergabe erforderlich ist.

²¹⁵ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 26; *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (617); *S. Hoffmann*, S. 179; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 10; *ders.*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 121; *ders.* VW 1995, 90 (92); *ders.*, VW 1994, S. 561 (558); *Rehberg*, S. 98; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (269); *Renger*, VersR 1994, S. 753 (757); *Schwintowski*, in: *BK*; § 5a, Rn. 74; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 188.

übergeben werden könnten²¹⁶. Erforderlich ist allerdings, dass der Versicherungsnehmer mit der Informationserteilung in gespeicherter Form einverstanden ist, da er über die notwendigen technischen Voraussetzungen verfügen muss, um die Daten für sich lesbar zu machen²¹⁷.

Aber selbst unter dieser Bedingung stößt eine Übergabe der AVB in gespeicherter Form an ihre Grenzen. Möchte der Versicherungsnehmer noch im gleichen Termin, in dem ihm die AVB übergeben wurden, seine Vertragserklärung abgeben, ist eine tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit der AVB nicht gegeben, da er vor Ort den Datenträger nicht auslesen kann. Für diese Fälle und jene, in denen der Versicherungsnehmer kein Einverständnis mit der Übergabe der AVB in gespeicherter Form erklärt, ist daher die Aushändigung eines gedruckten Exemplars unumgänglich.

In zeitlicher Hinsicht muss die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme *zum* Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Nach überwiegender Ansicht ist hiermit der Zeitraum *vor* Abgabe der Willenserklärung des Vertragspartners gemeint²¹⁸, nur vereinzelt wird eine Kenntnisnahmemöglichkeit auch nach Vertragsschluss für ausreichend gehalten²¹⁹. Mit Blick auf den Zweck der Vorschrift, dem Vertragspartner die Gelegenheit zu bieten, sich über den Inhalt der AVB zu informieren, ist die letztgenannte Auffassung allerdings abzulehnen²²⁰.

Der Zeitraum „vor Abgabe der Willenserklärung“ weist jedoch eine gewisse Unschärfe auf. Vorstellbar ist es, die AVB zu übergeben, unmittelbar bevor der Versicherungsnehmer seine Vertragserklärung abgibt. In diesem Fall bestünde jedoch die Gefahr, dass er mit ihnen überrumpelt wird und diese daher nicht weiter beachtet, so dass von einer zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit nicht gesprochen werden kann. Zu denken ist an den Fall, dass der Versicherungsvertreter kurz vor der Unterschrift des Versicherungsnehmers diesem noch schnell ein Exemplar der AVB aushändigt, so dass formal von einer Übergabe *vor* Abgabe der Willenserklärung gesprochen werden könnte.

Soweit ersichtlich, äußert sich nur *Wolf*²²¹ zu dieser Problematik. Er ist der Ansicht, dass eine zumutbare Kenntnisnahme auch die erforderliche Informationszeit voraussetze. Je umfangreicher die AGB seien, desto länger müsse die Informationszeit sein. In dieser allgemeinen Form kann dem jedoch nicht zugestimmt werden. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB fordert nur die Möglichkeit zur Kenntnisnahme, jedoch nicht die Kenntnisnahme als solche. Es entspricht auch nicht der Vorstellung des Gesetzgebers, dass AGB in jedem Fall so frühzeitig zur Ver-

²¹⁶ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 126b, Rn. 3.

²¹⁷ Vgl. *Einsele*, in: *MK*, § 126b, Rn. 10.

²¹⁸ Vgl. *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 73; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 78; *Stoffels*, Rn. 286; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 156; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 35.

²¹⁹ Vgl. *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 149.

²²⁰ Vgl. *Schimikowski*, *RuS* 2006, S. 441 (442); *Schimikowski/Höra*, S. 119.

²²¹ *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 29.

fügung zu stellen sind, dass diese auch durchgearbeitet werden können. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum AGBG soll § 2 AGBG bzw. nun § 305 Abs. 2 BGB zwar sicherstellen, dass die Einbeziehung der AGB auf dem Boden des rechtsgeschäftlichen Vertragswillens verankert wird, ohne jedoch Anforderungen zu stellen, die entgegen der legitimen Rationalisierungsfunktion von AGB den Rechtsverkehr insbesondere bei Massengeschäften des täglichen Lebens unnötig behindern²²². AGB müssen daher so übergeben werden, dass der Kunde deren Aushändigung bewusst zur Kenntnis nehmen und sich daher überlegen kann, ob er sie im Einzelnen durchsehen möchte oder nicht. Entsprechendes gilt somit auch für die Übergabe der AVB.

dd. Einverständnis

Das in § 305 Abs. 2 BGB vorgesehene Einverständnis mit der Geltung der AVB erklärt der Versicherungsnehmer, wenn die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB im Übrigen erfüllt sind, mit der Abgabe seiner Willenserklärung²²³.

b. Einbeziehung nach § 310 Abs. 1 BGB

Die Anforderungen an die Einbeziehung der AVB gegenüber einem Versicherungsnehmer, der nicht in den Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB fällt, sind erheblich vereinfacht. In diesem Falle müssen die Parteien sich lediglich ausdrücklich oder konkludent über deren Einbeziehung einigen²²⁴.

c. Einschränkung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen

Anders als bei § 310 Abs. 1 BGB ist die Einbeziehung der AVB unter den Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB stark formalisiert und damit zugleich fehleranfällig. In Anbetracht des konstitutiven Charakters der AVB für den Versicherungsvertrag stellt sich daher die Frage, ob nicht eine Einschränkung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB in Frage kommt, um deren Einbeziehung zu vereinfachen.

aa. Teleologische Reduktion des § 305 Abs. 2 BGB

Eine vereinfachte Einbeziehung von AVB käme in Betracht, wenn im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB ebenso wie bei § 310 Abs. 1 BGB eine einfache Vereinbarung der AVB genüge, also der Wortlaut von § 305 Abs. 2 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion entsprechend eingeschränkt würde. Voraussetzung für eine teleologische Reduktion ist eine Regelungslücke im Ge-

²²² BT-Drucks. 7/3919, S. 13, re. Sp.

²²³ Vgl. *Stoffels*, Rn. 291; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 160.

²²⁴ Vgl. BGHZ 117, 190 (194); OLG Dresden NJW-RR 1999, 846 (847); *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 97; *Schimikowski*, RuS 2007, S. 309 (310); *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 169.

setz, also eine planwidrige Unvollständigkeit²²⁵, die im Fehlen einer gebotenen Ausnahmeregelung zu sehen ist (sog. „verdeckte Lücke“)²²⁶. Inwieweit diese Lücke planwidrig ist, muss anhand des dem Gesetz zugrunde liegenden Regelungsplanes bestimmt werden, der im Wege historischer und teleologischer Auslegung zu ermitteln ist²²⁷.

Bereits vor der Entstehung des AGBG wurde in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts diskutiert, ob AVB von der Geltung des AGBG auszunehmen seien. Vor allem wurde damit argumentiert, dass AVB der staatlichen Aufsicht durch das BAV unterliegen und daher durch den aufsichtsrechtlichen Schutz hinreichend die Interessen der Versicherungsnehmer gewahrt seien, weswegen es des AGBG als Schutzgesetz nicht bedürfe²²⁸. Mit der Abschaffung der präventiven Bedingungskontrolle überzeugt dieses Argument nicht mehr, auch wenn es der Aufsichtsbehörde²²⁹ möglich ist, die Verwendung unwirksamer Klauseln im Wege anlassbezogener Missstandsaufsicht (vgl. § 81 VAG) auch dann zu beanstanden, wenn diese von den Zivilgerichten noch nicht für unwirksam erklärt worden sind²³⁰.

Bedeutsamer ist jedoch, dass der Gesetzgeber trotz der vorgebrachten Einwände der Forderung nach einer Bereichsausnahme für AVB nicht nachgekommen ist²³¹. In der Begründung zu § 11 Abs. 3 des Regierungsentwurfes zum AGBG, der dem späteren § 23 Abs. 3 AGBG entspricht, heißt es, Abs. 3 enthalte eine Sonderregelung für den Fall, dass in den dort bezeichneten Geschäftsbereichen (u. a. Versicherungsvertrag) die Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 2 ausnahmsweise einmal nicht eingehalten werden. In diesen Fällen würde ein Rückgriff auf die insoweit fehlenden gesetzlichen Vorschriften oder die Natur des Vertrages nach § 5 Abs. 2 zu keiner sachgerechten Lösung führen, weil dort das maßgebliche Prinzip des kollektiven Geschäftssystems eine gleichmäßige und erschöpfende Regelung aller Verträge verlange und die gleichmäßige Anwendung der behördlich genehmigten AGB gesetzlich vorgeschrieben sei. Dies gebe allerdings keinen Anlass, solche AGB unter Durchbrechung der Einbeziehungsregelung aus der Anwendbarkeit des § 2 herauszunehmen, vielmehr sollten die dort vorgeschriebenen Einbeziehungsvoraussetzungen auch bei ihnen beachtet werden. Den Besonderheiten des kollektiv ausgerichteten Geschäftssystems und der gesetzlich vorgeschriebenen gleichmäßigen Anwendung der behördlich genehmigten AVB werde jedoch durch § 11 Abs. 3 Rechnung getragen²³². Die

²²⁵ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 194.

²²⁶ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 198 und 210.

²²⁷ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 194.

²²⁸ Vgl. *Angerer*, *ZVersWiss* 1975, S. 197 (209); *Sieg*, *BB* 1975, 845 (846).

²²⁹ Seit dem 1.5.2002 die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BAFin).

²³⁰ Vgl. *BVerwGE* 107, 101 (106f); *Weyers/Wandt*, Rn. 158.

²³¹ Vgl. *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 4; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 76.

²³² *BT-Drucks.* 7/3919, S. 45 li. Sp.

Gesetzesbegründung zeigt somit deutlich, dass der Gesetzgeber einerseits die besondere Bedeutung der AVB für den Versicherungsvertrag erkannt hat, aber dennoch von der grundsätzlichen Geltung der Einbeziehungsvoraussetzungen des AGBG ausging. Andererseits wurde § 11 Abs. 3 des Regierungsentwurfes bzw. § 23 Abs. 3 AGBG vom Gesetzgeber als Ausnahmvorschrift verstanden, um den Folgen der Nichteinbeziehung von AVB zu entgehen, da die Regelung des § 5 Abs. 2 des Regierungsentwurfes (später § 6 Abs. 2 AGBG bzw. § 306 Abs. 2 BGB) nicht für sachgerecht gehalten wurde. Dieses hinter der Sonderregelung des § 23 Abs. 3 AGBG stehende Problem der Nichteinbeziehung von AVB und die Frage, wie eine derartige Lücke in der vertraglichen Vereinbarung mangels dispositiver gesetzlicher Regelungen zu schließen ist²³³, stellt sich nach wie vor unverändert und könnte daher für die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion sprechen.

Das Problem der Nichteinbeziehung von AVB bestand in gleicher Weise 1994 bei der Umsetzung der Dritten Richtliniengeneration und der damit verbundenen Abschaffung der Genehmigungspflicht, wodurch die Sonderregelung des § 23 Abs. 3 AGBG leer lief. Der Regierungsentwurf zum Dritten Durchführungsgesetz EWG zum VAG machte jedoch keine unmittelbaren Ausführungen zur Einbeziehung von AVB. Im Zusammenhang mit der Abschaffung der Genehmigungspflicht heißt es lediglich, für Verbraucherrisiken könne die Geltung des AGBG weiter vorgeschrieben werden²³⁴. Demgegenüber führte der Finanzausschuss des Bundestages, der die später übernommene Regelung des § 5a VVG a.F. vorschlug, in der Gesetzesbegründung aus, für die Verwendung nicht genehmigter AVB könne auf eine Anwendung des § 5a VVG a.F. für die Einbeziehung von AVB nicht verzichtet werden²³⁵. Folglich ging der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Dritten Richtliniengeneration zwar auch von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des AGBG für die Einbeziehung von AVB aus, er schuf jedoch mit § 5a VVG a.F. wiederum eine Ausnahmeregelung von den allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen.

Im Zuge der Schuldrechtsreform führte der Gesetzgeber zur Regelung des § 305a BGB, der den Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 3 AGBG nicht übernahm, aus, dass eine Einbeziehung von AVB über § 23 Abs. 3 AGBG nicht mehr in Betracht komme²³⁶. Die Einbeziehung richte sich nach § 2 AGBG bzw. 305 Abs. 2 BGB, wobei eine Privilegierung der AVB im Rahmen des § 5a VVG a.F. erhalten bleibe²³⁷. Auch an dieser Stelle betont der Gesetzgeber die grund-

²³³ Ausführlich zu den Folgen der Nichteinbeziehung von AVB unten unter E. I. 1.

²³⁴ Vgl. BT-Drucks. 12/6959, S. 45 li. Sp.

²³⁵ Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 114.

²³⁶ Das Vorlageerfordernis für AVB der privaten Krankenversicherung und für gesetzliche Pflichtversicherungen führt nicht zur Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 AGBG, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 151.

²³⁷ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 151 re. Sp.

sätzliche Geltung der Einbeziehungsvorschriften für AVB, wiederum jedoch unter Hervorhebung des Privilegierungstatbestandes des § 5a VVG a.F.

Trotz der vom Gesetzgeber regelmäßig betonten Geltung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB wird deutlich, dass sich deren Einbeziehung zu keiner Zeit *ausschließlich* nach den allgemeinen Vorschriften richtete. Zugleich verdeutlicht der Blick auf das bisherige Verhältnis von AVB zu den allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen aber auch, dass dem Gesetzgeber bei der Verabschiedung des neuen VVG die Problematik der Einbeziehung von AVB in seiner Tragweite bekannt gewesen ist. Entscheidend ist somit, dass dennoch insoweit keine *generelle* Sonderregelung geschaffen worden ist:

Eine spezielle Regelung findet sich zunächst in § 49 VVG, der im fünften Abschnitt über die vorläufige Deckung steht, wobei fraglich ist, ob neben § 49 Abs. 2 VVG auch Abs. 1 der Norm eine Sonderregelung zur Einbeziehung von AVB trifft.

Gemäß § 49 Abs. 1 VVG kann bei einem Vertrag über eine vorläufige Deckung nämlich vereinbart werden, dass die Informationen nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. der VVG-InfoV spätestens mit dem Versicherungsschein zu übermitteln sind. Abweichend von den allgemeinen Vorschriften findet also eine Information gerade auch über die AVB (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 a VVG-InfoV) nicht zwingend vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers statt. Diese Regelung wird daher teilweise als Ausnahmenvorschrift zur Einbeziehung von AVB interpretiert, welche sich an die Vorschrift des § 5a Abs. 3 VVG a.F. anlehne²³⁸. Ob diese Einschätzung in Anbetracht der Regelung des § 49 Abs. 2 VVG zutreffend ist, muss jedoch bezweifelt werden. Vereinbart nämlich der Versicherungsnehmer mit dem Versicherer, vor Abgabe seiner Willenserklärung die Informationen einschließlich der AVB nicht zu erhalten, liegt ein Fall des § 49 Abs. 2 S. 1 VVG vor, so dass bereits auf diesem Wege die üblicherweise verwendeten AVB einbezogen werden. Folglich ist davon auszugehen, dass lediglich § 49 Abs. 2 VVG eine Spezialregelung im neuen VVG zur Einbeziehung von AVB darstellt²³⁹. Dies zeigt sich auch an der Gesetzesbegründung zu § 49 Abs. 2 VVG, wonach im Interesse einer möglichst einfachen Handhabung des vorläufigen Schutzes hingenommen werden müsse, dass die AVB nicht ausgehändigt oder auf andere Weise übermittelt werden. Außerdem dürfe der Schutz nicht entfallen, wenn eine an sich mögliche Einbeziehung der AVB in fehlerhafter Weise unterblieben sei. Da der Versicherungsschutz meist nur auf der Grundlage der AVB inhaltlich bestimmbar sei, lege Abs. 2 Satz 1 *abweichend* von § 305 Abs. 2 BGB fest, dass die AVB des Versicherers auch bei Fehlen eines aus-

²³⁸ Vgl. Maier, RuS 2006, S. 485 (488).

²³⁹ Vgl. Schimikowski, RuS 2007, S. 309; Schimikowski/Höra, S. 117.

drücklichen Hinweises Vertragsbestandteil werden²⁴⁰. Die Gesetzesbegründung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber § 49 Abs. 2 VVG als Ausnahmvorschrift ansieht, mit der von § 305 Abs. 2 BGB abgewichen werden kann. Mit dieser Konzeption als Ausnahmvorschrift kommt zugleich zum Ausdruck, dass außerhalb des Regelungsbereichs der vorläufigen Deckung von einer grundsätzlichen Geltung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen auszugehen ist.

Dementsprechend ist auch nicht anzunehmen, dass § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG eine weitere Sonderregelung darstellt. Zwar finden sich Stimmen in der Literatur, die § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG als Spezialregelung zur Einbeziehung von AVB verstehen. Ihrer Meinung nach setzt die Norm voraus, dass auch ohne Aushändigung der AVB ein Versicherungsvertrag wirksam zustande kommt, in den die nachträglich überlassenen AVB nach Ablauf der Widerrufsfrist einbezogen werden²⁴¹. Jedoch bereits vom Gesetzeswortlaut her bietet § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG für ein derartiges Normverständnis keine Anhaltspunkte, denn geregelt werden nur die Voraussetzungen, unter denen die Widerrufsfrist zu laufen beginnt. Anders als § 5a VVG a.F., der in Abs. 2 S. 1 für den Beginn der Widerspruchsfrist ebenfalls an den Zugang der AVB anknüpfte, enthält § 8 VVG keine ausdrückliche Bestimmung darüber, dass der Versicherungsvertrag mit Ablauf der Widerrufsfrist als auf der Grundlage der Versicherungsbedingungen abgeschlossen gilt²⁴². Zudem wäre es auch systematisch fragwürdig, eine Sonderregelung für die Einbeziehung von AVB in einer Bestimmung über den Beginn der Widerrufsfrist zu normieren, schließlich steht dem Versicherungsnehmer gemäß § 8 Abs. 3 VVG nicht bei allen Versicherungsverträgen ein Widerrufsrecht zu. Überdies finden sich in der Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte dafür, § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG als Spezialregelung zur Einbeziehung von AVB zu behandeln. Ein derartiges Normverständnis liefere darauf hinaus, eine Einbeziehung von AVB in einer Weise zu ermöglichen, wie dies nach alter Rechtslage gemäß § 5a VVG a.F. möglich war. Diese Norm ist jedoch bewusst nicht vom Gesetzgeber ins neue VVG übernommen worden²⁴³.

Es entspricht daher dem erklärten Willen des Gesetzgebers, dass AVB nach den allgemeinen Vorschriften für AGB in den Versicherungsvertrag einbezogen werden. Mangels einer planwidrigen Regelungslücke kommt daher eine teleologische Reduktion des § 305 Abs. 2 BGB nicht in Frage.

bb. Analogie zu § 49 Abs. 2 VVG

Neben einer teleologischen Reduktion des § 305 Abs. 2 BGB ist an einen Analogieschluss zu § 49 Abs. 2 VVG zu denken, um in vereinfachter Weise AVB in

²⁴⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 74 li. Sp.

²⁴¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/87 Tabelle 5; *Marlow/Spuhl*, S. 14.

²⁴² Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 90; *Wandt*, Rn. 292.

²⁴³ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 8.

den Vertrag einzubeziehen. Ein entsprechender Analogieschluss wird vereinzelt in der Literatur befürwortet²⁴⁴. Dem ist jedoch nicht zu folgen²⁴⁵. Der Gesetzgeber des neuen VVG hat sich eindeutig dafür entschieden, dass auch für AVB die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB gelten. Ebenso wie für eine teleologische Reduktion fehlt es damit an einer planwidrigen Regelungslücke als Voraussetzung für einen Analogieschluss²⁴⁶.

d. Bedeutung von §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV
§§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV sehen vor, dass dem Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung die AVB übergeben werden müssen. Zum alten Recht wurde im Zusammenhang mit der Einbeziehung von AVB darauf hingewiesen, dass auch natürlichen Personen mit Unternehmereigenschaft die AVB wegen § 10a Abs. 1 i.V.m. Anlage D Abschnitt I Nr. 1 b VAG a.F. auszuhändigen seien²⁴⁷, wobei jedoch unklar ist, inwieweit hierin ein materiellrechtliches Einbeziehungserfordernis gesehen wurde²⁴⁸. Fraglich ist daher, ob die §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV eine zusätzliche Einbeziehungsvoraussetzung für AVB begründen. Bedeutung hat diese Frage zum einen im Anwendungsbereich von § 310 Abs. 1 BGB, weil dann nicht nur eine einfache Vereinbarung der AVB für deren Einbeziehung genügte²⁴⁹. Zum anderen ist diese Frage für die Einbeziehung von AVB nach § 305 Abs. 2 BGB zumindest dann bedeutsam, wenn das zeitliche Erfordernis der rechtzeitigen Mitteilung in § 7 Abs. 1 VVG so zu verstehen sein sollte, dass eine Mindestfrist von drei Tagen zwischen Mitteilung und Abgabe der Willenserklärung liegen muss²⁵⁰.

Das Problem, über AGB zu informieren, und das Verhältnis dieser Informationspflicht zu den Einbeziehungsvoraussetzungen stellt sich nicht allein im Ver-

²⁴⁴ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (503); *Marlow/Spuhl*, S. 14.

²⁴⁵ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, Einl. Rn. 62 und § 1, Rn. 43; *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 23; *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 20; *Schimikowski*, RuS 2007, S. 309 (311); *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 188, Fn. 262 und 298; *ders.*, Rn. 292.

²⁴⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, Einleitung, Rn. 48; *Larenz/Canaris*, S. 202.

²⁴⁷ Vgl. *Präve*, in: VersR-Hdb, § 10, Rn. 144; *ders.* VW 1995, 90 (92). Etwas anders gelagert ist die zum früheren Recht diskutierte Problematik, ob das in § 5a VVG a.F. vorgesehene Übergabeerfordernis für AVB auch *juristischen* Personen gegenüber einzuhalten gewesen ist, vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 14 und 15; *Werber*, in: FS Baumann 1999, S. 359 (368). Diese vereinzelt vertretene Ansicht zielte in erster Linie darauf ab, den Anwendungsbereich des § 5a VVG a.F. in persönlicher Hinsicht über den Adressatenkreis der Verbraucherinformationen nach § 10a VAG hinaus zu erstrecken, um auch juristischen Personen ein Widerspruchsrecht nach § 5a VVG a.F. einzuräumen bzw. gegenüber diesen die AVB über § 5a VVG a.F. einzubeziehen.

²⁴⁸ Unklar auch *Ihle*, S. 122, Fn. 47, wonach „die aus § 10a Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abschnitt I Nr. 1 b VAG a.F. resultierende Pflicht zur Übermittlung der AVB und die nach §§ 305 Abs. 2 BGB i.V.m. 310 Abs. 1 S. 1 BGB gestellten Einbeziehungsanforderungen sich lediglich in ihrem persönlichen Anforderungsbereich unterscheiden.“

²⁴⁹ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 102.

²⁵⁰ Vgl. *Micklitz*, in: HK-VertriebsR, § 312c, Rn. 32 zur Formulierung „rechtzeitig“ in § 312c BGB. Zur Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ in § 7 Abs. 1 VVG näher unter C. III. 4. e.

sicherungsrecht, sondern wird auch im Hinblick auf §§ 312c Abs. 1 BGB i.V.m. 1 Abs. 1 BGB-InfoV, § 312c Abs. 2 Nr. 1 BGB und § 6 Abs. 3 BGB-InfoV diskutiert. Vorgestellt sei daher zunächst der generelle Meinungsstand (unter aa.-cc.), um daran anknüpfend die Situation mit Blick auf §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV zu klären (unter dd.).

aa. §§ 312c Abs. 1 BGB i.V.m. 1 Abs. 1 BGB-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AGB

§ 312c Abs. 1 BGB sieht vor, dass bei Fernabsatzverträgen im Sinne des § 312b BGB ein Unternehmer einem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung die Informationen zur Verfügung zu stellen hat, die in § 1 Abs. 1 BGB-InfoV genannt sind. Die dort unter den Ziff. 5-9 und 12 vorgesehenen Informationspflichten betreffen Punkte, die im Wesentlichen in AGB geregelt sind²⁵¹. Ob die in § 312c BGB vorgesehenen Informationspflichten mit Blick auf die jeweiligen AGB eine Einbeziehungsvoraussetzung darstellen, ist daher fraglich.

Teils wird davon ausgegangen, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB und die Informationspflicht des § 312c Abs. 1 BGB im Wege teleologischer Auslegung anzugleichen seien, wobei sich im Interesse des Verbraucherschutzes der strengere Maßstab durchsetzen müsse. Eine Divergenz beider Maßstäbe hätte zur Konsequenz, dass einzelne Punkte, über die der Unternehmer gemäß § 312c Abs. 1 BGB informiere, nicht Vertragsbestandteil geworden wären oder dass der Verbraucher über gewisse tatsächlich geltende Vertragsbedingungen nicht gemäß § 312c Abs. 1 BGB in Kenntnis gesetzt würde²⁵². Für dieses Verständnis des § 312c Abs. 1 BGB könnte sprechen, dass § 305 Abs. 2 BGB sicherstellen soll, dass der Kunde die AGB zur Kenntnis nehmen kann, um sich über seine Rechte und Pflichten zu informieren. Das Erreichen dieses Zwecks würde durch die Informationspflicht des § 312c Abs. 1 BGB weiter gefördert²⁵³, da diese ausweislich der Gesetzesbegründung eine informierte Entscheidung des Verbrauchers gewährleisten soll²⁵⁴.

Demgegenüber wird überwiegend, meist jedoch ohne weitere Begründung, vertreten, dass die Informationspflicht nach §§ 312c Abs. 1 BGB i.V.m. 1 Abs. 1 BGB-InfoV die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen unberührt lasse²⁵⁵.

²⁵¹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 1 BGB-InfoV, Rn. 18; *Wendehorst*, in: *MK*, § 312c, Rn. 70.

²⁵² Vgl. *Wendehorst*, in: *MK*, § 312c, Rn. 71.

²⁵³ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, 829 (836), wonach die Informationspflichten über § 305 Abs. 2 BGB hinaus Transparenz gewährleisten sollen.

²⁵⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 38 li. Sp. zu § 2 Abs. 2 FernAbsG.

²⁵⁵ Vgl. *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 62; *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1273 (1278) zu § 2 Abs. 2 FernAbsG; *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1151 (1156); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 312c, Rn. 12 und § 305, Rn. 33; *Riehm*, Jura 2000, S. 505 (510) zu § 2 Abs. 2 FernAbsG; *Ring*, in: *AnwKomm*, § 312c, Rn. 19; *Saenger*, in: *Erman*, § 312c, Rn. 30; *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 53.

Soweit Begründungen für diese Ansicht vorgetragen werden, wird zum einen darauf verwiesen, dass ein ausreichender Schutz mit Blick auf die Einbeziehung von AGB bereits über § 305 Abs. 2 BGB gegeben sei²⁵⁶. Zum anderen wird die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 FernAbsG, der Vorgängernorm von § 312c Abs. 1 BGB, als Argument gegen die Funktion als Einbeziehungsvoraussetzung geltend gemacht²⁵⁷. Dort heißt es, dass weder die Vorschriften über die Einbeziehung und Wirksamkeit von AGB nach dem AGBG noch sonstige Formvorschriften des bürgerlichen Rechts berührt würden, die für den Vertragsschluss mittels Fernkommunikationsmitteln auch weiterhin zunächst unverändert neben den Regelungen des FernabsG Anwendung finden und eingehalten werden müssten²⁵⁸.

Eine von den vorstehenden Ansichten abweichende Meinung vertritt *J. Hoffmann*. Er geht davon aus, dass die Verletzung von Informationspflichten, die auf europäische Richtlinien zurückzuführen sind (§ 312c Abs. 1 BGB beruht auf Art. 4 und 5 der RL 97/7/EG²⁵⁹), nach der Rechtsprechung des EuGH wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sanktioniert werden müsse²⁶⁰. Soweit Sanktionen durch die Anwendung von § 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG und §§ 8-10 UWG wegen Verstoßes gegen die Informationspflichten in Frage kommen, sei jedoch festzuhalten, dass diese Sanktionsmöglichkeiten dem von der Rechtsverletzung direkt Betroffenen keine eigene Durchsetzungsmöglichkeit gewähren²⁶¹. Sanktionen müssten auch Rechtsfolgen zugunsten des konkret Informationsberechtigten vorsehen. Solche könnten sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben, jedoch dürften diese nicht im Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlich veranlassten Widerrufsrechten stehen²⁶². Allem voran sei daher die Bindung an den Vertrag zu gewährleisten²⁶³. Eine dementsprechende Sanktion sei mit Blick auf Informationen über AGB wie folgt zu erreichen: Zwar seien die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB für AGB von der Erfüllung der Informationspflichten unabhängig. Diese beabsichtigen jedoch, über § 305 Abs. 2 BGB hinaus für den Berechtigten Transparenz zu schaffen. Werde dieser Pflicht nicht nachgekommen, so sei § 305c Abs. 1 BGB anzuwenden. Der Kunde müsse nämlich nicht mit Klauseln rechnen, über die er pflichtwidrig nicht informiert worden sei, und zwar auch dann, wenn diese inhaltlich unbedenklich oder üblich seien. Auf diese Weise würde der Vertrag inhaltlich umgestaltet und Leistung

²⁵⁶ In diese Richtung *Riehm*, Jura 2000, S. 505 (510).

²⁵⁷ Vgl. *Ring*, in: AnwKomm, § 312c, Rn. 19.

²⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 38 re. Sp.

²⁵⁹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG L 144 vom 4. 6. 1997, S. 19-27.

²⁶⁰ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (833).

²⁶¹ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (834).

²⁶² Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (835).

²⁶³ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (835).

und Gegenleistung würden zu Lasten des Verpflichteten modifiziert, denn er schulde Erfüllung auf der Grundlage ihm nachteiliger Konditionen²⁶⁴. Nach dieser Ansicht würden somit im Falle einer unterlassenen Information die AGB, auf die sich die Informationspflichten des § 312c Abs. 1 BGB beziehen, nicht in den Vertrag einbezogen.

bb. § 312c Abs. 2 Nr. 1 BGB als Einbeziehungsvoraussetzung für AGB

§ 312c Abs. 2 Nr. 1 BGB bestimmt, dass bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen der Unternehmer dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung die AGB in Textform mitzuteilen hat. Ob in dieser Verpflichtung eine Einbeziehungsvoraussetzung zu sehen ist, wird ebenso wie bei § 312c Abs. 1 BGB beurteilt²⁶⁵.

cc. § 6 Abs. 3 BGB-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AGB

§ 6 Abs. 3 BGB-InfoV bestimmt, dass ein Reiseveranstalter einem Reisenden vor Vertragsschluss die AGB vollständig übermitteln muss. Da ein Reisender der Vertragspartner des Reiseveranstalters ist²⁶⁶ und auch eine Geschäftsreise in den Anwendungsbereich der §§ 651a ff BGB fallen kann²⁶⁷, wären demnach auch einem Unternehmer die AGB zu übermitteln, obwohl § 310 Abs. 1 BGB dies nicht vorsieht. Ob es sich bei dieser besonderen Informationspflicht um eine Einbeziehungsvoraussetzung handelt, wird unterschiedlich beurteilt.

Teilweise wird § 6 Abs. 3 BGB-InfoV als besondere Einbeziehungsvoraussetzung verstanden²⁶⁸, denn eine Pflicht zur Übermittlung der AGB folge aus Art. 4 Abs. 2 der Pauschalreisen-RL²⁶⁹ und müsse daher vom nationalen Gesetzgeber effektiv umgesetzt werden²⁷⁰. Zudem heißt es in der Begründung zu § 3 Abs. 3 der Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern, einer Vorgängernorm von § 6 Abs. 3 BGB-InfoV, dass die Einbeziehung der Allgemeinen Reisebedingungen in den Reisevertrag sich nach § 2 AGBG richte. Durch die besonderen Erfordernisse des § 3 Abs. 3 dieser Verordnung, werde die „Möglichkeit der Kenntnisnahme“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG verstärkt²⁷¹. Aus der Verordnungsbegründung könnte daher der Schluss gezogen

²⁶⁴ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (835/836).

²⁶⁵ Vgl. zum einen: *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 103; *Wendehorst*, in: MK, § 312c, Rn. 136; zum anderen: *Basedow*, in: MK, § 305, Rn. 62; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 312c, Rn. 12 und § 305, Rn. 33; *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 53; ferner: *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (835/836).

²⁶⁶ Vgl. *Tonner*, in: MK, § 651a, Rn. 9.

²⁶⁷ Vgl. *Tonner*, in: MK, § 651a, Rn. 11.

²⁶⁸ Vgl. LG Düsseldorf NJW 2003, 3062; *Geib*, in: *Ba/Ro* § 6 BGB-InfoV, Rn. 5; *Tonner*, in: MK, § 6 BGB-InfoV, Rn. 19.

²⁶⁹ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. EG L vom 23.06.1990, S. 59-64.

²⁷⁰ Vgl. *Tonner*, in: MK, § 6 BGB-InfoV, Rn. 19.

²⁷¹ Vgl. BT-Drucks. 12/5354. S. 18 re. Sp.

werden, dass auch der Ordnungsgeber die Verpflichtung zur Übergabe der AGB vor Vertragsschluss als spezielle Einbeziehungsvoraussetzung versteht²⁷². Die Gegenansicht geht davon aus, dass eine Einbeziehung der AGB sich ausschließlich nach den allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB richtet²⁷³. § 6 Abs. 3 BGB-InfoV könne als Verordnung, die im Range unter einem förmlichen Gesetz stehe, nicht die Einbeziehungsvoraussetzungen des BGB modifizieren²⁷⁴. Darüber hinaus könne § 6 Abs. 3 BGB-InfoV die Einbeziehung von AGB nicht regeln, weil die Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung in Art. 238 EGBGB keine Regelungsbefugnis für die Einbeziehung von AGB vorsehe²⁷⁵.

dd. §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AVB

Anhand der vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass in der Erfüllung von Informationspflichten überwiegend keine Einbeziehungsvoraussetzung für AGB gesehen wird. Ob dies auch für §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV gilt, ist im Folgenden zu klären.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Wortlaut der Norm, der in § 7 Abs. 1 VVG von einem Mitteilen der AVB rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers bzw. in § 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV von einem Zurverfügungstellen der AVB spricht. Überdies steht § 7 VVG unter der amtlichen Überschrift „Information des Versicherungsnehmers“ bzw. § 1 VVG-InfoV unter der Überschrift „Informationspflichten bei allen Versicherungszweigen“. Aus dem Wortlaut und den jeweiligen Überschriften ergeben sich somit keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Normen Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB vorsehen.

Gesetzessystematisch könnte gegen eine Geltung als Einbeziehungsvoraussetzung angeführt werden, dass die Folgen einer Informationspflichtverletzung ausdrücklich in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG geregelt sind, wonach die Widerrufsfrist des § 8 Abs. 1 VVG nicht zu laufen beginnt²⁷⁶. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass gemäß § 8 Abs. 3 VVG nicht bei jedem Versicherungsvertrag ein Widerrufsrecht besteht. Zudem könnte mit Blick auf europarechtliche Vorgaben eine weitergehende Sanktionierung erforderlich sein, etwa soweit die

²⁷² Vgl. *Eckert*, in: *Staudinger*, Anh. zu § 651a: § 6 BGB-InfoV, Rn. 17 und *Führich*, Rn. 679 gehen demgegenüber davon aus, dass aus der Begründung der Verordnung folge, dass ausschließlich die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen gelten sollen.

²⁷³ Vgl. AG Hamburg NJW-RR 2002, S. 1061 (1062); *Führich*, Rn. 679; *Eckert*, in: *Staudinger*, Anh. zu § 651a: § 6 BGB-InfoV, Rn. 17; *Sprau*, in: *Palandt*, § 6 BGB-InfoV, Rn. 3.

²⁷⁴ Vgl. AG Hamburg NJW-RR 2002, 1061 (1062); *Eckert*, in: *Staudinger*, Anh. zu § 651a: § 6 BGB-InfoV, Rn. 17; *Führich*, Rn. 679.

²⁷⁵ Vgl. *Sprau*, in: *Palandt*, § 6 BGB-InfoV, Rn. 3.

²⁷⁶ Vgl. näher unten unter E. II. 2.

Richtlinienvorgaben zu den Informationspflichten Punkte betreffen, die üblicherweise in den AVB geregelt sind. In Betracht käme daher, wie von *J. Hoffmann* vertreten²⁷⁷, eine Anwendung von § 305c BGB mit der Folge einer Nichteinbeziehung der AVB, über die nicht informiert worden ist, so dass die Erfüllung der Informationspflicht der §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung zu behandeln ist.

Unabhängig von der Frage, inwieweit die Pflicht zur Information über die AVB im Einzelnen europarechtlich vorgeschrieben ist und daher eine effektive, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionierung der Verletzung dieser Informationspflicht durch eine Anwendung von § 305c BGB geboten sein könnte, überzeugt der Vorschlag von *J. Hoffmann* nicht. Er geht ersichtlich davon aus, dass die Nichteinbeziehung von AGB für den Informationsberechtigten von Vorteil ist, da hierdurch die Leistungspflichten zu Lasten des Verpflichteten modifiziert werden²⁷⁸. Warum dies der Fall sein soll, erläutert *J. Hoffmann* jedoch nicht näher. Angesichts der Regelung des § 306 Abs. 1 und 2 BGB, wonach der Vertrag ohne Einbeziehung von AGB wirksam sein kann und Lücken durch dispositives Gesetzesrecht oder ergänzende Vertragsauslegung zu schließen sind²⁷⁹, dürfte diese Annahme auch unzutreffend sein. Zudem bestehen Zweifel, warum nach *J. Hoffmanns* Ansicht auch unbedenkliche und übliche AGB nicht in den Vertrag einbezogen werden sollen²⁸⁰. Es erschließt sich nämlich nicht, worin hier der Nutzen für den Informationsberechtigten liegen soll. Wegen der konstitutiven Bedeutung der AVB für den Versicherungsvertrag ginge mit ihrer Nichteinbeziehung schließlich eine erhebliche Rechtsunsicherheit bzgl. der Leistungspflichten des Versicherers einher, soweit ein Vertrag ohne AVB überhaupt wirksam zustande kommt²⁸¹. Den Interessen des Versicherungsnehmers wäre hiermit nicht gedient²⁸². Überdies ist zu berücksichtigen, dass eine Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht der §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV auch unabhängig vom Bestehen eines Widerrufsrechts nach § 8 Abs. 1 VVG durch die Gewährung von Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB zugunsten des Versicherungsnehmers sanktioniert werden kann²⁸³.

Unter gesetzssystematischen Gesichtspunkten ist weiterhin zu überlegen, inwieweit der zu § 6 Abs. 3 BGB-InfoV vorgetragene Einwand, eine Verordnung könne aus Gründen der Normenhierarchie nicht die Einbeziehungsvoraussetzun-

²⁷⁷ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (836), hierzu im Einzelnen oben unter C. II. 3. d. aa.

²⁷⁸ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (836).

²⁷⁹ Vgl. BGHZ 90, 69 (75); 117, 92 (98); 137, 153 (157); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 6f.

²⁸⁰ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (836).

²⁸¹ Vgl. näher unten unter E. I. 1.

²⁸² Ebenfalls ablehnend: *Schimikowski*, RuS 2007, S. 133 (137).

²⁸³ Vgl. näher unten unter E. II. 5.

gen für AGB modifizieren²⁸⁴, gegen eine Geltung der §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Nr. 6a VVG-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung spricht. Die Pflicht zur Mitteilung der AVB ist zwar in § 1 Nr. 6a VVG-InfoV vorgesehen, jedoch auch in § 7 Abs. 1 VVG und somit unmittelbar in einem formellem Gesetz, das in der Normenhierarchie auf der gleichen Stufe mit dem BGB steht. Aus diesem Grunde kann dieser Einwand im Versicherungsvertragsrecht nicht überzeugen. Für eine Geltung der Informationspflichten als Einbeziehungsvoraussetzung könnte jedoch deren Zweck sprechen, dem Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss über den Inhalt des Vertrages zu informieren. Dieser Gedanke steht auch hinter der Einbeziehungsvoraussetzung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB und würde durch Einhaltung der Informationspflichten noch stärker zur Geltung gebracht. Dennoch muss mit Blick auf diese teleologische Erwägung ebenso wie bei § 312c Abs. 1 BGB²⁸⁵ gefragt werden, ob für die Einbeziehung von AVB nicht ein ausreichender Schutz bereits durch die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen gewährt wird.

Entscheidend gegen eine Geltung der §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Nr. 6a VVG-InfoV als Einbeziehungsvoraussetzung für AVB sprechen letztlich folgende Überlegungen: Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 49 Abs. 2 VVG zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Geltung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen ausgeht²⁸⁶. Zudem kannte der Gesetzgeber die Problematik der Einbeziehung von AVB in den Versicherungsvertrag, hat aber dennoch von einer generellen Sonderregelung Abstand genommen. Folglich sollen die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen auch auf AVB angewendet werden, weswegen nicht zugleich davon ausgegangen werden kann, dass deren Vorgaben über die Vorschriften zu den Informationspflichten des Versicherers verschärft werden sollen. Die §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV sehen mithin keine Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB vor²⁸⁷.

e. Einbeziehung über § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG

§ 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG eröffnet dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit, auf eine Information rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung durch eine gesonderte schriftliche Erklärung zu verzichten. In diesem Fall müssen die Informationen einschließlich der AVB unverzüglich nach Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden.

²⁸⁴ Vgl. oben unter C. II. 3. d. cc.

²⁸⁵ Vgl. oben unter C. II. 3. d. aa.

²⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 74 li. Sp.

²⁸⁷ Vgl. Beckmann, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 56, 78 und 102; Brömmelmeyer, in: *HK-VVG*, Einl., Rn. 62; Ebers, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 22; Schimikowski, in: *HK-VVG*, § 7, Rn. 25; ders., *RuS* 2007, S. 309 (310).

In der Literatur wird § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG teilweise als Sonderregelung zu § 305 Abs. 2 BGB verstanden²⁸⁸. *Leverenz* begründet diese Ansicht damit, dass anderenfalls die Normierung einer Verzichtslösung sinnlos sei²⁸⁹. Ausführlicher nimmt *Gaul* zu der Problematik Stellung. Er stellt darauf ab, dass ein Verzicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AVB gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB im Gesetz nicht vorgesehen sei. Vielmehr sei § 305 Abs. 2 BGB als Verbraucherschützende Vorschrift zwingender Natur, auch wenn dies, soweit aus der Kommentarliteratur ersichtlich, an keiner Stelle diskutiert werde. Vor allem dürfte sie auch nicht durch einen vorformulierten Verzicht aufzuheben sein, da dies gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstieße. Gleichwohl müsse im Falle eines Verzichts eine wirksame Einbeziehung der AVB angenommen werden, so dass die Verichtsregelung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG insoweit eine dem § 305 BGB vorgehende Spezialnorm sei²⁹⁰.

Soweit *Gaul* davon ausgeht, dass § 305 Abs. 2 BGB zwingender Natur ist, wird diese Auffassung in Literatur und Rechtsprechung geteilt²⁹¹. Er berücksichtigt jedoch nicht, dass ein Verzicht auf die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB beim telefonischen Vertragsschluss für zulässig gehalten wird, wenn dieser individuell vereinbart wird²⁹². Ein Verzicht auf die Einhaltung der Einbeziehungsvoraussetzung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist daher durchaus möglich. Die Frage lautet dann aber nicht, ob § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG eine Sonderregelung zu § 305 Abs. 2 BGB darstellt, sondern, ob diese Norm eine besondere Verzichtsmöglichkeit mit Blick auf die Einhaltung der Anforderungen des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB normiert.

§ 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG knüpft an die in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 1 VVG getroffene Regelung an, die für den telefonischen Vertragsschluss auf Verlangen des Versicherungsnehmers die unverzügliche Informationserteilung nach Vertragsschluss vorsieht. Wenn hierin eine Normierung der Grundsätze zu sehen ist, die bislang für die Einbeziehung von AGB bei Vertragsschlüssen am Telefon aufgestellt worden sind, so sind diese Grundsätze auf die Verichtsregelung des § 7 Abs. 1 S. 3 VVG zu übertragen. Ausdrücklich bestätigt wird diese Erwägung durch die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG²⁹³ zwar nicht. Jedoch kann mit Hilfe

²⁸⁸ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *Funck*, VersR 2008, S. 163 (165); *Leverenz*, Rn. 3/78; *Marlow/Spuhl*, S. 14.

²⁸⁹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/78.

²⁹⁰ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); ihm folgend: *Funck*, VersR 2008, S. 163 (165).

²⁹¹ Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1979, 985 (986); *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 138; *Ulmer*, in: *U/B/H*, Einl., Rn. 53; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 1.

²⁹² Vgl. OLG München bei *Bunte*, AGBE II, § 9 Nr. 23; LG Braunschweig NJW-RR 1986, 639; *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 63; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 68; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 37; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 138; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 280; *Ulmer*, in: *U/B/H*, Einl., Rn. 53 sowie § 305, Rn. 146 und 149; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 47. Weitergehend *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 43: Verzicht auf die Einhaltung von § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB stets durch Individualvereinbarung möglich.

²⁹³ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 re. Sp.-S. 60 re. Sp.

folgender Überlegungen der Gesetzesbegründung eine Aussage über die Bedeutung des § 7 Abs. 1 S. 3 VVG entnommen werden:

Die Informationspflichten lassen die Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB unberührt. Gleichwohl wäre es bedenklich, der in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG vorgesehenen Regelungen keine Bedeutung für die Einbeziehung von AVB beizumessen²⁹⁴. Im Falle eines Verzichtes auf die Informationen nach § 7 Abs. 1 VVG müssten dem Versicherungsnehmer unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung der Informationspflichten die AVB nicht übergeben werden. Würden die AVB infolgedessen wegen einer Verletzung der Vorgaben des § 305 Abs. 2 BGB nicht einbezogen, wäre die Folge ein Versicherungsvertrag ohne AVB, so dass zweifelhaft wäre, ob und mit welchem Inhalt dieser Vertrag zustande kommt²⁹⁵. Darüber hinaus ist erneut zu betonen, dass dem Gesetzgeber die Bedeutung der AVB bekannt gewesen ist, was insbesondere in der Begründung zu § 49 Abs. 2 VVG zum Ausdruck kommt, wonach der Versicherungsschutz meist nur auf der Grundlage der AVB zu bestimmen sei²⁹⁶. Vor diesem Hintergrund gewinnen die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG an Bedeutung, wonach die Verzichtsmöglichkeit dem Versicherungsnehmer ermöglichen soll, auch unabhängig von einer vorläufigen Deckung möglichst umgehend Versicherungsschutz zu erhalten²⁹⁷. Mittelbar kann daher der Gesetzesbegründung entnommen werden, dass eine Einbeziehung der AVB nicht an einem Verzicht scheitern soll.

§ 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG ist danach als spezielle Regelung eines Verzichtes auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu verstehen²⁹⁸, stellt im Übrigen aber keine Sonderregelung zur Einbeziehung von AVB dar²⁹⁹. Fraglich ist aber, ob über § 7 Abs. 1 S. 3 VVG auch ein formularmäßiger Verzicht in Frage kommt. Dies hängt davon ab, welche Anforderungen das Gesetz an eine Verzichtserklärung stellt. Im Einzelnen soll dieser Frage weiter unten nachgegangen werden³⁰⁰. Sollte jedoch ein formularmäßiger Verzicht in AGB zulässig sein, würde dies konsequenterweise auch für den darin liegenden Verzicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme gelten.

f. Zusammenfassung

Anders als das alte Recht mit § 5a VVG a.F. sieht das neue VVG keine generelle

²⁹⁴ So aber *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 298; *ders.*, Rn. 292.

²⁹⁵ Ausführlich zu den Folgen der Nichteinbeziehung von AVB unten unter E. I. 1.

²⁹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 74 li. Sp.

²⁹⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

²⁹⁸ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C, Rn. 90f; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 37. Ähnlich *Terbille*, in: *MAH*, § 2, Rn. 76.

²⁹⁹ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C, Rn. 90f. Ähnlich *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, Einl., Rn. 62 und § 1, Rn. 43: Keine Spezialregelung zu § 305 Abs. 2 BGB.

³⁰⁰ Vgl. unten unter C. III. 5. b. cc.

Sonderregelung zur Einbeziehung von AVB vor. Diese richtet sich allein nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB:

Eine Einschränkung der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion kommt ebenso wenig in Frage wie eine Einbeziehung der AVB analog § 49 Abs. 2 VVG.

Soweit die §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV eine Übergabe der AVB an den Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe seiner Willenserklärung vorsehen, begründet diese Verpflichtung keine besondere Einbeziehungsvoraussetzung für AVB.

Schließlich normiert auch § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG keinen besonderen Einbeziehungstatbestand, sondern ermöglicht allein, auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu verzichten.

III. Pflicht zur Information (§ 7 VVG)

§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. der VVG-InfoV begründet für den Versicherer die Verpflichtung, dem Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung die Vertragsbestimmungen sowie die in der VVG-InfoV bestimmten Informationen mitzuteilen. Dementsprechend müssen Versicherungsvertreter als Erfüllungsgehilfen des Versicherers diese Informationspflichten beim Vertragsschluss erfüllen. Ihr Umfang sowie die Anforderungen an ihre ordnungsgemäße Erfüllung berühren somit das zum Vertragsschluss führende Verfahren und werden daher im Folgenden näher untersucht.

Ausgangspunkt sind die Fragen, weswegen Informationspflichten notwendig (unter 1.) und inwieweit diese durch europäische Richtlinien vorgegeben sind (unter 2.). Anschließend soll nach einem kurzen Überblick über die bisherige Regelung zu den Informationspflichten (unter 3.) die neue Rechtslage im Hinblick auf deren inhaltliche Vorgaben und Anforderungen an eine ordnungsgemäße Erfüllung untersucht werden. Einen Schwerpunkt bildet hier die Frage einer richtlinienkonformen Umsetzung (unter 4.). Schließlich wird untersucht, wie ein Verzicht auf eine Vorabinformation gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG zu gestalten und ob diese Regelung europarechtskonform ist (unter 5.).

1. Gründe für die Pflicht zur Information

a. Ungleichgewichtslage zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer

Das Aufeinandertreffen von Versicherungsnehmer und Versicherer auf dem Versicherungsmarkt weist typischerweise im Bereich der „Massen-, oder „Jedermann-Versicherung“³⁰¹ eine erhebliche Ungleichgewichtslage der Verhandlungspartner auf. Dieses Ungleichgewicht hat verschiedene Ursachen, die aus den Schwierigkeiten des Versicherungsnehmers resultieren, seinen Bedarf an Versicherungsschutz zu ermitteln und diesen am Markt zu decken.

Zunächst stellt sich das Problem, die eigene Risikolage zutreffend einzuschätzen, um auf dieser Grundlage seinen Bedarf an Versicherungsschutz zu bestimmen³⁰². Die Durchführung einer solchen Risikoanalyse bereitet erhebliche Schwierigkeiten, denn diese setzt eine mehr oder wenige realistische Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken sowie des Umfangs der nachteiligen Folgen voraus, die es durch den Erwerb von Versicherungsschutz zu kompensieren gilt. Hierbei muss der Versicherungsnehmer insbesondere auch seinen Blick in die Zukunft richten und sich fragen, inwieweit ein gegenwärtiger Bedarf auch künftig bestehen wird³⁰³. Flankiert wird dieses Problem schließlich durch die fehlende Neigung des Versicherungsnehmers, sich mit den Folgen eines Ver-

³⁰¹ Wie in der Einleitung dargelegt, sind Versicherungsverträge über Großrisiken im Sinne des Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGVVG von der Untersuchung ausgenommen.

³⁰² Vgl. *Ihle*, S. 31f; *Osing*, S. 9.

³⁰³ Vgl. *Ihle*, S. 33; *Rehberg*, S. 33.

sicherungsfalles auseinanderzusetzen³⁰⁴.

Neben der zutreffenden Bedarfsermittlung ergibt sich ein weiteres Problem, dessen Ursache in der Eigenart des Produktes Versicherung liegt. Der Versicherer verspricht in dem Versicherungsvertrag eine bestimmte Leistung für den Eintritt eines ungewissen Ereignisses auf der Grundlage einer versicherungstechnischen Kalkulation. Welchen Inhalt diese Leistung hat und unter welchen Voraussetzungen diese erbracht wird, bestimmen die AVB. Die Ausgestaltung des Rechtsproduktes Versicherung durch die AVB mit ihrer gesetzesähnlichen Sprache unter Verwendung juristischer Fachausdrücke und einer Vielzahl von Verweisungen führt dazu, dass die zumeist juristisch nicht vorgebildeten Versicherungsnehmer die Versicherungsbedingungen nur mit Mühe verstehen können³⁰⁵. Erschwert wird die Verständnismöglichkeit zusätzlich dadurch, dass oftmals auch die notwendigen Kenntnisse über Grundlagen des Versicherungswesens fehlen³⁰⁶. Hinzu kommt, solange ein Versicherungsfall nicht eintritt, dass der Versicherungsschutz nicht gegenständlich greifbar ist. Es fehlen daher regelmäßig einschlägige Erfahrungswerte, aus denen Rückschlüsse auf die Qualität einer Versicherung gezogen werden können³⁰⁷. Eine Versicherung ist daher ein komplexes und abstraktes Rechtsprodukt, welches erhebliche Verständnisprobleme und Schwierigkeiten bei der Beurteilung seiner Beschaffenheit und Qualität aufwirft³⁰⁸.

Neben diesen Schwierigkeiten gilt es für den Versicherungsnehmer, eine weitere Aufgabe zu bewältigen. Er steht vor dem Problem, dass er aus der Vielzahl der einzelnen am Markt angebotenen Versicherungsprodukte ein für ihn geeignetes Produkt ermitteln muss. Hierfür muss er einen Überblick über alle angebotenen Produkte gewinnen und diese miteinander vergleichen, um schließlich das für ihn passende Produkt auszuwählen. Dass er diese Aufgabe alleine bewältigen kann, muss allerdings bezweifelt werden³⁰⁹.

Unmittelbar mit den aufgezeigten Problemen der schweren Verständlichkeit des einzelnen Versicherungsproduktes und der fehlenden Markttransparenz ergibt sich schließlich noch eine weitere Schwierigkeit. Kann der Versicherungsnehmer die Qualität eines angebotenen Versicherungsschutzes kaum beurteilen und fehlt ihm überdies der erforderliche Marktüberblick, so ist es ihm erst recht nicht möglich, die Angemessenheit des Preis-Leistungsverhältnisses einzuschätzen³¹⁰.

³⁰⁴ Vgl. *Ihle*, S. 33; *Kieninger*, AcP 199, S. 189 (208); *Krauss*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 127 (128).

³⁰⁵ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 50; *Ihle*, S. 37; *Marlow/Spuhl*, S. 15; *Osing*, S. 9; *Schimikowski*, RuS 2006, S. 441 (444).

³⁰⁶ Vgl. *Ihle*, S. 38; *Römer*, S. 6.

³⁰⁷ Vgl. *Heiss*, *ZVersWiss* 2003, S. 339 (354); *Ihle*, S. 29f.

³⁰⁸ Vgl. *Heiss*, *ZVersWiss* 2003, S. 339 (354); *S. Hoffmann*, S. 50f; *Ihle*, S. 25-30; *Kieninger*, AcP 199 S. 190 (208); *Osing*, S. 3-9; *Rehberg*, S. 32-36.

³⁰⁹ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 50f; *Ihle*, S. 40; *Osing*, S. 9; *Rehberg*, S. 36.

³¹⁰ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 57f; *Ihle*, S. 41; *Marlow/Spuhl*, S. 15; *Osing*, S. 9; *Rehberg*, S. 48.

Er läuft somit Gefahr, einen unangemessen hohen Preis für ein bedarfsgerechtes bzw. einen angemessenen Preis für ein nicht bedarfsgerechtes Versicherungsprodukt zu zahlen³¹¹.

Während der Versicherungsnehmer bei seiner Suche nach Versicherungsschutz die aufgezeigten Probleme zu bewältigen hat, stellt sich die Lage für den Versicherer grundlegend anders dar. Als Anbieter von Versicherungen kennt er seine Produkte³¹² und weiß folglich deren Beschaffenheit und Qualität zu beurteilen. Aufgrund seiner Sachkunde vermag er auch die auf dem Markt angebotenen Versicherungsprodukte zu beurteilen und miteinander zu vergleichen. Zudem kann er einschätzen, inwieweit sein Angebot preiswert oder überteuert ist.

b. Erforderlichkeit von Ausgleichsmaßnahmen

Die aufgezeigte Ungleichgewichtslage wirkt sich in zwei Richtungen aus und bedingt somit die Notwendigkeit von Ausgleichsmaßnahmen. Zum einen beeinträchtigt das Ungleichgewicht die privatautonome Rechtsgestaltung des Versicherungsnehmers und zum anderen kann sich das Ungleichgewicht auch auf den Wettbewerb am Versicherungsmarkt auswirken.

aa. Störung der Vertragsparität

Das BGB und somit das gesamte deutsche Privatrecht fußt auf dem Gedanken der Privatautonomie³¹³ und damit der Vorstellung, dass jeder Einzelne kraft seiner Selbstbestimmung in der Lage ist, seine Rechts- und Lebensverhältnisse eigenverantwortlich zu gestalten³¹⁴. Aber nicht nur das deutsche Zivilrecht ist vom Gedanken der Privatautonomie beherrscht, auch auf europäischer Ebene ist die Privatautonomie ein tragendes Prinzip des Europäischen Privatrechts³¹⁵.

Wichtigstes Mittel für die privatautonome Rechtsgestaltung ist der Vertrag. Die Vertragsfreiheit, also die freie Bestimmung über das „Ob“ und „Wie“ eines Vertragsschlusses, ist damit ein wesentlicher Aspekt der Privatautonomie³¹⁶. Idealerweise führt ein privatautonom ausgehandelter Vertrag zu einem ausgewogenen Interessenausgleich der Vertragsschließenden und bietet damit eine gewisse Richtigkeitsgewähr hinsichtlich des erzielten Ergebnisses³¹⁷. Um dieses Ideal zu erreichen, müssen jedoch zwei grundlegende Voraussetzungen erfüllt sein: Zum einen müssen die Vertragsschließenden in der Lage sein, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen und zum anderen müssen sie ihre Interessen im Zuge

³¹¹ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 57f.

³¹² Vgl. *Heiss*, *ZVersWiss* 2003, S. 239 (256); *Kieninger*, *AcP* 199, S. 190 (208).

³¹³ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, *Überbl v § 104*, Rn. 1; *Larenz/Wolf*, § 1, Rn. 2.

³¹⁴ Vgl. *Flume*, § 1, 1.; *Kemper*, S. 33; *Larenz/Wolf*, § 1, Rn. 2; *Medicus*, Rn. 174.

³¹⁵ Vgl. *Riesenhuber*, Rn. 131 m.w.N.

³¹⁶ Vgl. *Flume*, § 1, 8a; *Larenz/Wolf*, § 34, Rn. 22, 24 und 45.

³¹⁷ Vgl. *Kemper*, S. 34; *Larenz/Wolf*, § 42, Rn. 1.

der Vertragsverhandlungen durchsetzen können³¹⁸. Es muss also Vertragsparität bestehen³¹⁹.

Zu Störungen der Vertragsparität und somit der privatautonomen Rechtsgestaltung kommt es, wenn ein informationelles oder wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragsschließenden besteht³²⁰. Dabei kann von einem informationellen Ungleichgewicht gesprochen werden, wenn eine Partei nicht die notwendigen vertragsrelevanten Informationen besitzt, etwa weil ihr die Übersicht über die am Markt angebotenen Produkte und deren Preise fehlt, sie mit den zugrunde liegenden wirtschaftlichen Grundtatbeständen nicht vertraut ist oder ihr die in AGB verwendete Fachsprache nicht geläufig ist³²¹. Von einer wirtschaftlichen Unterlegenheit ist demgegenüber auszugehen, wenn zwar einer der Verhandlungspartner am Vertragsschluss interessiert, der andere aber hierauf nicht angewiesen ist, da er über genügend andere Geschäftskontakte verfügt³²².

Anhand der genannten Kriterien wird deutlich, dass die Schwierigkeiten des Versicherungsnehmers, seinen Bedarf an Versicherungsschutz einzuschätzen, einzelne Versicherungen ihrer Qualität nach zu beurteilen, einen Überblick über die am Markt angebotenen Versicherungsprodukte zu gewinnen sowie das Preis-Leistungsverhältnis einzuschätzen, typischer Ausdruck einer informationellen Unterlegenheit sind. Demgegenüber kann nicht von einer wirtschaftlichen Unterlegenheit gesprochen werden, denn infolge der versicherungstechnischen Notwendigkeit, Risikokollektive zu bilden, kann ein Versicherer sich grundsätzlich nicht auf den Standpunkt stellen, auf einen Vertragsschluss nicht angewiesen zu sein. Die mit der informationellen Unterlegenheit des Versicherungsnehmers einhergehende Störung der Vertragsparität zwischen den Parteien bedingt somit, dass Ausgleichsmaßnahmen zu treffen sind.

bb. Beeinträchtigung des Wettbewerbs am Versicherungsmarkt

Neben einer Störung der Vertragsparität, hat die informationelle Unterlegenheit des Versicherungsnehmers auch ökonomische Auswirkungen auf den Wettbewerb am Versicherungsmarkt³²³.

Ein halbwegs funktionierender Wettbewerb setzt voraus, dass auf Seiten der Versicherungsnehmer ein marktgerechtes und rationales Nachfrageverhalten besteht³²⁴. Idealerweise müssten hierfür die Kunden nach Angeboten suchen, die

³¹⁸ Vgl. *Flume*, § 1, 7; *Kemper*, S. 34; *Kramer*, in: MK, Vor § 145, Rn. 3; *Larenz/Wolf*, § 42, Rn. 1-3.

³¹⁹ Vgl. *Bülow/Artz*, Rn. 5.

³²⁰ Vgl. *Kemper*, S. 35f; *Larenz/Wolf*, § 42, Rn. 6.

³²¹ Vgl. *Kemper*, S. 37-49; *Larenz/Wolf*, § 42, Rn. 8 und 9.

³²² Vgl. *Kemper*, S. 59-62; *Larenz/Wolf*, § 42, Rn. 7.

³²³ Dieses Problems ist sich der Gesetzgeber bewusst, vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 47 re. Sp.

³²⁴ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 69; *Römer*, S. 6.

ein möglichst optimales Preis-Leistungsverhältnis bieten³²⁵. Ein solches Nachfrageverhalten würde die Anbieter zwingen, ihre Produkte zu optimieren, um im Konkurrenzkampf zu bestehen, womit im Ergebnis eine Steigerung der Qualität der am Markt angebotenen Versicherungen einherginge³²⁶. Infolge der informationellen Unterlegenheit sind Versicherungsnehmer von sich aus indes nicht zu einem marktgerechten Verhalten imstande.

Die Folgen eines solchen Marktverhaltens werden in der informationsökonomischen Theorie mit dem Risiko eines Marktversagens infolge „adverser Selektion“³²⁷ beschrieben. Dieses beruht auf der Annahme, dass wenn ein Kunde die Qualität eines einzelnen angebotenen Gutes nicht beurteilen kann und er lediglich die durchschnittliche Qualität der auf dem Markt angebotenen Güter kennt, er seine Zahlungsbereitschaft nach einem Gut durchschnittlicher Qualität ausrichtet. Dies führt auf Dauer dazu, dass qualitativ hochwertige Güter vom Markt verdrängt werden. Insgesamt sinkt damit die Qualität der angebotenen Produkte, wodurch wiederum die Zahlungsbereitschaft der Kunden zurückgeht und im schlimmsten Fall der Markt zusammenbricht³²⁸. Übertragen auf den Versicherungsmarkt bedeutet dies, dass der Versicherungsnehmer zwar die Preise für eine angebotene Versicherung kennt, jedoch nicht ein qualitativ gutes von einem qualitativ schlechten Versicherungsprodukt unterscheiden kann. Infolgedessen richtet er seine Zahlungsbereitschaft an einer durchschnittlichen Qualitätsvorstellung aus, weswegen die Anbieter qualitativ hochwertiger, aber auch teurerer Versicherungsprodukte Gefahr laufen, vom Markt verdrängt zu werden³²⁹.

Die Auswirkungen der informationellen Unterlegenheit des Versicherungsnehmers auf das gesamte Marktgeschehen verdeutlichen die Notwendigkeit von Ausgleichsmaßnahmen auch im gesamtwirtschaftlichen Interesse.

c. Mögliche Ausgleichsmaßnahmen

Um die gestörte Vertragsparität auszugleichen, stehen dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zur Auswahl, wie sie insbesondere im Rahmen des Verbraucherschutzrechtes diskutiert werden, welches von einer strukturellen Ungleichgewichtslage der Vertragsparteien ausgeht.

Die dort erörterten Lösungsansätze lassen sich auf den Versicherungsbereich übertragen, auch wenn ein Versicherungsnehmer nicht mit einem Verbraucher im Sinne des § 13 BGB identisch sein muss. Die Unterlegenheit des Versicherungsnehmers und seine damit einhergehende Schutzbedürftigkeit trifft ihn in seiner Rolle als Vertragspartner des Versicherers. Von dieser Vorstellung geht

³²⁵ Vgl. S. Hoffmann, S. 69.

³²⁶ Vgl. S. Hoffmann, S. 67f; Ihle, S. 69.

³²⁷ Vgl. Ihle, S. 71; Rehberg, S. 79; Vahrenkamp, S. 39-42; Zwicker, S. 33f jew. m.w.N.

³²⁸ Vgl. Vahrenkamp, S. 39f.

³²⁹ Vgl. Ihle, S. 71f.

zum einen der deutsche Gesetzgeber aus³³⁰ und zum anderen entspricht eine weitgehende Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer auf europäischer Ebene unter anderem³³¹ auch der Rechtsprechung des EuGH³³², der in seinem Urteil vom 04.12.1986 (Fall „Kommission./Deutschland“)³³³ von einem Schutz des Verbrauchers als Versicherungsnehmer und Versicherten spricht, ohne den Verbraucher mit einer zu privaten Zwecken handelnden natürlichen Person gleichzusetzen³³⁴.

Im Verbraucherschutzrecht werden traditionell zwei verbraucherpolitische Schutzkonzepte unterschieden. Das sog. „Sozialmodell“ basiert auf der Vorstellung, dass die gestörte Vertragsparität in erster Linie durch halbzwingende und zwingende Schutzvorschriften, kontrollierte AGB und weitgehende Inhaltskontrollen des Vertrages zu beheben ist³³⁵. Demgegenüber beruht das sog. „Informationsmodell“ auf der Annahme, dass der Verbraucher in der Lage ist, wirtschaftlich rational zu handeln, wenn er nur angemessen informiert und aufgeklärt wird³³⁶. Mit den jeweiligen Schutzkonzepten sind auch entsprechende Verbraucherleitbilder verbunden, welches beim „Sozialmodell“ von einem von vornherein unterlegenen Verbraucher ausgeht, der unfähig ist, anhand gegebener Informationen sich rational zu verhalten und der daher staatlichen Schutzes bedarf³³⁷. Demgegenüber legt das „Informationsmodell“ ein Leitbild zugrunde, in dem von einem verständigen und informierbaren Verbraucher ausgegangen wird, der sich mit Hilfe von Informationen selbst schützen kann³³⁸.

Die erwähnten verbraucherpolitischen Konzepte können nicht nur dem Ausgleich der gestörten Vertragsparität dienen, sondern auch zur Funktionsfähigkeit des Marktes beitragen. Ein Ausgleich der drohenden Beeinträchtigung des Wett-

³³⁰ Vgl. BT-Drucks 16/3945, S. 59 re. Sp.: „Die Informationspflichten nach Satz 1, ..., gelten grundsätzlich für alle Versicherungsnehmer; ausgenommen sind lediglich Verträge über Großrisiken nach Maßgabe des Absatzes 5. Eine Beschränkung auf Verbraucher im Sinn des § 13 BGB, ..., erscheint nicht sachgerecht. Zu dem dort ausgeklammerten Personenkreis, ..., gehören auch kleine Unternehmer und Freiberufler; ihr Schutzbedürfnis ist in aller Regel aber nicht geringer als das eines Verbrauchers. Der Entwurf verzichtet auch auf eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen, da die Rechtsform kein geeignetes Kriterium für die Schutzbedürftigkeit darstellt; ...“

³³¹ Zu den Richtlinienvorgaben und ihrem persönlichen Anwendungsbereich näher unter C. III. 2. e.

³³² Vgl. Zwicker, S. 7.

³³³ EuGH, Urt. v. 04.12.1986 - Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 30 -Kommission./Deutschland.

³³⁴ Zwar räumt der EuGH ein, dass eine Schutzbedürftigkeit auch auf dem Versicherungssektor nicht in allen Bereichen gleichermaßen gegeben ist, insbesondere in Fällen, in denen aufgrund der Eigenart des versicherten Risikos und des Versicherungsnehmers ein Bedürfnis nach Schutz ausscheidet (vgl. EuGH, Urt. v. 04.12.1986 - Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 49 –Kommission./Deutschland), jedoch lässt er insoweit Sympathien für eine Unterscheidung zwischen kommerziellen Großrisiken und solchen des „Massen“- oder „Jedermannsgeschäfts“ erkennen (vgl. EuGH, Urt. v. 04.12.1986 - Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 50 -Kommission./Deutschland; Zwicker, S. 7).

³³⁵ Vgl. Kind, S. 46-49; Weick, in: Staudinger, § 13, Rn. 5.

³³⁶ Vgl. Kind, S. 42-45; Weick, in: Staudinger, § 13, Rn. 5.

³³⁷ Vgl. Kind, S. 46; Weick, in: Staudinger, § 13, Rn. 6.

³³⁸ Vgl. Kind, S. 43; Weick, in: Staudinger, § 13, Rn. 6.

bewerbs am Versicherungsmarkt kann nämlich neben der Begründung von Informationspflichten³³⁹, wie es das „Informationsmodell“ vorsieht, unter anderem auch durch die Normierung von staatlichen Qualitätsstandards erreicht werden, die sich auf das Produkt oder den Anbieter beziehen³⁴⁰, was letztlich dem Konzept des „Sozialmodells“ entspricht.

d. Getroffene Ausgleichsmaßnahmen

Die beschriebene Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien hatte bereits den Gesetzgeber des alten VVG veranlasst, Regelungen zum Schutze des Versicherungsnehmers vorzusehen. Insbesondere wurde die Inhaltsfreiheit als Teil der Vertragsfreiheit durch eine Fülle von zwingenden und halbzwingenden Normen im VVG beschränkt³⁴¹. Darüber hinaus hatte traditionell die Versicherungsaufsicht bis zur Deregulierung des Versicherungsmarktes im Jahre 1994 infolge der Umsetzung der Dritten Richtliniengeneration eine maßgebliche Rolle beim Schutz der Versicherungsnehmer³⁴². Insbesondere die aufsichtsbehördliche Präventivkontrolle von AVB im Rahmen der materiellen Staatsaufsicht führte dazu, dass die angebotenen Versicherungsprodukte in den einzelnen Sparten einheitlich und standardisiert wurden und damit eine gesteigerte Markttransparenz einherging, die zum Funktionieren des Wettbewerbs beitrug³⁴³. Der Schutz der Versicherungsnehmer entsprach somit dem des „Sozialmodells“.

Mit der Umsetzung der Dritten Richtliniengeneration und dem dadurch bedingten Wegfall der präventiven Bedingungskontrolle fand eine grundlegende Veränderung statt, denn durch das Zurückdrängen der staatlichen Aufsicht und die Normierung von vorvertraglichen Informationspflichten in § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. wurde ein weit reichender Schutz auf der Grundlage des „Informationsmodells“ eingeführt.

Aufgrund der im Anschluss näher zu untersuchenden europarechtlichen Vorgaben folgt konsequenterweise auch der Reformgesetzgeber des neuen VVG mit der Normierung allgemeiner Informationspflichten im vorvertraglichen Bereich dem Schutzkonzept des „Informationsmodells“. Die isolierte Betrachtung der vorvertraglichen Informationspflichten darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber, ebenso wie im alten VVG, weitere Schutzinstrumentarien vorgesehen hat, die sich ihrerseits an das „Sozialmodell“ anlehnen³⁴⁴,

³³⁹ Vgl. *Rehberg*, S. 79; *Vahrenkamp*, S. 20f; *Zwicker*, S. 38.

³⁴⁰ Vgl. *Rehberg*, S. 79; *Vahrenkamp*, S. 102; *Zwicker*, S. 38.

³⁴¹ Vgl. *Dörner*, in: BK, Einl., Rn. 64f; *Weyers/Wandt*, Rn. 196.

³⁴² Vgl. *Hohlfeld*, S. 3; *ders.*, *VersR* 1993, S. 144; *Ihle*, S. 52; *Osing*, S. 10; *Schwintowski*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 11; *ders.*, *VuR* 1996, S. 223.

³⁴³ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 50-52; *Hohlfeld*, *VersR* 1993, S. 145; *Ihle*, S. 54-58; *Jannott*, S. 4f; *Kieninger*, *AcP* 199, S. 190 (210); *Osing*, S. 13-15; *Rehberg*, S. 37f; *Reich/Micklitz*, S. 127; *Römer*, S. 5; *Wandt*, *Verbraucherinformation*, S. 3.

³⁴⁴ Vgl. *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 254.

wie etwa die Normierung von zwingenden und halbzwingenden Vorschriften³⁴⁵ sowie die Regelung eines einheitlichen Widerrufsrechts nach § 8 VVG³⁴⁶, mit dem der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit („pacta sunt servanda“) eingeschränkt wird³⁴⁷.

e. Zwischenergebnis

Die Begründung von Informationspflichten folgt dem verbraucherpolitischen Schutzkonzept des sog. „Informationsmodells“ und dient dem Ausgleich der gestörten Vertragsparität und somit zugleich einem funktionierenden Wettbewerb am Versicherungsmarkt.

2. Richtlinienvorgaben

Es ist bereits angedeutet worden, dass die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, vorvertragliche Informationspflichten einzuführen, auf entsprechende europarechtliche Vorgaben zurückzuführen ist. In der Gesetzesbegründung heißt es daher, in § 7 VVG seien alle Informationspflichten zusammengefasst, die sich aus EU-rechtlichen Vorgaben für alle Versicherungszweige ergeben. Dies seien zum einen die Angaben, die bisher in § 10a i.V.m. der Anlage zum VAG a.F. geregelt waren. Zum anderen handele es sich um die umfangreichen Informationspflichten, die den Versicherern nach Art. 3 und 5 der „Fernabsatzrichtlinie II“ obliegen³⁴⁸.

Die Angaben, die bislang in § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. geregelt waren, sind zurückzuführen auf die sog. Dritte Richtliniengeneration, nämlich die RL 92/49/EWG und 92/96/EWG, wobei die letztgenannte Richtlinie in der RL 2002/83/EG³⁴⁹ zusammen mit den Lebensversicherungsrichtlinien der ersten und zweiten Generation neu gefasst worden ist³⁵⁰, ohne dass sich für die Informationspflichten abweichende Vorgaben ergeben haben. Mit der „Fernabsatzrichtlinie II“ ist die RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen³⁵¹

³⁴⁵ Vgl. u. a. §§ 5 Abs. 4; 11 Abs. 3; 11 Abs. 4; 14 Abs. 3; 18; 32; 42; 51 Abs. 2; 52 Abs. 5 VVG.

³⁴⁶ Vgl. dazu BT-Drucks. 16/3945, S. 61 re. Sp.: „Mit der Regelung des Widerrufsrechts des Versicherungsnehmers wird zunächst den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie II entsprochen. Eine Beschränkung dieses Rechts auf den Anwendungsbereich dieser Richtlinie ist aber weder im Hinblick auf den geschützten Personenkreis noch auf die Art des Zustandekommens des Versicherungsvertrages sachlich gerechtfertigt. Wie zu § 7 Abs. 1 VVG-E bezüglich der Informationspflicht des Versicherers ausgeführt, ist ein Schutzbedürfnis nicht nur für Verbraucher im Sinn des § 13 BGB, sondern gleichermaßen für alle natürlichen und juristischen Personen, ausgenommen Versicherungsverträge über Großrisiken, anzuerkennen“.

³⁴⁷ Vgl. *Bülow/Artz*, Rn. 23.

³⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 re. Sp.

³⁴⁹ Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG L 345 vom 19.12.2002, S. 1.

³⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 1 der RL 2002/83/EG.

³⁵¹ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie

gemeint, welche die Fernabsatzrichtlinie³⁵² ergänzt, aus deren Anwendungsbereich Finanzdienstleistungen ausgeklammert sind³⁵³. Die genannten Richtlinien sehen verschiedene Pflichten zur vorvertraglichen Informationserteilung vor und folgen damit dem Schutzkonzept des „Informationsmodells“. Da diesem im Rahmen des Verbraucherschutzes auf Europäischer Ebene eine dominierende Rolle zukommt³⁵⁴, resultiert daraus ein entsprechender Einfluss auch auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten.

Zu untersuchen ist daher, welche Vorgaben die genannten Richtlinien für die vorvertragliche Informationserteilung machen. Zunächst sind die Bedeutung von Richtlinien als Instrument europäischer Rechtssetzung, die Anforderungen an deren Umsetzung sowie die Folgen einer fehlerhaften Umsetzung zu erläutern. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Besonderheiten der sog. „überschießenden Umsetzung“ von Richtlinien einzugehen, denn wie im Einzelnen noch ausführen sein wird³⁵⁵, hat der deutsche Gesetzgeber sich dazu entschieden, die einzelnen Richtlinienvorgaben zu den Informationspflichten über ihren Anwendungsbereich hinaus zu erstrecken. Im Anschluss daran werden die Richtlinienvorgaben im Einzelnen näher analysiert.

a. Richtlinien als Instrument europäischer Rechtssetzung

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG³⁵⁶) regelt die Richtlinie in Art. 249 Abs. 3 EG. Sie ist Teil des sekundären Gemeinschaftsrechts, also des durch die Organe der Gemeinschaft erlassenen Rechts³⁵⁷. Die Richtlinie zeichnet sich durch eine „gestufte Verbindlichkeit“ aus, da sie zwar hinsichtlich des Zieles verbindlich ist, jedoch den Mitgliedsstaaten ihre Umsetzung überlässt³⁵⁸. Sie findet daher im Unterschied zur unmittelbar geltenden

90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, Amtsblatt L 271 vom 9.10.2002, S. 16.

³⁵² Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Amtsblatt L vom 4.6.1997, S. 19.

³⁵³ Vgl. Erwägungsgrund 10 der RL 2002/65/EG.

³⁵⁴ Die besondere Bedeutung des „Informationsmodells“ auf europäischer Ebene zeigt sich primärrechtlich insbesondere an Art. 153 EG, der von einem Recht der Verbraucher auf Information spricht, vgl. dazu *Lurger*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 153, Rn. 20; *Reich/Micklitz*, S. 23-27; *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 153, Rn. 9. Auch im Sekundärrecht zeigt sich anhand zahlreicher Richtlinien, die Informationspflichten begründen, dass der europäische Gesetzgeber auf das Schutzinstrument der Information abstellt, vgl. *Kind*, S. 59f; *Reich/Micklitz*, S. 24. Die Vorliebe für das „Informationsmodell“ tritt schließlich bei Entscheidungen des EuGH zu den Grundfreiheiten hervor, in denen das Gericht weitergehende Eingriffe zum Schutze von Verbrauchern für ungerechtfertigt hält, wenn dieser bereits durch Information erreicht werden kann, vgl. grundlegend EuGH Urt. v. 20.2.1979 –Rs. 120/78, Slg. 1979, 649-Cassis de Dijon; *Lurger*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 153, Rn. 13f; *Reich/Micklitz*, S. 86; *Riesenhuber*, Rn. 136; *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 153, Rn. 7.

³⁵⁵ Vgl. unten unter C. III. 4. b und C. III. 4. c.

³⁵⁶ Dem Vorschlag des EuGH folgend, wird hier der EG-Vertrag in seiner Fassung seit dem Amsterdamer Vertrag von 1997 als EG bezeichnet, die frühere Fassung demgegenüber als EGV, vgl. hierzu *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 13.

³⁵⁷ Vgl. *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 20; *Streinz*, Rn. 4.

³⁵⁸ Vgl. *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 68; *Streinz*, Rn. 433.

Verordnung (vgl. Art. 249 Abs. 1 EG) vornehmlich dort Anwendung, wo es um Angleichungen der nationalen Rechte, nicht aber um Vereinheitlichung geht³⁵⁹. Dies darf indes nicht darüber hinweg täuschen, dass Richtlinien nach mittlerweile einhelliger Auffassung auch inhaltlich ins Detail gehende Regelungen vorsehen können und damit zur Rechtsangleichung beitragen. Der Entscheidungsspielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt sich in diesen Fällen weitgehend nur noch auf die Form der Umsetzung³⁶⁰.

In der Umsetzungsbedürftigkeit der Richtlinie liegt eine gewisse Schwäche als Regelungsinstrument. Zwar genießt das gesamte primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht in seinem Geltungsbereich Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten³⁶¹, was zur Folge hat, dass in einem Kollisionsfall das nationale Recht nicht nichtig, sondern nur unanwendbar ist³⁶². Dies gilt nicht nur im Verhältnis vom Mitgliedsstaat zur Gemeinschaft, sondern auch innerhalb eines Mitgliedsstaates. Damit das Gemeinschaftsrecht anstelle des nationalen Rechts angewendet werden kann, kommt es aber entscheidend darauf an, dass jenes in dem Mitgliedsstaat auch eine unmittelbare Wirkung entfaltet³⁶³, also der Bürger sich auch unmittelbar hierauf berufen kann³⁶⁴. Dies ist bei Richtlinien infolge ihrer Umsetzungsbedürftigkeit grundsätzlich³⁶⁵ *nicht* der Fall³⁶⁶. Es kommt daher aus der Sicht des europäischen Gesetzgebers besonders auf eine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie an, damit deren Regelungsziele auch innerhalb des Mitgliedsstaates erreicht werden.

b. Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien

Aus der im Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG angelegten „gestuften Verbindlichkeit“ einer Richtlinie, die dem Mitgliedsstaat Form und Mittel der Umsetzung zur Erreichung der Zielvorgaben überlässt, könnte geschlossen werden, dass dem Mitgliedsstaat ein breites Ermessen hinsichtlich der Umsetzung zusteht. In der Rechtsprechung des EuGH sind jedoch weitgehende formale Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien entwickelt worden, die das in Art. 249 Abs. 3

³⁵⁹ Vgl. *Oppermann*, § 6, Rn. 85; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 45; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 69; *Streinz*, Rn. 434.

³⁶⁰ Vgl. *Oppermann*, § 6, Rn. 88; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 47; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 69; *Streinz*, Rn. 436.

³⁶¹ Vgl. EuGH Urt. v. 15.07.1964, -Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 -Costa/ENEL; EuGH, Urt. v. 9.3.1978, -Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 17- Simmenthal; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, S. 1 (2); *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 26; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 44; *Streinz*, Rn. 201.

³⁶² Vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.1978, - Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 17- Simmenthal; *Haltern*, Europarecht, Rn. 940; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, S. 1 (4); *Oppermann*, § 7, Rn. 12; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 24, *Streinz*, Rn. 222.

³⁶³ Vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.1978, -Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 17- Simmenthal; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, S. 1 (3); *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 40.

³⁶⁴ Vgl. *Haltern*, Rn. 600 ff; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 32.

³⁶⁵ Zu der Ausnahme der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie unter C. III. 2. c. dd.

³⁶⁶ Vgl. *Haltern*, Rn. 666; *Streinz*, Rn. 444.

EG eingeräumte Ermessen einschränken³⁶⁷. Die Anforderungen, die an die Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung gestellt werden, lassen sich nach ihren innerstaatlichen Adressaten unterscheiden, nämlich der Legislative, der Judikative und der Exekutive.

aa. Anforderungen an die Legislative

Die aus Art. 249 Abs. 3 EG resultierende Pflicht zur Umsetzung einer Richtlinie ist schon früh vom EuGH allgemein dahingehend konkretisiert worden, dass die Mitgliedsstaaten verpflichtet seien, innerhalb der ihnen nach Art. 249 Abs. 3 EG belassenen Entscheidungsfreiheit die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zweckes am besten eignen³⁶⁸. Im Einzelnen folgt hieraus die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten die Richtlinienvorgaben in verbindliche Außenrechtssätze umzusetzen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung tragen³⁶⁹. Es besteht somit für einen ordnungsgemäßen Umsetzungsakt ein Rechtsnormvorbehalt, was zur Folge hat, dass eine Verwaltungs- oder Rechtsprechungspraxis zur Umsetzung durch die Legislative nicht ausreicht, auch wenn diese den Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung³⁷⁰ beachtet³⁷¹. Schließlich wird in der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig betont, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Richtlinien Sanktionen vorzusehen hat, die denen bei vergleichbaren Verstößen gegen nationales Recht entsprechen und die überdies wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind³⁷².

bb. Anforderungen an die Judikative

Neben der Legislative hat auch die Judikative im Rahmen ihrer Zuständigkeit an einer ordnungsgemäßen Umsetzung mitzuwirken³⁷³. In der Rechtsprechung des

³⁶⁷ Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 48; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 90.

³⁶⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.1976 -Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69/73- Royer.

³⁶⁹ Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 54; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 94; *Streinz*, Rn. 440.

³⁷⁰ Dazu sogleich unter C. III. 2. b. bb.

³⁷¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.5.2001, -Rs. C-144/99, Slg. 2001, I-3541, Rn. 20f-Kommission./Niederlande; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 36; *Roth*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 847 (871); *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 121; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 95; *Streinz*, Rn. 440. Einschränkungen dürften jedoch bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln zu machen sein, vgl. *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 95; *Streinz*, Rn. 440.

³⁷² Vgl. EuGH, Urt. v. 8.6.1994 -Rs. C-382/92, Slg. 1994, I-2435, Rn. 55-Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien; EuGH, Urt. v. 12.9.1996 -Verb. Rs. C-58/95, C-75/95 pp., Slg. 1996, I-4345, Rn. 14-Galotti; EuGH Urt. v. 8.7.1999 -Rs. C-186/98, Slg. 1999, I- 4883, Rn. 9f-Nunes; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 52; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 100.

³⁷³ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydliniski, S. 47 (56); *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 115; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 125.

EuGH ist hierzu aus Art. 249 Abs. 3 und 10 EG das Gebot richtlinienkonformer Auslegung entwickelt worden³⁷⁴. Hierzu heißt es im dritten Leitsatz des Urteils vom 10.4.1984 (Fall „von Colson und Kamann“)³⁷⁵, es sei Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden³⁷⁶. In seinem Urteil vom 13.11.1990 (Fall „Marleasing“)³⁷⁷ führt der EuGH weiter aus, dass ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung nationalen Rechts - gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt - dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten müsse, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen³⁷⁸.

Während der Leitsatz des Urteils vom 10.04.1984 den Anschein hat, der EuGH beschränke das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auf das eigens zur Durchführung einer Richtlinie erlassene Recht³⁷⁹, wird auf Grund des Urteils vom 13.11.1990 deutlich, dass das gesamte nationale Recht vom Gebot der richtlinienkonformen Auslegung erfasst wird. Wie jedoch an den Formulierungen „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt“³⁸⁰ und „soweit wie möglich“³⁸¹ erkennbar ist, kommt eine richtlinienkonforme Auslegung nur in Frage, soweit das nationale Recht auch auslegungsfähig ist³⁸².

Fraglich ist, ob im Zuge der richtlinienkonformen Auslegung auch eine richterliche Rechtsfortbildung in Form von Analogie und teleologischer Reduktion möglich ist. Zwar handelt es sich bei der Rechtsfortbildung nach deutscher Methodenlehre nicht mehr um einen Fall der Auslegung, da deren Grenze durch den möglichen Wortsinn gebildet wird³⁸³, jedoch ist zu sehen, dass sowohl die Me-

³⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, -Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 26-von Colson und Kamann; EuGH, Urt. v. 13.11.1990 -Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rn. 8-Marleasing; EuGH, Urt. v. 5.10.2004 -Verb. Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rn. 110 ff-Pfeiffer; *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (55); *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 115; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 125; *Zuleeg*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 163 (167); zu weiteren Begründungsansätzen vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (49-55).

³⁷⁵ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, -Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891-von Colson und Kamann.

³⁷⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, -Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 29-von Colson und Kamann.

³⁷⁷ EuGH, Urt. v. 13.11.1990, -Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135-Marleasing.

³⁷⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.1990, -Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rn. 8-Marleasing.

³⁷⁹ Dass dies tatsächlich nicht der Fall ist, zeigt sich in Rn. 26 des Urteils, wo es heißt: „Daraus folgt, dass das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie 76/207 erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat...“ (Hervorhebung nicht im Original).

³⁸⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, -Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 29-von Colson und Kamann.

³⁸¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.1990, -Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rn. 8-Marleasing.

³⁸² Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (58 und 60); *Reich/Micklitz*, S. 43; *Schnorbus*, AcP 201, S. 861 (875); *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (14); *Streinz*, Rn. 456; *Zuleeg*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 163 (172).

³⁸³ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (81); *Larenz/Canaris*, S. 143; *Schmalz*, Rn. 235f.

thodenlehre in anderen europäischen Rechtsordnungen³⁸⁴ auch der EuGH³⁸⁵ nicht streng zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheiden. Vor diesem Hintergrund können die vom EuGH verwendeten Formulierungen „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt“ und „soweit wie möglich“ dahingehend verstanden werden, dass die Rechtsanwendung durch die Legislative sich Rahmen des methodisch Zulässigen halten muss, weswegen auch eine Rechtsfortbildung im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung in Betracht kommt³⁸⁶. Für die teleologische Reduktion hat dies der EuGH in seinem Urteil vom 5. Oktober 2004 (Fall „Pfeiffer“)³⁸⁷ bestätigt³⁸⁸. Ermöglichte es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder *die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken* und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so sei das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen³⁸⁹. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auch die Möglichkeit der Rechtsfortbildung, insbesondere in Gestalt der teleologischen Reduktion, mit umfasst.

cc. Anforderungen an die Exekutive

Hinsichtlich der Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien ist nach deren Tätigkeitsbereich zu unterscheiden. Nimmt die Exekutive wie beim Erlass von Rechtsverordnungen gemäß Art. 80 Abs. 1 GG in delegierter Form Aufgaben der Legislative wahr, ist sie ebenso wie die Legislative gehalten, die Richtlinienvorgaben mit der Rechtsverordnung in verbindliche Außenrechtssätze umzusetzen, die dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. Geht es demgegenüber um Fragen der Rechtsanwendung, trifft die Exekutive ebenso wie die Judikative die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.

c. Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung

Fraglich ist, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungs-

³⁸⁴ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (81); *Herresthal*, EuZW 2007, S. 396.

³⁸⁵ Vgl. *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 11, Rn. 3.

³⁸⁶ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (82); *Herresthal*, EuZW 2007, S. 396 (397); *C. Herrmann*, S. 145; *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, S. 529 (533); *Jarass/Beljin*, JZ 2003, S. 768 (775); *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.) § 14, Rn. 46 und 52; *ders.*, in: BK, europ. VersR, Rn. 84; *Schnorbus*, AcP 201, S. 860 (894 und 900).

³⁸⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2004, -Verb. Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835-Pfeiffer.

³⁸⁸ Vgl. *Herresthal*, EuZW 2007, S. 396 (397); *Streinz*, Rn. 456; *Streinz/Herrmann*, RdA 2007, S. 165 (168).

³⁸⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.10.2004, -Verb. Rs. C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rn. 116-Pfeiffer.

gemäßen Umsetzung von Richtlinien nach sich zieht und wie sich diese auf die praktische Rechtsanwendung auswirken.

aa. Richtlinienkonforme Auslegung

Setzt ein Mitgliedsstaat eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß um, hat in erster Linie die Pflicht der Judikative zur richtlinienkonformen Auslegung außerordentliche praktische Bedeutung. Da das bestehende oder in Umsetzung einer Richtlinie erlassene nationale Recht trotz eines Richtlinienverstößes nicht nichtig ist, aber wegen der grundsätzlich fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinienvorgaben auch nicht auf Grund des Anwendungsvorranges des sekundären Gemeinschaftsrechts verdrängt wird³⁹⁰, sind die bestehenden nationalen Regelungen bis zu einer Änderung durch den Gesetzgeber weiterhin anzuwenden³⁹¹. Soweit das nationale Recht auslegungsfähig ist, müssen die Gerichte dieses jedoch richtlinienkonform auslegen, um den Richtlinienvorgaben zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen. Im Ergebnis führt die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung dazu, dass auch der private Rechtsanwender dieses Gebot zu beachten hat, da spätestens bei einem Rechtsstreit das mit der Sache befasste Gericht das nationale Recht richtlinienkonform auslegen wird.

bb. Pflicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie

Ungeachtet der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bleibt der Mitgliedsstaat verpflichtet, gemäß Art. 249 Abs. 3 EG die Richtlinie ordnungsgemäß umzusetzen³⁹². Daher sind die Legislative und, soweit es um den Erlass von Rechtsverordnungen geht, auch die Exekutive dazu verpflichtet, eine den Richtlinienvorgaben entsprechende Regelung zu treffen. Mit Blick auf die praktische Rechtsanwendung hat diese Folge zunächst keine unmittelbare Bedeutung, da das nationale Recht bis zum Erlass einer Neuregelung weiter anzuwenden ist. Mittelbar ist der Richtlinienverstoß jedoch insoweit von Bedeutung, als dass die betroffenen Rechtsanwender mit einer künftigen Änderung der Rechtslage zu rechnen haben.

cc. Vertragsverletzungsverfahren

Verstößt ein Mitgliedstaat mit einer nicht ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung gegen Art. 249 Abs. 3 EG, droht die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission (Art. 226 EG) oder durch einen Mitgliedsstaat

³⁹⁰ Vgl. oben unter C. III. 2. a.

³⁹¹ Vgl. speziell zum Versicherungsvertragsrecht: *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 356; *ders.*, Rn. 330.

³⁹² Vgl. oben unter C. III. 2. b. aa.

(Art. 227 EG)³⁹³. Infolge eines begründeten Vertragsverletzungsverfahrens ergeht ein Feststellungsurteil, indem der EuGH den Rechtsverstoß feststellt. Zugleich ist der Mitgliedsstaat verpflichtet, die Maßnahmen zu treffen, die sich aus dem Urteil ergeben (Art. 228 Abs. 1 EG).

Für die praktische Rechtsanwendung hat die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nur die Bedeutung, dass politischer Druck auf den Mitgliedsstaat ausgeübt und er somit zum Erlass richtlinienkonformer Regelungen angehalten wird.

dd. Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie

Eine weitere Sanktionsmöglichkeit für die Fälle einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung ist schon früh in der Rechtsprechung des EuGH mit der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Richtlinie entwickelt worden³⁹⁴, die auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seiner Rechtsprechung gebilligt hat³⁹⁵.

Voraussetzung für eine unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung³⁹⁶ nach Ablauf der Umsetzungsfrist³⁹⁷ ist, dass diese inhaltlich hinreichend bestimmt ist³⁹⁸. Dies bedeutet, dass die Richtlinie bestimmt formulierte und eindeutige Verpflichtungen des Mitgliedsstaates aufstellt, die im Streitfall von einem Gericht auf einen Sachverhalt angewendet werden können³⁹⁹. Ferner muss die Regelung inhaltlich unbedingt sein⁴⁰⁰, was erfordert, dass sie vorbehaltlos anwendbar ist, also der Eintritt ihrer Rechtsfolgen nicht von einer Entscheidung eines Gemeinschaftsorgans oder des Mitgliedsstaates abhängt⁴⁰¹.

Begründet wird die unmittelbare Anwendbarkeit unter anderem⁴⁰² mit dem Gedanken der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts („*effet utile*“)⁴⁰³ sowie dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens („*venire contra factum*“).

³⁹³ Der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch einen Mitgliedsstaat kommt praktisch keine Bedeutung zu, vgl. *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 227, Rn. 1; *Streinz*, Rn. 578.

³⁹⁴ Vgl. EuGH, Urte. v. 4.12.1974 -Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337-van Duyn; EuGH Urte. v. 1.2.1977 -Rs. 51/76, Slg. 1977, 113- *Niederlandse Ondernemingen*; EuGH, Urte. v. 5.4.1979 -Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629-Ratti; EuGH, Urte. v. 19.1.1982 -Rs. 8/81, Slg. 1982, 53-Becker.

³⁹⁵ Vgl. BVerfGE 75, 223 (235ff).

³⁹⁶ Vgl. hierzu: *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 78; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 106.

³⁹⁷ Vgl. hierzu: *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 77; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 106.

³⁹⁸ Vgl. EuGH, Urte. v. 19.1.1982 -Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rn. 25-Becker.

³⁹⁹ Vgl. *C. Herrmann*, S. 48; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 80; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 108.

⁴⁰⁰ Vgl. EuGH, Urte. v. 19.1.1982 -Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rn. 25-Becker.

⁴⁰¹ Vgl. *C. Herrmann*, S. 49; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 80; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 109.

⁴⁰² Zu weiteren Begründungsansätzen: *C. Herrmann*, S. 41f.

⁴⁰³ Vgl. EuGH, Urte. v. 4.12.1974 -Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, Rn. 12-van Duyn; *C. Herrmann*, S. 42; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 74; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 103; *Streinz*, Rn. 444.

proprium“ bzw. „estoppel“-Prinzip)⁴⁰⁴, wonach der Mitgliedsstaat sich nicht auf eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung von Richtlinien berufen können soll. Hieraus folgt, dass eine unmittelbare Anwendung grundsätzlich nur im Vertikalverhältnis des Bürgers zum Staat in Frage kommt („vertikale Wirkung“)⁴⁰⁵, jedoch nicht zulasten des Bürgers („umgekehrt vertikale Wirkung“)⁴⁰⁶. Eine „horizontale Wirkung“ zwischen Bürgern untereinander kommt demgegenüber nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht in Betracht, da dem Bürger im Wege der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie keine Verpflichtungen auferlegt werden dürfen⁴⁰⁷.

Die Sanktionsfolge der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Richtlinie hat daher für die praktische Rechtsanwendung keine Bedeutung, soweit eine Richtlinie auf die Harmonisierung zivilrechtlicher Bestimmungen abzielt.

ee. Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

Schließlich kommt als weitere Folge ein in der Rechtsprechung des EuGH⁴⁰⁸ entwickelter gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch in Frage⁴⁰⁹, wonach der Mitgliedsstaat zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, die dem Einzelnen infolge der nicht ordnungsgemäßen Umsetzung entstehen⁴¹⁰. Diesen Anspruch leitet der EuGH aus dem Wesen der mit dem EG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung⁴¹¹ her, für die die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen unerlässlich⁴¹² sei. Zudem finde er Art. 10 EG⁴¹³ eine Stütze⁴¹⁴.

Voraussetzung für eine Haftung im Falle einer unzureichenden Richtlinienum-

⁴⁰⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.4.1979 –Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629, Rn. 22f –Ratti; C. Herrmann, S. 43; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 249, Rn. 74; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 103; Streinz, Rn. 444.

⁴⁰⁵ Vgl. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 114; Streinz, Rn. 446.

⁴⁰⁶ Vgl. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 115; Streinz, Rn. 446.

⁴⁰⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.2.1986 –Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 48-Marshall; EuGH, Urt. v. 14.7.1994 –Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 24-Faccini Dori; EuGH, Urt. v. 7.3.1996 –Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281, Rn. 17-El Corte Igles SA; EuGH, Urt. v. 4.12.1997 –Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6843, Rn. 24; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 116; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 249, Rn. 83.

⁴⁰⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.1991 –Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357-Francovich; EuGH, Urt. v. 23.3.1996 –Rs. C-392/93, Slg. 1996, I-1631-British Telecommunications; EuGH, Urt. v. 23.5.1996 –Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-1553-Hedley Lomas; EuGH, Urt. v. 8.10.1996 –Verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94, Slg. 1996, I-4848-Dillenkofer.

⁴⁰⁹ Vgl. Gellermann, in: Streinz (Hrsg.), Art. 288, Rn. 47; Oppermann, § 6, Rn. 94; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 249, Rn. 72; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 79; Streinz, Rn. 461.

⁴¹⁰ Vgl. Gellermann, in: Streinz (Hrsg.), Art. 288, Rn. 40; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 288, Rn. 67; Streinz, Rn. 462.

⁴¹¹ EuGH, Urt. v. 19.11.1991 –Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 35-Francovich.

⁴¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.1991 –Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 33-34-Francovich.

⁴¹³ Entspricht Art. 10 EG.

⁴¹⁴ EuGH, Urt. v. 19.11.1991 –Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 36-Francovich.

setzung ist, dass die Richtlinie die Verleihung von Rechten an Einzelne vorsieht⁴¹⁵. Ferner muss die unzureichende Umsetzung einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstellen⁴¹⁶ und es muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden bestehen⁴¹⁷.

In Hinblick auf die praktische Anwendung des nationalen Rechts hat diese Sanktionsfolge keine unmittelbare Bedeutung.

d. „Überschießende Umsetzung“ von Richtlinien

aa. Begriff der „überschießenden Umsetzung“

Richtlinien haben einen sachlichen und einen persönlichen Anwendungsbereich, weswegen die Pflicht zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben gemäß Art. 249 Abs. 3 EG nur innerhalb dieses Anwendungsbereiches besteht.

Im Anwendungsbereich einer Richtlinie kann der Gesetzgeber weitergehende nationale Regelungen erlassen, soweit jene nur auf eine „Mindestharmonisierung“⁴¹⁸ abzielt und damit keine abschließende Regelung trifft⁴¹⁹. Anders verhält es sich demgegenüber, wenn eine Richtlinie eine „Vollharmonisierung“⁴²⁰ vorsieht und damit dem Erlass weitergehender nationaler Regelungen entgegensteht. Entgegen vereinzelter Ausführungen in der Literatur⁴²¹ stellen die Fälle, in denen der nationale Gesetzgeber im Anwendungsbereich einer Richtlinie über deren Vorgaben hinaus Regelungen erlässt, keine „überschießende Umsetzung“ von Richtlinien dar, sondern es handelt sich um eine „inhaltliche Übererfüllung“ von Richtlinien⁴²². Zu Richtlinienverstößen und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen⁴²³ führt die „inhaltliche Übererfüllung“ von Richtlinien nur, soweit die Richtlinienvorgaben abschließend im Sinne einer „Vollharmonisierung“ sind.

⁴¹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.1991 -Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 40-Francovich; EuGH, Urt. v. 23.3.1996 -Rs. C-392/93, Slg. 1996, I-1631, Rn. 39-British Telecommunications; EuGH, Urt. v. 23.5.1996 -Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-1553, Rn. 25-Hedley Lomas; EuGH, Urt. v. 8.10.1996 -Verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94, Slg. 1996, I-4848, Rn. 21-Dillenkofer.

⁴¹⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 23.3.1996 -Rs. C-392/93, Slg. 1996, I-1631, Rn. 39-British Telecommunications; EuGH, Urt. v. 23.5.1996 -Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-1553, Rn. 14-Hedley Lomas; EuGH, Urt. v. 8.10.1996 -Verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94, Slg. 1996, I-4848, Rn. 21-Dillenkofer.

⁴¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.1991 -Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 40-Francovich; EuGH, Urt. v. 23.3.1996 -Rs. C-392/93, Slg. 1996, I-1631, Rn. 39-British Telecommunications; EuGH, Urt. v. 23.5.1996 -Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-1553, Rn. 25-Hedley Lomas; EuGH, Urt. v. 8.10.1996 -Verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94, Slg. 1996, I-4848, Rn. 21-Dillenkofer.

⁴¹⁸ Vgl. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 69.

⁴¹⁹ Vgl. Habersack/Mayer, in: Riesenhuber (Hrsg.), § 15, Rn. 20.

⁴²⁰ Vgl. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 249, Rn. 69.

⁴²¹ Vgl. Brandner, S. 11f.

⁴²² Vgl. Habersack/Mayer, in: Riesenhuber (Hrsg.), § 15, Rn. 14.

⁴²³ Vgl. oben unter C. III. 2. c.

Im Unterschied zu den Fällen einer „inhaltlichen Übererfüllung“ von Richtlinien ist von einer „überschießenden Umsetzung“ die Rede, wenn der nationale Gesetzgeber Richtlinienvorgaben über deren sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich hinaus umsetzt und damit auch von der Richtlinie nicht erfasste Sachverhalte ihrem Regelungsregime unterwirft⁴²⁴. Gemeinschaftsrechtlich begegnet eine überschießende Umsetzung von Richtlinien grundsätzlich keinen Bedenken, denn soweit ein von der nationalen Regelung erfasster Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, steht diese der nationalen Regelung nicht entgegen⁴²⁵. Dies bedeutet zugleich, dass eine nationale Regelung, soweit sie Sachverhalte betrifft, die nicht von der Richtlinie erfasst werden, insoweit auch nicht richtlinienwidrig sein kann.

bb. „Quasirichtlinienkonforme Auslegung“

Setzt der nationale Gesetzgeber Richtlinienvorgaben überschießend um, besteht im Anwendungsbereich der Richtlinie die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung⁴²⁶, der insbesondere bei einer fehlerhaften Umsetzung von Richtlinienvorgaben eine besondere Bedeutung zukommt. Fraglich ist aber, ob nationales Recht auch über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus richtlinienkonform auszulegen ist.

Eine solche Pflicht folgt nach überwiegender Ansicht nicht aus europäischem Recht⁴²⁷. Zu begründen ist dies mit dem jedem Handeln der Gemeinschaft zugrunde liegenden Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach Gemeinschaftsrecht außerhalb seines Anwendungsbereichs keine Wirkung entfalten kann⁴²⁸. Zudem ist das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung aus Art. 249 Abs. 3 und Art. 10 EG entwickelt worden⁴²⁹ und kann daher außerhalb des Anwendungsbereichs einer Richtlinie nicht zum Tragen kommen, da hier gerade keine Harmonisierung des nationalen Rechts angestrebt wird⁴³⁰. Auch nimmt der EuGH entgegen missverständlichen Ausführungen in seinem Urteil vom 17.7.1997 (Fall „Leur-Bloem“)⁴³¹ keine europarechtliche Pflicht zur richtlinien-

⁴²⁴ Vgl. *Bärenz*, DB 2003, S. 375; *Brandner*, S. 11; *Ebers*, in: PK-VVR, Einführung, Rn. 15; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 1; *Heinrichs*, in: *Palandt*, Einl., Rn. 44; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2003, S. 545. Abweichend *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (17): „erweiterte“ oder „extensive Angleichung“.

⁴²⁵ Vgl. *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 21.

⁴²⁶ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (74); *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 13; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 4; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, S. 545 (545f).

⁴²⁷ Vgl. *Bärenz*, DB 2003, S. 375; *Brandner*, S. 101; *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (74); *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 35; *Hommelhoff*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 889 (892); *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, S. 545 (548); *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (18).

⁴²⁸ Vgl. *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 25; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, S. 545 (548); *Hommelhoff*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 883 (913 und 915f).

⁴²⁹ Vgl. oben unter C. III. 2. b. bb.

⁴³⁰ Vgl. *Brandner*, S. 101.

⁴³¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.1997 -Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161, Rn. 32f-Leur-Bloem. Hierzu *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 26-29.

konformen Auslegung außerhalb des Anwendungsbereichs einer Richtlinie an. Vielmehr führt der EuGH in seinem Urteil vom 16.7.1998 (Fall „Imperial Chemical Industries“)⁴³² aus, betreffe der Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht einen Sachverhalt, der nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, so sei dieses Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht nicht verpflichtet, seine Rechtsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen⁴³³.

Eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts, mit dem eine Richtlinie überschießend umgesetzt wird, die richtigerweise als „quasirichtlinienkonforme Auslegung“ bezeichnet werden sollte⁴³⁴, findet ihre Grundlage allein im Recht des Mitgliedsstaates⁴³⁵. Entscheidet sich der Gesetzgeber dazu, eine Richtlinie über deren Anwendungsbereich hinaus umzusetzen, spricht sein Wille dafür, den von der Richtlinie nicht erfassten Sachverhalt ebenso zu regeln wie den, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt⁴³⁶. Eine gespaltene Auslegung einer Norm je nachdem, ob sie einen Sachverhalt innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereichs einer Richtlinie betrifft, führte zudem zu erheblichen Rechtsanwendungsproblemen⁴³⁷. Fraglich ist aber, ob eine *Pflicht* zur „quasirichtlinienkonformen Auslegung“ besteht, um eine gespaltene Auslegung des nationalen Rechts zu vermeiden.

Teile der Literatur nehmen eine entsprechende Pflicht zur „quasirichtlinienkonformen Auslegung“ an⁴³⁸, weisen aber einschränkend darauf hin, dass eine gespaltene Auslegung in Frage kommt, soweit hierfür wichtige sachliche Gründe sprechen⁴³⁹. Soweit zur Begründung einer Pflicht zur „quasirichtlinienkonformen Auslegung“ auf das rechtsstaatliche Prinzip der Klarheit und Bestimmtheit von Normen verwiesen wird⁴⁴⁰, überzeugt dieses Argument nicht. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG, der sich mit dem Gebot der Normenklarheit überschneidet⁴⁴¹, verlangt nicht eine größtmögliche Bestimmtheit von Normen, sondern lässt eine im Wege der Auslegung zu ermittelnde Bestimmbarkeit genügen⁴⁴². Aus dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich somit ein Ver-

⁴³² EuGH, Urt. v. 16.7.1998 -Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695-Imperial Chemical Industries.

⁴³³ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.7.1998 -Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695, Rn. 34-Imperial Chemical Industries.

⁴³⁴ Vgl. *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 37; *Hommelhoff*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 889 (915).

⁴³⁵ Vgl. BGHZ 150, 248 (260f); *Bärenz*, DB 2003, S. 375 (376); *Brandner*, S. 105; *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 15; *Heinrichs*, in: *Palandt*, Einl., Rn. 44; *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (18); *A. Staudinger*, NJW 2002, S. 653 (655).

⁴³⁶ Vgl. BGHZ 150, 248 (261f); *Bärenz*, DB 2003, S. 375; *Brandner*, S. 105; *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (18); *A. Staudinger*, NJW 2002, S. 653 (655).

⁴³⁷ Vgl. BGHZ 150, 248 (261f); *Bärenz*, DB 2003, S. 375; *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (18).

⁴³⁸ Vgl. *Bärenz*, DB 2003, S. 375; *Ebers*, in: PK-VVR, Einl., Rn. 15; *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (18); *A. Staudinger*, NJW 2002, S. 653 (655).

⁴³⁹ Vgl. *Bärenz*, DB 2003, S. 375 (376); *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (18).

⁴⁴⁰ Vgl. *Bärenz*, DB 2003, S. 375 (376).

⁴⁴¹ Vgl. *Jarass*, in: *J/P*, Art. 20, Rn. 63; *Sachs*, in: *Sachs*, Art. 20, Rn. 126.

⁴⁴² Vgl. *Degenhart*, Rn. 356; *Jarass*, in: *J/P*, Art. 20, Rn. 61; *Sachs*, in: *Sachs*, Art. 20, Rn. 126f.

bot einer gespaltenen Auslegung und damit eine Pflicht zur „quasirichtlinienkonformen Auslegung“ nicht herleiten⁴⁴³.

Überzeugender ist es, die Normen, mit denen Richtlinien überschießend umgesetzt werden, nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Dabei ist der Wille des Gesetzgebers, sowohl von der Richtlinie erfasste als auch nicht erfasste Sachverhalte in gleicher Weise zu regeln, als eines von mehreren Kriterien bei der Auslegung zu berücksichtigen⁴⁴⁴. Soweit andere Umstände gegen eine „quasirichtlinienkonforme Auslegung“ sprechen, kann daher auch eine gespaltenen Auslegung in Betracht kommen⁴⁴⁵. Angesichts der grundsätzlichen Regelungsabsicht des Gesetzgebers, eine einheitliche Regelung zu schaffen sowie die in der einheitlichen Regelung liegende Gesetzessystematik⁴⁴⁶ sprechen indes für eine widerlegliche Vermutung, dass das im Zuge einer überschießenden Richtlinienumsetzung erlassene Recht „quasirichtlinienkonform“ auszulegen ist⁴⁴⁷.

e. Die Richtlinienvorgaben im Einzelnen

Nachdem die Bedeutung von Richtlinien, die Anforderungen an deren Umsetzung, die Folgen einer unzureichenden Umsetzung sowie die Besonderheiten bei einer „überschießenden Umsetzung“ von Richtlinien dargestellt worden sind, werden im Folgenden die Vorgaben hinsichtlich der Informationserteilung untersucht, die sich aus den RL 92/49/EWG, RL 2002/83/EG und RL 2002/65/EG ergeben.

aa. RL 92/49/EWG

Das Regelungsziel der RL 92/49/EWG besteht darin, die Vollendung des Binnenmarktes im Versicherungswesen mit Ausnahme der Lebensversicherung herbeizuführen⁴⁴⁸. Sie steht damit am Ende eines langen Harmonisierungsprozesses⁴⁴⁹, der sich in erster Linie auf das Versicherungsaufsichtsrecht⁴⁵⁰, jedoch mit der Abschaffung der präventiven Kontrolle von AVB⁴⁵¹ auch auf das Versiche-

⁴⁴³ Vgl. im Ergebnis *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 36; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, S. 545 (550).

⁴⁴⁴ Vgl. *Brandner*, S. 105; *Canaris*, in: FS Bydlinki, S. 47 (74); *Hommelhoff*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 889 (916).

⁴⁴⁵ Vgl. *Brandner*, S. 105; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 40; *Heinrichs*, in: *Palandt*, Einl., Rn. 44.

⁴⁴⁶ Vgl. *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 39; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, S. 545 (551).

⁴⁴⁷ Vgl. *Brandner*, S. 106; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 15, Rn. 39; *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, S. 545 (551).

⁴⁴⁸ Vgl. Erwägungsgründe 1-3 der RL 92/49/EWG.

⁴⁴⁹ Vgl. zur Entwicklung des Binnenmarktes im Versicherungswesen die Überblicke bei: *Hübner/Matusche-Beckmann*, EuZW 1995, S. 263-273; *Mönnich*, in: *VersR-Hdb*, § 2, Rn. 2-49; *Roth*, in: *BK, europ. VersR*, Rn. 85-126; *ders.*, NJW 1993, S. 3028-3033. Ausführlich: *Müller*, Rn. 1 passim.

⁴⁵⁰ Vgl. zu den einzelnen Regelungen: *Hübner/Matusche-Beckmann*, EuZW 1995, S. 263 (264-269); *Mönnich*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 2, Rn. 18-40; *Roth*, NJW 1993, S. 3028 (3029-3031).

⁴⁵¹ Art. 6 Abs. 3, Art. 29 und 39 Abs. 2 RL 92/49/EWG.

rungsvertragsrecht ausgewirkt hat. Für den Versicherungsnehmer soll die Herstellung des Binnenmarktes zum Ziel haben, dass er Zugang zu einer möglichst weiten Palette von in der Gemeinschaft angebotenen Versicherungsprodukten hat, um aus ihnen das seinen Bedürfnissen am besten entsprechende Angebot auswählen zu können⁴⁵². Dass dieses Ziel vom Versicherungsnehmer nicht ohne weiteres alleine erreicht werden kann, sondern er unterstützender Hilfe bedarf, ist bereits erläutert worden. Gleichwohl sind in Art. 31 Abs. 1 sowie Art. 43 Abs. 2 und 3 der Richtlinie Informationspflichten nur in geringem Umfang geregelt.

(1.) Informationspflichten nach Art. 31 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 und 3

Art. 31 Abs. 1 sieht vor, dass dem Versicherungsnehmer folgende Informationen mitzuteilen sind: Zum einen ist, wenn keine Rechtswahlfreiheit besteht, das auf den Vertrag anwendbare Recht zu nennen, anderenfalls das vom Versicherer vorgeschlagene Recht. Zum anderen sind die Bestimmungen zur Bearbeitung der den Vertrag betreffenden Beschwerden dem Versicherungsnehmer, ggf. einschließlich eines Hinweises auf die Beschwerdestelle, zu übermitteln, wobei die Möglichkeit, den Rechtsweg zu beschreiten, unberührt bleiben soll.

Art. 43 Abs. 2 UA 1 bestimmt, dass der Mitgliedsstaat des Sitzes und ggf. die Zweigniederlassung mit dem bzw. mit der der Vertrag geschlossen wird, mitzuteilen ist. Ferner muss gemäß Art. 43 Abs. 3 die Anschrift des Sitzes oder ggf. der Zweigniederlassung genannt werden.

(2.) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Informationspflichten nach Art. 31 Abs. 1 deckt sich mit demjenigen der RL 92/49/EWG, weswegen diese Informationen nur in der Schadensversicherung, nicht aber in der Lebensversicherung zu erteilen sind. Ausnahmen gelten jedoch für die in Art. 43 Abs. 2 UA 1 genannten Informationen, die nur mitzuteilen sind, wenn der Vertrag im Rahmen der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit angeboten wird. Überdies sind die Informationen nach Art. 43 Abs. 2 UA 3 dann nicht mitzuteilen, wenn es sich um einen Versicherungsvertrag über ein Großrisiko im Sinne des Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGVVG handelt.

(3.) Persönlicher Anwendungsbereich

Art. 31 Abs. 2 schränkt den persönlichen Anwendungsbereich der Informationspflichten des Abs. 1 auf den Fall ein, dass der Versicherungsnehmer eine natürliche Person ist, so dass juristischen Personen diese Informationen nicht zu erteilen sind. Demgegenüber sieht Art. 43 eine Beschränkung des persönlichen An-

⁴⁵² Vgl. Erwägungsgrund 19 der RL 92/49/EWG.

wendungsbereiches nicht vor⁴⁵³, weswegen die dortigen Informationen allen Versicherungsnehmern zur Verfügung zu stellen sind.

(4.) Zeitpunkt der Informationserteilung

Die in Art. 31 Abs. 1 genannten Informationen müssen in zeitlicher Hinsicht vor Abschluss eines Versicherungsvertrages zur Verfügung gestellt werden. Die Informationen des Art. 43 Abs. 2 UA 1 sind mitzuteilen, bevor eine Verpflichtung eingegangen wird. Fraglich ist, welchen Zeitpunkt die Formulierungen „vor Abschluss eines Versicherungsvertrages“ bzw. „bevor eine Verpflichtung eingegangen wird“ meinen.

Zunächst ist festzuhalten, dass trotz der unterschiedlichen Formulierungen hiermit kein sachlicher Unterschied verbunden ist, denn das Eingehen einer Verpflichtung ist im technischen Sinne mit dem Abschluss eines Versicherungsvertrages identisch. Entscheidend ist somit allein, wann vor Abschluss eines Vertrages die Informationen zu erteilen sind.

Bei wörtlicher Auslegung kommt es lediglich darauf an, dass die Informationen vor dem Vertragsschluss zugehen, also bevor der Vertrag mit Zugang der Annahmeerklärung wirksam wird⁴⁵⁴. Dies könnte bedeuten, dass sogar nachdem der Versicherungsnehmer einen Antrag gestellt hat, diesem die Informationen des Art. 31 Abs. 1 und 43 Abs. 2 UA 1 zur Verfügung gestellt werden könnten. Im Ergebnis überzeugt eine solche Auslegung jedoch nicht. Auch wenn die vorgesehenen Informationen ihrem materiellen Gehalt nach keine wesentlichen Angaben über das angebotene Versicherungsprodukt enthalten und sie damit nur in geringem Umfang zum Ausgleich der zwischen den Parteien gestörten Vertragsparität beitragen, ist dennoch davon auszugehen, dass die Informationen vor der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmer zu erteilen sind. Begründen lässt sich dies mit der Überlegung, dass zumindest die Information über das auf den Vertrag anwendbare Recht bereits dann von Bedeutung sein kann, bevor der Versicherungsnehmer seine Willenserklärung abgibt und sich damit dem Regelungsregime einer bestimmten Rechtsordnung unterwirft.

Festzuhalten ist damit, dass die Informationen vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu erteilen sind. Ob und inwieweit zwischen der Informationserteilung und der Abgabe der Willenserklärung noch ein bestimmter Zeitraum liegen muss, wird im Einzelnen im Zusammenhang mit den formalen

⁴⁵³ A.A. *Osing*, S. 36, der anscheinend Art. 31 Abs. 2 der Richtlinie auch auf die Informationen des Art. 43 der Richtlinie bezieht. Wie hier *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 92.

⁴⁵⁴ In der Diskussion um die Richtlinienwidrigkeit des § 5a VVG a.F. ist die Ansicht vertreten worden, dass es nach den RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. nunmehr 2002/83/EG lediglich darauf ankomme, dass die Informationen erteilt werden, bevor der Vertrag wirksam wird, was im Ergebnis auf eine wörtliche Auslegung der Richtlinienvorgabe hinausläuft, vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (625f); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 8; *Reiff*, *VersR* 1997, S. 267 (271); *Schirmer*, *VersR* 1996, S. 1045 (1056); *Wandt*, *Verbraucherinformation*, S. 32f.

Anforderungen der RL 2002/83/EG erörtert.

(5.) Form der Informationserteilung

Formale Anforderungen an die Informationserteilung sieht die Richtlinie im Hinblick auf die Informationen nach Art. 31 Abs. 1 nicht vor, sondern überlässt gemäß Art. 31 Abs. 3 den Mitgliedsstaaten, in denen das zu versichernde Risiko belegen ist, den Erlass der Durchführungsvorschriften. Demgegenüber müssen die Informationen nach Art. 43 Abs. 2 UA 1 gemäß Art. 43 Abs. 2 UA 2 in den Dokumenten enthalten sein, die dem Versicherungsnehmer zur Verfügung gestellt werden, während die Informationen des Art. 43 Abs. 3 aus dem Vertrag oder anderen Deckung gewährenden Dokumenten sowie aus dem Versicherungsangebot ersichtlich sein müssen.

bb. RL 2002/83/EG

Ebenso wie die RL 92/49/EWG dient auch die RL 2002/83/EG der Vollendung des Binnenmarktes im Versicherungswesen, allerdings im Bereich der Lebensversicherung⁴⁵⁵. Ziel ist es auch hier, dem Versicherungsnehmer Zugang zu einer möglichst weiten Palette von in der Gemeinschaft angebotenen Versicherungsprodukten zu ermöglichen, damit das seinen Bedürfnissen am besten entsprechende Angebot auswählen kann⁴⁵⁶. Hierzu sieht die Richtlinie, anders als die RL 92/49/EWG, in Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A lit. a.1-a.16 eine Vielzahl von Informationen vor.

(1.) Informationspflichten nach Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A

Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A bestimmt, dass folgende Informationen mitzuteilen sind:

Informationen über das Versicherungsunternehmen

- a. 1) Firma und Rechtsform der Gesellschaft;
- a. 2) Name des Mitgliedsstaats, in dem sich der Sitz und gegebenenfalls die Agentur
oder Zweigniederlassung befindet, die die Police ausstellt;

- a. 3) Anschrift des Sitzes und gegebenenfalls der Agentur oder der Zweigniederlassung, die die Police ausstellt;

Informationen über die Versicherungspolicen

- a. 4) Beschreibung jeder Garantie und jeder Option;
- a. 5) Laufzeit der Police;
- a. 6) Einzelheiten der Vertragsbeendigung;
- a. 7) Prämienzahlungsweise und Prämienzahlungsdauer;

⁴⁵⁵ Vgl. Erwägungsgründe 3 und 5 der RL 2002/83/EG.

⁴⁵⁶ Vgl. Erwägungsgrund 46 der RL 2002/83/EG.

- a. 8) Methoden der Gewinnberechnung und Gewinnbeteiligung;
- a. 9) Angaben der Rückkaufwerte und beitragsfreien Leistungen und das Ausmaß, in dem diese Leistungen garantiert sind;
- a. 10) Informationen über die Prämien für jede Leistung, und zwar sowohl Haupt- als auch Nebenleistungen, wenn sich derartige Informationen als sinnvoll erweisen;
- a. 11) für fondsgebundene Policen: Angabe der Fonds (in Rechnungseinheiten), an die Leistungen gekoppelt sind;
- a. 12) Angabe der Art der den fondsgebundenen Policen zugrunde liegenden Vermögenswerte;
- a. 13) Modalitäten der Ausübung des Widerrufs und des Rücktrittsrechts;
- a. 14) allgemeine Angaben zu der auf die Policenart anwendbaren Steuerregelung;
- a. 15) Bestimmungen zu Bearbeitung von den Vertrag betreffenden Beschwerden der Versicherungsnehmer, der Versicherten oder der Begünstigten des Vertrags, gegebenenfalls einschließlich des Hinweises auf eine Beschwerdestelle; die gilt unbeschadet der Möglichkeit den Rechtsweg zu beschreiten;
- a. 16) das für den Vertrag maßgebende Recht für den Fall, dass die Parteien keine Wahlfreiheit haben oder, wenn die Parteien das Recht frei wählen können, das von dem Versicherungsunternehmen vorgeschlagene Recht.

(2.) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Informationspflichten beschränkt sich auf Lebensversicherungen.

(3.) Persönlicher Anwendungsbereich

Fraglich ist, wie weit der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie reicht. Art. 36 ist mit „Angaben für den Versicherungsnehmer“ überschrieben, in Art. 36 Abs. 1 heißt es, dass dem „Versicherungsnehmer“ die in Anhang III A aufgeführten Angaben mitzuteilen sind und schließlich ist Anhang III mit „Informationen für Versicherungsnehmer“ betitelt. Folglich könnte jeder Versicherungsnehmer Adressat der Informationspflichten sein.

Zweifel könnten jedoch wegen des Erwägungsgrunds 52 der RL 2002/83/EG bestehen. Dort heißt es, im Rahmen des Versicherungsbinnenmarktes werde dem *Verbraucher* eine größere und weiter gefächerte Auswahl von Verträgen zur Verfügung stehen. Um diese Vielfalt und den verstärkten Wettbewerb voll zu nutzen, müsse er im Besitz der notwendigen Informationen sein, um den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen.

Hieraus wird in der Literatur teilweise der Schluss gezogen, dass die vorvertraglichen Informationen nur Verbrauchern (worunter nach dieser Ansicht natürliche Personen verstanden werden, die einen Vertrag nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken abschließen) und damit nur natürlichen Personen zu erteilen seien⁴⁵⁷. Auch wird teilweise darauf abgestellt, Art. 36 Abs. 1 gehe vom Normalfall der Lebensversicherung aus, wonach der Versicherungsnehmer eine natürliche Person sei. Deswegen seien nur diesen die Informationen des Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A der Richtlinie zu erteilen⁴⁵⁸. Schließlich sei es auch nicht gerechtfertigt, in der Lebensversicherung den Kreis der Informationsadressaten weiter zu fassen als in der Schadensversicherung⁴⁵⁹.

Einer Beschränkung des Adressatenkreises auf natürliche Personen unter Hinweis auf den in Erwägungsgrund 52 genannten Verbraucher ist jedoch entgegenzuhalten, dass es auf europäischer Ebene keine einheitliche Definition des Verbrauchers gibt⁴⁶⁰. Zwar definieren zahlreiche Richtlinien den Verbraucher als eine natürliche Person, die beim Abschluss eines Vertrages nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelt⁴⁶¹, jedoch bestimmt demgegenüber etwa Art. 2 der RL 90/314/EWG⁴⁶², dass Verbraucher derjenige ist, der eine Pauschalreise bucht oder Vertragspartner des Reiseveranstalters ist. Da die RL 2002/83/EG keine eigene Definition des Verbrauchers enthält und überdies in der Rechtsprechung des EuGH im Versicherungsbereich der Verbraucherschutz mit dem Schutz der Versicherungsnehmer und Versicherten umschrieben wird⁴⁶³, spricht dies dafür, den Verbraucherbegriff aus Erwägungsgrund 52 der RL 2002/83/EG nicht mit dem einer natürlichen Person gleichzusetzen, die einen Vertrag nicht zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken abschließt.

Eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs lässt sich auch nicht mit der These rechtfertigen, Art. 36 Abs. 1 gehe vom Normalfall der Lebensver-

⁴⁵⁷ So aufgrund des gleich lautenden Erwägungsgrunds 23 der RL 92/96/EWG zu den identischen Informationspflichten der in der RL 2002/83/EG aufgegangenen RL 92/96/EWG: *Osing*, S. 37f, der zur Auslegung des Verbraucherbegriffs auf Art. 2 der RL 85/577/EWG (RL 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, Amtsblatt L 372 vom 31.12.1985, S. 31) und Art. 2b der RL 93/13/EWG (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Amtsblatt L 95 vom 21.4.1993, S. 29) abstellt, wonach Verbraucher natürliche Personen sind, die beim Abschluss eines Vertrages nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handeln. Im Ergebnis ebenso: *Müller*, Rn. 862.

⁴⁵⁸ So zu dem identischen Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Anhang II Buchstabe A der RL 92/92/EWG: BT-Drucks. 12/6959, S. 55, re. Sp.; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 92; *ders.*, VW 1993, S. 181 (182, Fn. 13); *ders.*, VW 1995, S. 90 (91).

⁴⁵⁹ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 92; *ders.*, VW 1995, S. 90 (91).

⁴⁶⁰ Vgl. *Lurger*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 153, Rn. 11; *Weick*, in: *Staudinger*, Vorbem. zu § 13, Rn. 17; *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 153, Rn. 4; *Zwicker*, S. 4.

⁴⁶¹ Vgl. *Lurger*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 153, Rn. 11 m.w.N.; *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 153, Rn. 4.

⁴⁶² Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, Amtsblatt L 158 vom 23.6.1990, S. 59.

⁴⁶³ Vgl. EuGH, Urt. v. 04.12.1986 -Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 30 –Kommission/Deutschland.

sicherung aus, wonach der Versicherungsnehmer eine natürliche Person sei. Konkret belegen lässt sich diese These nicht⁴⁶⁴, weswegen sie letztlich nur eine Behauptung bleibt. Zudem verfängt auch nicht das Argument, es sei nicht gerechtfertigt, in der Lebensversicherung den Kreis der Informationsadressaten weiter zu fassen als in der Sachversicherung, denn gerade aufgrund der langen Durchschnittsdauer eines Lebensversicherungsvertrages von ca. 26 Jahren⁴⁶⁵ besteht in diesem Bereich ein besonderes Informationsbedürfnis für die Versicherungsnehmer.

Vielmehr spricht für eine Informationspflicht gegenüber allen Versicherungsnehmern neben dem Wortlaut der Richtlinie, in dem der Begriff des Verbrauchers nicht auftaucht⁴⁶⁶, dass sie im Unterschied zur RL 92/49/EWG keine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches vorsieht, obwohl sie sonst weitgehend deren Aufbau folgt⁴⁶⁷. Schließlich legt auch Erwägungsgrund 5 der RL 2002/83/EG ein wortlautgetreues Verständnis des persönlichen Anwendungsbereiches nahe, der nämlich als Ziel im Rahmen des Binnenmarktes einen angemessenen Schutz von Versicherungsnehmern und nicht nur von Verbrauchern formuliert. Der persönliche Anwendungsbereich der Informationspflichten erstreckt sich somit auf sämtliche Versicherungsnehmer⁴⁶⁸.

(4.) Zeitpunkt der Informationserteilung

Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A sieht vor, dass die Informationen „vor Abschluss des Versicherungsvertrages“ mitzuteilen sind. Fraglich ist, wie dieses Merkmal auszulegen ist.

Ebenso wie bei der RL 92/49/EWG könnte bei wörtlicher Auslegung eine Informationserteilung auch noch nach Abgabe einer Willenserklärung des Versicherungsnehmers, aber vor dem Vertragsschluss im technischen Sinne, in Frage kommen. Gleichwohl sind die Informationen, ebenso wie bei der RL 92/49/EWG, vor der Abgabe der Willenserklärung zu erteilen. Hierfür spricht, dass die vorgeschriebenen Informationen sich weitgehend auf das angebotene Versicherungsprodukt beziehen und damit geeignet sind, die zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gestörte Vertragsparität auszugleichen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es notwendig, dass die Informationen erteilt werden, bevor der Versicherungsnehmer sich mit der Abgabe einer Willenserklärung für ein bestimmtes Versicherungsprodukt entscheidet. Für eine Informationserteilung vor Abgabe der Willenserklärung spricht zudem der bereits erwähnte Erwä-

⁴⁶⁴ Vgl. *Ihle*, S. 118, Fn. 33.

⁴⁶⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 51 re. Sp.

⁴⁶⁶ Vgl. *Ihle*, S. 118.

⁴⁶⁷ Vgl. *Bach*, in: FS Lorenz 1994, S. 45 (47).

⁴⁶⁸ Vgl. *Bach*, in: FS Lorenz 1994, S. 45 (47); *Ihle*, S. 118; *Reich/Micklitz*, S. 813f; *Riesenhuber*, Rn. 201; *Schwintowski*, VuR 1996, S. 223 (231); *ders.*, VersWissStud. (2. Bd.), S. 11 (19); *Zwicker*, S. 174.

gungsgrund 52 der RL 2002/83/EG, wonach die Informationen erforderlich sind, um aus der Vielfalt der angebotenen Versicherungsprodukte ein bedarfsgerechtes Angebot auszuwählen. Eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Versicherungsprodukten setzt aber voraus, dass der Versicherungsnehmer sich bei mehreren Versicherern die notwendigen Informationen beschaffen kann, ohne bei diesen schon eine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgeben zu müssen⁴⁶⁹. Fraglich ist jedoch, ob die Informationserteilung der Abgabe der Willenserklärung unmittelbar vorangehen kann oder ob insoweit ein Mindestzeitraum eingehalten werden muss.

Um mit der Informationserteilung die gestörte Vertragsparität auszugleichen, wäre es nahe liegend, dass der Versicherungsnehmer die Informationen so frühzeitig erhält, dass er sie vollständig lesen und verstehen kann, um danach eine informierte Entscheidung zutreffen. Mit der Einhaltung einer solchen Mindestfrist könnte das Schutzinstrument Information tatsächlich seine Wirkung entfalten. Es bestehen aber Zweifel, ob dem „Informationsmodell“ die Vorstellung zugrunde liegt, dass der zu schützende Teil die Informationen auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt bzw. nehmen muss. Klarheit über die Anforderungen an den Umgang mit Informationen im Rahmen des „Informationsmodells“, wie es auf europäischer Ebene zum Schutze des Verbrauchers propagiert wird, lassen sich dem europäischen Verbraucherleitbild⁴⁷⁰ entnehmen, welches der EuGH insbesondere in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entwickelt hat⁴⁷¹. Diese Grundsätze können dann auf die parallele Problematik beim Schutz des Versicherungsnehmers durch Informationen übertragen werden.

Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich im Wesentlichen das Leitbild eines verständigen, informierbaren und mündigen Verbrauchers entnehmen⁴⁷². Der „verständige Verbraucher“⁴⁷³ ist danach ein Verbraucher, der aus den ihm gegebenen Informationen rationale Schlüsse ziehen kann⁴⁷⁴. Das Merkmal der Informierbarkeit wird zwar vom EuGH nicht ausdrücklich angesprochen, lässt sich jedoch dem Umstand entnehmen, dass der EuGH insbesondere im Rahmen der

⁴⁶⁹ Vgl. S. Hoffmann, S. 194f; Rehberg, S. 110 und 112-114; Osing, S. 92f.

⁴⁷⁰ Mit dem Begriff des Verbraucherleitbildes ist hier ein normatives Modell der der Eigenschaften und Fähigkeiten eines Durchschnittsverbrauchers gemeint, vgl. zu den Bedeutungen des Begriffs Verbraucherleitbild: Zwicker, S. 11-13.

⁴⁷¹ Vgl. Zwicker, S. 40. Zwicker untersucht in seiner Arbeit das europäische Verbraucherleitbild bei Finanzdienstleistungen anhand der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten, zum sekundären Gemeinschaftsrecht und anhand verschiedener Richtlinien. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass im Rahmen der Finanzdienstleistungen das Verbraucherleitbild im wesentlichen mit dem der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten übereinstimmt, von diesem jedoch insoweit abweicht, als tendenziell weitergehende Schutzmaßnahmen als bloße Informationen zulässig sind, vgl. S. 96f, 139f und 218. Soweit es daher hier auf das Verbraucherleitbild im Rahmen des Verbraucherschutzes durch Information nach dem „Informationsmodell“, wird das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten zugrunde gelegt.

⁴⁷² Vgl. Zwicker, S. 52 m.w.N.

⁴⁷³ Vgl. EuGH, Urt. v. 6.7.1995 -Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, Rn. 24-Mars.

⁴⁷⁴ Vgl. Zwicker, S. 53.

Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in die Warenverkehrsfreiheit Informationspflichten zum Schutze von Verbrauchern als das verhältnismäßigere Mittel versteht⁴⁷⁵. Dies setzt voraus, dass der EuGH davon ausgeht, dass der Verbraucher Informationen aufnehmen und bei seiner Entscheidung berücksichtigen kann, er also informierbar ist⁴⁷⁶. Aus diesem Umstand wird zugleich eine Informationsobliegenheit des Verbrauchers abgeleitet⁴⁷⁷. Ebenso wie der EuGH nicht von einem informierbaren Verbraucher spricht, verwendet er auch nicht den Begriff des mündigen oder eigenverantwortlichen Verbrauchers, jedoch wird aus der Tatsache, dass der EuGH Informationen zum Schutze des Verbrauchers für ausreichend erachtet, der Schluss gezogen, dieser könne eigenverantwortlich aufgrund der Informationen sich für ein Produkt entscheiden, also selbst für seinen Schutz sorgen⁴⁷⁸. Eigenverantwortlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass der Verbraucher sich entscheiden kann, ob er eine ihm angebotene Informationsmöglichkeit wahrnimmt oder nicht⁴⁷⁹. Folglich kommt es nicht darauf an, dass ein Verbraucher die ihm zur Verfügung gestellten Informationen tatsächlich zur Kenntnis nimmt, weswegen er lediglich eine Möglichkeit zur Kenntnisnahme haben muss⁴⁸⁰.

Übertragen auf den Versicherungsnehmer bedeutet dies, dass für eine ordnungsgemäße Informationserteilung keine Mindestfrist vor der Abgabe seiner Willenserklärung einzuhalten ist. Vielmehr muss sich der Versicherungsnehmer im Sinne der erwähnten Informationsobliegenheit nur entscheiden können, ob er die erteilten Informationen näher zur Kenntnis nehmen möchte oder nicht. Dementsprechend ist das Merkmal „vor Abschluss des Versicherungsvertrages“ auszulegen.

(5.) Form der Informationserteilung

Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A bestimmt, dass die Informationen eindeutig und detailliert sowie schriftlich in einer Amtssprache des Mitgliedsstaates⁴⁸¹ abzufassen sind. Fraglich ist, welche Anforderungen an die Schriftlichkeit der Informationserteilung zu stellen sind.

⁴⁷⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.2.1979 –Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 13-Cassis de Dijon.

⁴⁷⁶ Vgl. *Zwicker*, S. 42 und 54 m.w.N.

⁴⁷⁷ Vgl. *Zwicker*, S. 55 m.w.N.

⁴⁷⁸ Vgl. *Zwicker*, S. 56 m.w.N.

⁴⁷⁹ Vgl. *Zwicker*, S. 57. Ähnlich EuGH, Urt. v. 26.10.1995 –Rs. C-51/94, Slg. 1995, I-3599, Rn. 34-Kommission./Deutschland, wonach Käufer von Lebensmitteln, die ihre Kaufentscheidung nach deren Zusammensetzung richten, zunächst das Zutatenverzeichnis lesen. Darauf dass die Käufer also tatsächlich die Informationen im Zutatenverzeichnis zur Kenntnis nehmen, kommt es also nicht an.

⁴⁸⁰ Vgl. *Riesenhuber*, Rn. 136.

⁴⁸¹ Die Informationen können jedoch in einer anderen Sprache abgefasst werden, sofern der Versicherungsnehmer dies wünscht und es nach dem Recht des Mitgliedsstaates zulässig ist oder sofern der Versicherungsnehmer das maßgebende Recht frei wählen kann, vgl. Anhang III A Abs. 2 der RL 2002/83/EG.

Das Formerfordernis der schriftlichen Informationserteilung ist aufgrund seiner gemeinschaftsrechtlichen Natur eigenständig auszulegen⁴⁸². Folglich kommt es nicht auf die Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB an, zumal die Richtlinie eine Unterzeichnung der Informationen auch nicht vorsieht⁴⁸³. Vielmehr genügt es, dem Versicherungsnehmer die Informationen in lesbarer Form zur Verfügung zu stellen, damit er sie zur Kenntnis nehmen kann⁴⁸⁴. Diese Auslegung entspricht auch dem Verständnis der EU-Kommission. In einem Schreiben vom 13.3.2002 an den Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. führt sie aus, dass im Lichte von Art. 9 Abs. 1 der RL 2000/31/EG⁴⁸⁵, der den Mitgliedsstaaten aufgibt, den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege zu ermöglichen, „schriftlich“ im Sinne von „in lesbarer Form“ zu verstehen sei und damit auch das Zurverfügungstellen von schriftlich zu gebenden Informationen über elektronische Wege umfasst sei. Dies gelte auch im Rahmen des Art. 31 Abs. 1 und Anhang II der RL 92/96/EWG (jetzt: Art. 36 Abs. 1 und Anhang III RL 2002/83/EG)⁴⁸⁶.

cc. RL 2002/65/EG

Gegenstand der Richtlinie ist gemäß Art. 1 Abs. 1 die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Sie dient somit der Verwirklichung des Binnenmarktes für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁴⁸⁷, damit die Verbraucher aus einem möglichst breiten Angebot das ihren Bedürfnissen am besten entsprechende wählen können⁴⁸⁸. Da sich Finanzdienstleistungen, zu denen gemäß Art. 2 lit. b jede Versicherung gehört, aufgrund ihrer immateriellen Beschaffenheit besonders für Transaktionen im Fernabsatz eignen, soll mit der Richtlinie durch die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen das Vertrauen der Verbraucher in die Nutzung der neuen Fernabsatztechniken wie beispielsweise des elektronischen Geschäftsverkehrs gestärkt werden⁴⁸⁹. Insgesamt soll mit der Richtlinie ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet werden⁴⁹⁰. Aus diesem Grunde soll der Einsatz

⁴⁸² Vgl. *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, S. 529 (529f); *Roth*, in: BK, europ. VersR, Rn. 78.

⁴⁸³ Vgl. *Knöfel*, ZGS 2004, S. 182 (184).

⁴⁸⁴ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 52f; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 267.

⁴⁸⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

⁴⁸⁶ Vgl. die auszugsweise Wiedergabe des Schreibens bei *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 53. Im Ergebnis ebenso: *Ebers*, in: *VersWissStud* (26. Bd.), S. 123 (130f); *Schneider*, VersR 2004, S. 696 (701).

⁴⁸⁷ Vgl. Erwägungsgründe 1 und 2 der RL 2002/65/EG.

⁴⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund 3 der RL 2002/65/EG.

⁴⁸⁹ Vgl. Erwägungsgrund 5 der RL 2002/65/EG.

⁴⁹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 13 der RL 2002/65/EG.

eines Fernkommunikationsmittels auch nicht zu einer ungerechtfertigten Einschränkung der dem Verbraucher vermittelten Informationen führen. In Erwägungsgrund 21 heißt es daher weiter, dass aus Transparenzgründen in dieser Richtlinie Anforderungen festgelegt werden, die eine angemessene Verbraucherinformation vor und nach Abschluss eines Vertrages gewährleisten. Vor Abschluss eines Vertrages soll dem Verbraucher die erforderliche Vorabinformation zugehen, damit er die ihm angebotene Finanzdienstleistung entsprechend beurteilen und folglich seine Entscheidung in Kenntnis aller Umstände treffen kann.

(1.) Informationspflichten der Art. 3 und 5 der RL 2002/65/EG

Art. 3 Abs. 1⁴⁹¹ sieht die Erteilung folgender Informationen vor:

Nr. 1 betreffend den Anbieter

- a) Die Identität und Hauptgeschäftstätigkeit des Anbieters, die Anschrift seiner Niederlassung und jede andere Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter maßgeblich ist;
- b) die Identität des Vertreters des Anbieters in dem Mitgliedsstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, und die Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung zwischen dem Verbraucher und dem Vertreter maßgeblich ist, wenn es einen Vertreter gibt;
- c) wenn der Verbraucher mit einer anderen gewerblich tätigen Person als dem Anbieter geschäftlich zu tun hat, die Identität dieser Person, die Eigenschaft, in der sie gegenüber dem Verbraucher tätig wird, und die Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung zwischen dem Verbraucher und dem und dieser Person maßgeblich ist;
- d) wenn der Anbieter in ein Handelsregister oder ein vergleichbares öffentliches Register eingetragen ist, das Handelsregister, in das er eingetragen ist, und seine Handelsregisternummer oder eine gleichwertige in diesem Register verwendete Kennung;
- e) soweit für die Tätigkeit des Anbieters eine Zulassung erforderlich ist, die Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde;

Nr. 2 betreffend die Finanzdienstleistung

- a) eine Beschreibung der wesentlichen Merkmale der Finanzdienstleistung;
- b) den Gesamtpreis, den der Verbraucher dem Anbieter für die Finanzdienstleistung schuldet einschließlich aller damit verbundenen Provisionen, Gebühren und Abgaben sowie aller über den Anbieter abgeführten

⁴⁹¹ Neben Art. 3 Abs. 1 sieht auch Art. 3 Abs. 3 der RL 2002/65/EG die Erteilung von Informationen vor, die im Falle einer fernmündlichen Kommunikation zu erteilen sind. Da diese Vorgaben vom deutschen Gesetzgeber nur für den Fall einer fernmündlichen Vertragsanbahnung umgesetzt worden sind, bleiben sie im Folgenden hier außer Betracht.

Steuern, oder wenn kein genauer Preis angegeben werden kann, die Grundlage für seine Berechnung, die dem Verbraucher eine Überprüfung des Preises ermöglicht;

c) gegebenenfalls einen Hinweis darauf, dass sich die Finanzdienstleistung auf Finanzinstrumente bezieht, die wegen ihrer spezifischen Merkmale oder der durchzuführenden Vorgänge mit speziellen Risiken behaftet sind, oder deren Preis Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat, und einen Hinweis darauf, dass in der Vergangenheit erwirtschaftete Erträge kein Indikator für künftige Erträge sind;

d) einen Hinweis auf mögliche weitere Steuern und/oder Kosten, die nicht über den Anbieter abgeführt oder von ihm in Rechnung gestellt werden;

e) Angaben zu einer etwaigen Beschränkung des Zeitraums, während dessen die zur Verfügung gestellten Informationen gültig sind;

f) Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Erfüllung;

g) alle spezifischen zusätzlichen Kosten, die der Verbraucher für die Benutzung des Fernkommunikationsmittels zu tragen hat, wenn solche zusätzlichen Kosten in Rechnung gestellt werden;

Nr. 3 betreffend den Fernabsatzvertrag

a) Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts gemäß Artikel 6 sowie für den Fall, dass ein solches Recht besteht, die Widerrufsfrist und Modalitäten für dessen Ausübung, einschließlich des Betrags, den der Verbraucher gegebenenfalls gemäß Artikel 7 Abs. 1 zu entrichten hat, sowie die Folgen der Nichtausübung dieses Rechts;

b) die Mindestlaufzeit des Fernabsatzvertrages, wenn dieser die Erbringung einer dauernden oder regelmäßig wiederkehrenden Finanzdienstleistung zum Inhalt hat;

c) Angaben zum Recht der Parteien, den Fernabsatzvertrag vorzeitig oder einseitig aufgrund der Vertragsbedingungen zu kündigen, einschließlich aller Vertragsstrafen, die in einem solchen Fall auferlegt werden;

d) praktische Hinweise zur Ausübung des Widerrufsrechts darunter Angabe der Anschrift, an die die Mitteilung über den Widerruf zu senden ist;

e) den oder die Mitgliedsstaaten, dessen bzw. deren Recht der Anbieter der Aufnahme von Beziehungen zum Verbraucher vor Abschluss des Fernabsatzvertrages zugrunde legt;

f) Vertragsklausel über das auf den Vertrag anwendbare Recht und/oder über das zuständige Gericht;

g) Angaben darüber, in welcher Sprache oder in welchen Sprachen die

Vertragsbedingungen und die in diesem Artikel genannten Vorabinformationen mitgeteilt werden, sowie darüber, in welcher Sprache oder in welchen Sprachen sich der Anbieter verpflichtet, mit Zustimmung des Verbrauchers die Kommunikation während der Laufzeit dieses Vertrages zu führen;

Nr. 4 betreffend den Rechtsbehelf

a) Angaben darüber, ob der Verbraucher, der Vertragspartei ist, Zugang zu einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren hat, und gegebenenfalls die Voraussetzungen für diesen Zugang;

b) Angaben über das Bestehen eines Garantiefonds oder anderer Entschädigungsregelungen, die nicht unter die Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme und die Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung von Anlegern fallen.

Art. 5 Abs. 1 schreibt demgegenüber als Informationspflicht nur vor, dass dem Verbraucher alle Vertragsbedingungen übermittelt werden müssen.

(2.) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Informationspflichten bezieht sich gemäß Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art 5 Abs. 1 auf den Vertriebsweg des Fernabsatzes, also den Fall, dass ein Versicherungsvertrag als Fernabsatzvertrag⁴⁹² geschlossen wird. Soweit Versicherungsverträge in den Agenturen der Versicherungsvertreter oder beim Versicherungsnehmer anlässlich eines Vertreterbesuchs angebahnt oder abgeschlossen werden, fallen diese aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie heraus, weswegen hier eine europarechtliche Pflicht zur Erteilung der vorstehenden Informationen nicht besteht.

(3.) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Informationspflichten erstreckt sich gemäß Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 auf Verbraucher, worunter gemäß Art. 2 lit. d jede natürliche Person zu verstehen ist, die bei Fernabsatzverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind. Versicherungsnehmern, die keine Verbraucher sind, müssen demnach die Informationen nicht erteilt werden.

⁴⁹² Gemäß Art. 2 lit a der RL 2002/65/EG ist ein Fernabsatzvertrag ein zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher geschlossener, Finanzdienstleistungen betreffender Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Anbieters geschlossen wird, wobei dieser für den Vertrag bis zum und einschließlich des Abschlusses *ausschließlich* ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet.

(4.) Zeitpunkt der Informationserteilung

Die in Art. 3 vorgeschriebenen Informationen sind gemäß Abs. 1 zur Verfügung zu stellen, „rechtzeitig bevor der Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein Angebot gebunden ist“. Diese Anforderungen werden in Art. 5 Abs. 1 hinsichtlich der Informationen des Art. 3 Abs. 1 wiederholt und für die in Art. 5 Abs. 1 vorgesehene Mitteilung der Vertragsbedingungen ebenfalls vorgeschrieben⁴⁹³. Fraglich ist, wie dieses Merkmal auszulegen ist.

Bei wörtlicher Auslegung kommt es darauf an, dass die Informationen rechtzeitig vor einer Bindung des Versicherungsnehmers erteilt werden. Zweifelhaft ist, wann eine solche Bindung eintritt. Die Richtlinie selbst enthält keine Bestimmungen über den Vertragsschluss, weswegen die Bindung des Versicherungsnehmers nach der deutschen Rechtsgeschäftslehre zu beurteilen ist.

Mit Blick auf eine Bindung durch ein Angebot gilt Folgendes: Mit einem Angebot kann der Versicherer den Versicherungsnehmer nicht einseitig binden, weswegen es insoweit nur auf einen Antrag des Versicherungsnehmers ankommen kann. Soweit diesem kein Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 VVG zusteht, ist er mit dem Zugang seines Angebots im Rahmen der §§ 145 ff BGB gebunden, weswegen vorher die Informationen erteilt werden müssen. Besteht demgegenüber ein Widerrufsrecht, ist eine Bindung an sein Angebot ausgeschlossen⁴⁹⁴, weswegen es bei wörtlichem Verständnis des Richtlinienwortes auch denkbar wäre, die Informationen noch nach Zugang des Angebots zu erteilen.

In jedem Fall tritt eine Bindung durch den Versicherungsvertrag mit seinem Zustandekommen ein. Dies würde in zeitlicher Hinsicht bedeuten, dass die Informationen, unabhängig davon, von wem der Antrag ausgeht, spätestens unmittelbar vor dem Zugang der Annahmeerklärung zu erteilen sind.

Soweit daher mit Blick auf die Bindung durch ein Angebot oder durch einen Vertrag eine Information des Versicherungsnehmers noch nach der Abgabe seiner Vertragserklärung in Frage kommt, erscheint es zweifelhaft, ob dies von der Richtlinie beabsichtigt ist. Ein solches Richtlinienverständnis würde nämlich nicht dem Zweck der vorvertraglichen Informationspflichten gerecht. Erwägungsgrund 21 der Richtlinie sieht den Zweck der Vorabinformation darin, dass der Verbraucher die angebotene Finanzdienstleistung beurteilen und in Kenntnis aller Umstände seine Entscheidung treffen kann. Er soll also eine informierte Entscheidung treffen, damit er, wie auch in Erwägungsgrund 3 vorgesehen, sich

⁴⁹³ Eine Ausnahme in zeitlicher Hinsicht sieht Art. 5 Abs. 2 der RL 2002/65/EG vor, wonach in den Fällen, in denen der Vertrag auf Ersuchen des Verbrauchers mittels eines Fernkommunikationsmittels geschlossen wird, das die Vorlage der Vertragsbedingungen sowie der entsprechenden Informationen nach Abs. 1 nicht gestattet, der Anbieter der Informationserteilung unverzüglich nach Abschluss des Fernabsatzvertrages nachkommt. Diese Ausnahme hat in erster Linie für den, hier nicht weiter erörterten, Vertrieb von Versicherungen im Fernabsatz von Bedeutung und bleibt daher im Folgenden außer Betracht.

⁴⁹⁴ Vgl. oben unter C. I. 2. a. dd. (2.).

für eine Leistung entscheiden kann, die seinen Bedürfnissen am meisten entspricht. Eine solche Entscheidung trifft der Verbraucher aber vor Abgabe seiner Willenserklärung, weswegen er vorher die Informationen erhalten muss⁴⁹⁵. Fraglich ist insoweit, welche Bedeutung dem Merkmal „rechtzeitig bevor“ zukommt. Bei wörtlichem Verständnis lässt sich dem Merkmal „rechtzeitig bevor“ lediglich entnehmen, dass die Informationen „zum richtigen Zeitpunkt, so dass es noch früh genug ist“ bzw. „pünktlich, ehe es zu spät ist“ zur Verfügung zu stellen sind⁴⁹⁶. Zweifelhaft ist aber, wann eine Information zum richtigen Zeitpunkt bzw. pünktlich erfolgt.

Die Richtlinie selbst macht keine weiteren Ausführungen zu der Bedeutung des Merkmals „rechtzeitig bevor“. Anhaltspunkte hierfür könnten sich jedoch aus einer systematischen Richtlinienauslegung im Vergleich mit der RL 2006/73/EG⁴⁹⁷ ergeben. Diese Richtlinie verpflichtet Wertpapierfirmen unter anderem in Art. 29 dazu, verschiedenen Informationspflichten nachzukommen, welche „rechtzeitig“ vor der Bindung an einen Vertrag bzw. vor der Erbringung einer Dienstleistung zu erfüllen sind. In Erwägungsgrund 48 der Richtlinie heißt es zu der Bedeutung des Merkmals „rechtzeitig“:

„Um festzustellen, was die rechtzeitige Erteilung einer Information vor einem in dieser Richtlinie genannten Zeitpunkt ausmacht, sollte eine Wertpapierfirma unter Berücksichtigung der Dringlichkeit und der Zeit, die der Kunde für die Aufnahme der betreffenden Information und die Reaktion darauf benötigt, dem Umstand Rechnung tragen, dass der Kunde vor seiner Anlageentscheidung genügend Zeit benötigt, um die Informationen zu lesen und zu verstehen. Wahrscheinlich wird ein Kunde für die Überprüfung einer Information über ein Produkt oder eine Dienstleistung mit standardisierten Merkmalen oder über ein Produkt oder eine Dienstleistung, das bzw. die er schon einmal erworben hat, weniger Zeit benötigen, als für ein komplexes oder weniger vertrautes Produkt oder eine entsprechende Dienstleistung.“

Erwägungsgrund 48 der Richtlinie stellt für die Bestimmung des Merkmals „rechtzeitig“ darauf ab, wie lange der Kunde zum Lesen und Verstehen der Informationen braucht, wobei insoweit zum einen auf die Einfachheit oder Komplexität des angebotenen Produktes bzw. der angebotenen Dienstleistung und zum anderen auf die Erfahrungen des Kunden Bezug genommen wird. Übertra-

⁴⁹⁵ Vgl. *Knöfel*, ZGS 2004, S. 182 (183f); *Schneider*, S. 245 und 266; *ders.*, VersR 2004, S. 696.

⁴⁹⁶ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/52 zu § 7 Abs. 1 VVG.

⁴⁹⁷ Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABl. L 241 vom 2.9.2006, S. 26.

gen auf den Versicherungssektor käme es demnach darauf an, ob ein Versicherungsprodukt einfacher und standardisierter oder komplexer Natur ist und ob der Versicherungsnehmer den Umgang mit Versicherungsprodukten gewohnt ist oder nicht.

Für eine solche Auslegung spricht, dass sie den Umständen Rechnung trägt, die bei einer *tatsächlichen* Kenntnisnahme der Informationen relevant sind. Es liegt auch nahe, darauf abzustellen, dass einfache Produkte schneller als komplexe Produkte zu verstehen sind und dies einem erfahrenen Versicherungsnehmer leichter fällt als einem Laien. Im Falle einer rechtzeitigen Überlassung, die zu einer tatsächlichen Kenntnisnahme führt, könnten die Informationen auch ihren Zweck erreichen, eine informierte Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Dennoch sind Bedenken gegen eine solche produktbezogene Auslegung unter Berücksichtigung individueller Fertigkeiten vorzubringen.

Zunächst stellt sich die Frage, wann ein Versicherungsprodukt einfach oder komplex ist. Die grundlegenden Probleme im Umgang mit Versicherungsprodukten, unter anderem die gesetzesähnliche Sprache der AVB und die fehlenden Kenntnisse des Versicherungsnehmers über das Versicherungswesen, bestehen sowohl bei standardisierten und damit vermeintlich einfachen Produkten ebenso wie bei weniger standardisierten Produkten. An das Kriterium der Einfachheit infolge von Standardisierung anzuknüpfen, liefe daraus hinaus, die Einfachheit aus dem Blickwinkel des Anbieters zu beurteilen, für den standardisierte Produkte leichter zu handhaben sind als solche, die individuell zugeschnitten sind. Auf diese Perspektive kann es jedoch nicht ankommen, da der Adressat der Informationen der Versicherungsnehmer ist. Er ist es überdies, der die Informationen verarbeiten muss. Wie lange er hierfür braucht, lässt sich objektiv nicht einschätzen, denn es ist in erster Linie seine persönliche Entscheidung, wie eingehend er sich mit den erteilten Informationen auseinandersetzt und wann er meint, eine informierte Entscheidung treffen zu können. Damit ist auch der entscheidende Punkt angesprochen: Der Schutz des Versicherungsnehmers durch Erteilung von Informationen nach dem Konzept des „Informationsmodells“ hängt in seiner Effektivität davon ab, ob und in welchem Umfang er diese zur Kenntnis nimmt. In den Ausführungen in Erwägungsgrund 48 der Richtlinie 2006/73/EG wird zwar von einer tatsächlichen Kenntnisnahme wie selbstverständlich ausgegangen. Dabei wird jedoch außer Betracht gelassen, dass eine tatsächliche Kenntnisnahme und damit ein Informationserfolg bei dem Schutzkonzept des „Informationsmodells“ nicht selbstverständlich ist und auch nicht sicher erreicht werden kann, da eine zwangsweise Information nicht möglich ist. Die Erteilung von Informationen bietet lediglich eine Hilfe zum Selbstschutz und erfordert eine Mitwirkung vom Empfänger. Dies entspricht letztlich dem tradierten europäischen Verbraucherleitbild, wonach der Verbraucher darüber entscheiden

kann, ob und inwieweit er erteilte Informationen zur Kenntnis nimmt⁴⁹⁸.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich gerade im von der RL 2002/65/EG geregelten Fernabsatz von Finanzdienstleistungen der Versicherer gar nicht zuverlässig kontrollieren kann, wann der Versicherungsnehmer die Informationen erhält und ob er vor der Abgabe seiner Willenserklärung genug Zeit hatte, diese vollständig zu lesen. Zu denken ist etwa an den Vertrieb von Versicherungen über das Internet, wo auf einer Seite die vorvertraglichen Informationen zur Verfügung stehen und der Versicherungsnehmer mit einem Klick auf die nächste Seite unmittelbar zur Abgabe seiner Vertragserklärung übergehen kann. Sinnvollerweise kann es nur darauf ankommen, dass sich der Versicherungsnehmer entscheiden kann, ob und wie viel Zeit er sich nimmt, um die Informationen zur Kenntnis zu nehmen.

Vor diesem Hintergrund ist die Information rechtzeitig, wenn sie dem Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Willenserklärung so zur Verfügung gestellt wird, dass er sich frei von äußerem Druck zur Kenntnisnahme entscheiden kann. Erforderlich hierfür ist, dass ihr Zweck verdeutlicht und dem Kunden ermöglicht wird, sich diese in Ruhe anzuschauen und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt seine Willenserklärung abzugeben⁴⁹⁹.

(5.) Form der Informationserteilung

Hinsichtlich der Form der zu erteilenden Informationen sieht Art. 5 Abs. 1 Papierform vor bzw., dass die Informationen auf einem anderen dauerhaften Datenträger⁵⁰⁰ übermittelt werden, der dem Verbraucher zur Verfügung steht und zu dem er Zugang hat.

dd. Grenzen für die Umsetzung der Richtlinienvorgaben

Fraglich ist, inwieweit den vorgenannten Richtlinien Grenzen für ihre Umsetzung immanent sind, die insbesondere im Sinne einer „Vollharmonisierung“ einer „inhaltlichen Übererfüllung“⁵⁰¹ der Richtlinienvorgaben entgegenstehen.

(1.) RL 92/49/EWG

Die RL 92/49/EWG sieht ausdrücklich keine Bestimmung vor, die einer weitergehenden Regelung von Informationspflichten im Bereich der Schadensversicherung oder einer Umsetzung der normierten Informationspflichten über den persönlichen Anwendungsbereich der natürlichen Personen hinaus entgegen-

⁴⁹⁸ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (4.).

⁴⁹⁹ Vgl. *Schneider*, S. 266f.

⁵⁰⁰ Art. 2 lit. f der RL 2002/65/EG bestimmt, dass ein dauerhafter Datenträger jedes Medium ist, das es dem Verbraucher gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Information angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht.

⁵⁰¹ Vgl. oben unter C. III. 2. d. aa.

steht. Andererseits wird eine weitergehende Regelung auch nicht ausdrücklich erlaubt⁵⁰². Da die Richtlinie nur wenige Informationspflichten vorsieht und damit das Problem der gestörten Vertragsparität zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer nur in geringem Umfang ausgleicht, zugleich aber gemäß Erwägungsgrund 3 der Richtlinie ein angemessener Schutz der Versicherungsnehmer gewährleistet werden soll, ist davon auszugehen, dass die Richtlinie weitergehenden mitgliedstaatlichen Regelungen nicht entgegensteht⁵⁰³.

(2.) RL 2002/83/EG

Fraglich ist, inwieweit die RL 2002/83/EG weitergehenden Informationspflichten entgegensteht. Einerseits heißt es in Erwägungsgrund 52 zu den Informationspflichten, insoweit seien *Mindest*vorschriften zu koordinieren. Ebenso spricht Art. 36 Abs. 1 davon, dem Versicherungsnehmer seien *mindestens* die in Anhang III A aufgeführten Angaben mitzuteilen. Zudem heißt es in der Erklärung für das EG-Ratsprotokoll Nr. 2 zu Art. 31 der Richtlinie 92/96/EWG, der mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG identisch ist, die Versicherungsnehmer seien umfassend über die Art der Verpflichtung, die sie einzugehen beabsichtigen, zu informieren⁵⁰⁴. Andererseits bestimmt Art. 36 Abs. 3, der Mitgliedsstaat der Verpflichtung könne von den Versicherungsunternehmen nur dann die Vorlage von Angaben zusätzlich zu den in Anhang III genannten Auskünften verlangen, wenn diese für das tatsächliche Verständnis der wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice notwendig sind. Hinsichtlich der Zulässigkeit weitergehender Informationspflichten offenbart sich zwischen Art. 36 Abs. 1 und Erwägungsgrund 52 einerseits und Art. 36 Abs. 3 andererseits ein Spannungsverhältnis, das im Wege der Auslegung aufzulösen ist.

(a.) Art. 36 Abs. 3 als Schrankenregelung

Mit Blick auf Art. 36 Abs. 3 wird in der Literatur weitgehend davon ausgegangen, die Richtlinie sei grundsätzlich abschließender Natur und weitergehende Angaben bedürften einer Rechtfertigung, ohne dass jedoch näher auf die in Art. 36 Abs. 3 genannten Kriterien eingegangen wird⁵⁰⁵. Soweit es demgegenüber in

⁵⁰² Zutreffend weist S. Hoffmann, S. 159f darauf hin, dass entgegen Bach, in: FS Lorenz 1994, S. 45 (55) die Zulässigkeit weitergehender Regelungen nicht aus Erwägungsgrund 8 der RL 92/96/EWG, der mit Erwägungsgrund 28 der RL 2002/83/EG identisch ist, folgt, wonach die Herkunftsmitgliedstaaten eines Versicherers strengere Regelungen für Versicherungsunternehmen erlassen können. Die Regelung der Verbraucherinformationen ist gemäß Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie nämlich Angelegenheit der Tätigkeitsstaaten, in denen ein Versicherungsunternehmen am Markt auftritt.

⁵⁰³ Vgl. im Ergebnis ebenso: S. Hoffmann, S. 160; Ihle, S. 111; Müller, Rn. 861; Osing, S. 101; Präve, in: Prölss, § 10a, Rn. 3; ders., VW 1994, S. 556, ders. VW 1993, S. 181; Reich/Micklitz, S. 817.

⁵⁰⁴ Zitiert nach Präve, VW 1993, S. 181.

⁵⁰⁵ Vgl. teils zu dem mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG identischen Art. 31 Abs. 3 der RL 92/96/EWG: H. Herrmann, DZWIR 2004, S. 45 (49); Müller, Rn. 860; Osing, S. 100f; Präve, in:

der Literatur teilweise auch heißt, die Richtlinie sei nicht abschließender Natur, weitergehende Informationspflichten seien jedoch nur unter den Voraussetzungen des Art. 36 Abs. 3 zulässig⁵⁰⁶, ist in der Sache nichts anderes gemeint. Entscheidend ist allein, dass Art. 36 Abs. 3 der Begründung weitergehender Informationspflichten Grenzen setzt, insoweit also als Schrankenregelung fungiert. Es stellt sich daher die Frage, wie die dort genannten Kriterien auszulegen sind.

(b.) Rechtsprechung des EuGH

Anhaltspunkte für die Auslegung des Art. 36 Abs. 3 ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH. In seinem Urteil vom 5. März 2002 (Fall „Axa Royale“)⁵⁰⁷ hat der EuGH zu der Bedeutung des Art. 31 Abs. 3 der RL 92/96/EWG, der wortgleichen Vorgängerregelung zu Art. 36 Abs. 3 RL 2002/83/EG, Stellung genommen. Dem Verfahren lag ein Vorabentscheidungsersuchen des „Cour d’appel des Bruxelles“ zugrunde, mit dem das Gericht wissen wollte, ob eine belgische Regelung, wonach Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss darüber aufzuklären waren, dass die Kündigung, die Herabsetzung oder der Rückkauf eines laufenden Lebensversicherungsvertrages im Hinblick auf den Abschluss eines anderen Lebensversicherungsvertrages für den Versicherungsnehmer im allgemeinen nachteilig ist, mit der Richtlinie 92/96/EWG zu vereinbaren sei.

Der EuGH führt in seinem Urteil aus, dass die belgische Regelung, welche über die in der Richtlinie vorgesehenen Informationspflichten hinausgeht, an Art. 31 Abs. 3 der RL zu messen sei. Sie müsse daher unter Berücksichtigung des Wortlauts von Art. 31 Abs. 3, des Anhangs II⁵⁰⁸ und des Erwägungsgrundes 23 der Richtlinie⁵⁰⁹ klar, genau und für das tatsächliche Verständnis der wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice durch den Versicherungsnehmer notwendig sein⁵¹⁰. Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe mit Art. 31 den Erlass weitergehender Regelungen durch die Mitgliedsstaaten beschränken wollen, um zu verhindern, dass die Auswahl der im Rahmen eines einheitlichen Versicherungsmarktes angebotenen Versicherungsprodukte ungerechtfertigt eingeschränkt werde⁵¹¹.

Vor diesem Hintergrund gelangt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständliche belgische Regelung nicht mit der RL 92/96/EWG zu vereinbaren sei. Zur Begründung stellt das Gericht zum einen auf die unzureichende Be-

Prölss, § 10a, Rn. 4. *ders.*, *VersR* 2008, S. 151; *ders.*, *NVersZ* 2000, S. 201 (203); *ders.*, *VW* 1994, S. 556; *ders.*, *VW* 1993, S. 181; *Reich/Micklitz*, S. 818.

⁵⁰⁶ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 161; *Roth*, in: *BK*, europ. *VersR*, Rn. 117, jeweils zu Art. 31 Abs. 3 der RL 92/96/EWG.

⁵⁰⁷ EuGH, *Urt. v. 5.3.2002 -Rs. C-386/00, Slg. 2002, I-2209-Axa Royale*.

⁵⁰⁸ Identisch mit Anhang III der RL 2002/83/EG.

⁵⁰⁹ Identisch mit dem bereits erwähnten Erwägungsgrund 52 der RL 2002/83/EG.

⁵¹⁰ Vgl. EuGH, *Urt. v. 5.3.2002 -Rs. C-386/00, Slg. 2002, I-2209, Rn. 22-24-Axa Royale*.

⁵¹¹ Vgl. EuGH, *Urt. v. 5.3.2002 -Rs. C-386/00, Slg. 2002, I-2209, Rn. 23-Axa Royale*.

stimmtheit der belgischen Regelung ab und zum anderen darauf, dass sie im Ergebnis dem Zweck der Richtlinie zuwiderlaufe. Im Einzelnen heißt es, dass der streitige Hinweis nicht zwischen den drei in ihm angesprochenen Möglichkeiten für die Beendigung eines Versicherungsvertrages, nämlich der Kündigung, der Herabsetzung oder des Rückkaufs unterscheide und nicht präzisiere, welche Nachteile sich für den Versicherungsnehmer konkret ergeben können. Er nenne auch keine Kriterien oder Hilfsmittel, anhand derer der Versicherungsnehmer prüfen könne, ob die Wahrnehmung der Möglichkeiten, die sich ihm bieten, nachteilige Folgen habe oder nicht. Ein derart allgemein und vage gehaltener Hinweis sei daher kaum geeignet, den Versicherungsnehmer über die zutreffende Auswahl aufzuklären, und könne ihn, da er allein auf die Nachteile infolge einer Kündigung, einer Herabsetzung oder eines Rückkaufs hinweist, eher von der Beendigung eines laufenden Vertrages abhalten, obwohl sich der Abschluss eines neuen Vertrages in Wirklichkeit als vorteilhaft herausstellen könnte. Damit drohe der streitige Hinweis außerdem dem mit Artikel 31 der Richtlinie verfolgten Ziel zuwiderzulaufen, das ihren Begründungserwägungen zufolge darin besteht, dem Versicherungsnehmer die Informationen zu verschaffen, die er benötigt, um den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen und dadurch die ihm zur Verfügung stehende größere Auswahl von Verträgen im Rahmen eines einheitlichen Versicherungsmarktes voll nutzen zu können⁵¹². Ebenso wie die Literatur begreift somit auch der EuGH Art. 31 Abs. 3 der RL 92/96/EWG bzw. Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG als Schrankenregelung. Diese legt der EuGH im Hinblick auf den Zweck der Informationspflichten, eine Auswahlfreiheit der Versicherungsnehmer zu gewährleisten, weitgehend teleologisch aus⁵¹³. Entscheidend kommt es für den EuGH darauf an, dass weitergehende Informationspflichten hinreichend konkret und bestimmt sind⁵¹⁴ und dem Zweck dienen, eine Auswahlentscheidung zwischen den am Markt angebotenen Versicherungsprodukten zu ermöglichen⁵¹⁵. Die in Art. 36 Abs. 3 genannten „wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice“, auf die sich die Informationen beziehen müssen, betreffen folglich solche Aspekte, die für die Auswahlentscheidung von Bedeutung sind. Zum „tatsächlichen Verständnis“ dieser für die Auswahlentscheidung relevanten Gesichtspunkte tragen demnach nur solche Informationen bei, die, wie in Anhang III A formuliert, „eindeutig und detail-

⁵¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2002 –Rs. C-386/00, Slg. 2002, I-2209, Rn. 26-28-Axa Royale.

⁵¹³ Insoweit bietet die Entscheidung des EuGH ein typisches Beispiel für die besondere Bedeutung teleologischer Gesichtspunkte bei der Auslegung von Richtlinien. Vgl. insoweit *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, S. 529 (531); *Roth*, in: BK, europ. VersR, Rn. 78; *Schulze*, in: *Schulze* (Hrsg.), S. 9 (13).

⁵¹⁴ Vgl. auch *Ebers*, in: *VersWissStud* (26. Bd.), S. 123 (133), der in Bezug auf das Urteil des EuGH in erster Linie auf die notwendige Bestimmtheit weitergehender Informationen abstellt.

⁵¹⁵ Vgl. auch *H. Herrmann*, *DZWiR* 2004, S. 45 (49), der davon ausgeht, das Informationskonzept der Richtlinie habe eine höchstrichterliche Auslegung im Sinne von Markttransparenz gefunden.

liert“, also hinreichend bestimmt gefasst sind. „Notwendig“ sind weitergehende Informationen schließlich nur dann, wenn diese dem Zweck der Informationserteilung nicht zuwiderlaufen. Mit einem derartigen Verständnis des Art. 36 Abs. 3 lässt sich das in der Richtlinie angelegte Spannungsverhältnis in angemessener Weise auflösen.

(c.) Begrenzung der Schrankenregelung auf den Anwendungsbereich der Richtlinie

Nachdem die Schrankenregelung des Art. 36 Abs. 3 dem Grunde nach bestimmt worden ist, stellt sich die Frage, wie weit diese reicht. Mit Blick auf den persönlichen und sachlichen Regelungsbereich der RL 2002/83/EG ist davon auszugehen, dass die Vorgaben des Art. 36 Abs. 3 hierüber nicht hinausreichen, da die Richtlinie nur innerhalb ihres Anwendungsbereiches verbindlich sein kann.

(d.) Verhältnis zur RL 2002/65/EG

Soweit die Schrankenregelung des Art. 36 Abs. 3 sich auf den persönlichen und sachlichen Regelungsbereich der RL 2002/83/EG bezieht, stellt sich des Weiteren die Frage, wie sich die weitergehenden Informationspflichten der RL 2002/65/EG hierzu verhalten. Innerhalb ihres persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen an Verbraucher stellt die RL 2002/65/EG die speziellere Regelung dar, weswegen die hier vorgesehenen Informationspflichten nicht an Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG zu messen sind. Vielmehr sind im Fernabsatz von Lebensversicherungen an Verbraucher die Informationen der Richtlinie 2002/83/EG als auch der Richtlinie 2002/65/EG zu erteilen.

Im Bereich des Fernabsatzes von Lebensversicherungen an Nichtverbraucher und außerhalb des Fernabsatzes müsste demgegenüber eine Regelung weitergehender Informationspflichten, die denen der Richtlinie 2002/65/EG entsprechen, an Art. 36 Abs. 3 gemessen werden. Insoweit ist aber zu berücksichtigen, dass die RL 2002/65/EG mit ihren Informationspflichten, ebenso wie die RL 2002/83/EG, den Zweck verfolgt, eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen⁵¹⁶, ohne dass zu erkennen wäre, dass die in der RL 2002/65/EG genannten Informationen alleine spezifischen Besonderheiten des Fernabsatzes an Verbraucher Rechnung tragen. Folglich ist im Wege einer teleologisch-systematischen Auslegung beider Richtlinien davon auszugehen, dass Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG einer Normierung von den in der RL 2002/65/EG vorgesehenen Informationspflichten außerhalb ihres Anwendungsbereiches, aber innerhalb des Anwendungsbereiches der RL 2002/83/EG, nicht entgegensteht. Es entbehrte nämlich einer sachlichen Rechtfertigung, weswegen im Bereich der Lebensver-

⁵¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund 21 der RL 2002/65/EG.

sicherung weitergehende Informationen der RL 2002/65/EG im Fernabsatz zu erteilen wären, um eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen, dies jedoch beim Vertrieb außerhalb des Fernabsatzes nicht der Fall sein dürfte.

(3.) RL 2002/65/EG

Schließlich ist zu untersuchen, inwieweit die RL 2002/65/EG der Normierung weitergehender Informationspflichten entgegensteht.

Für einen grundsätzlich abschließenden Charakter der Richtlinie spricht deren Erwägungsgrund 13, wonach einerseits ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet sein soll, andererseits aber die Mitgliedsstaaten in den harmonisierten Bereichen keine anderen Bestimmungen treffen dürfen, soweit die Richtlinie nichts anderes vorsieht. Die Richtlinienvorgaben werden daher als grundsätzlich abschließend im Sinne einer „Vollharmonisierung“ verstanden⁵¹⁷.

Etwas anderes sieht die Richtlinie jedoch in Art. 4 Abs. 2 vor, wonach die Mitgliedsstaaten strengere Bestimmungen über die Anforderungen an eine vorherige Auskunftserteilung aufrechterhalten oder erlassen können, wenn diese Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen. Damit steht die Richtlinie einer weitergehenden Regelung von Informationspflichten nicht entgegen, soweit diese im Übrigen mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren sind⁵¹⁸.

Von einer derartigen Vereinbarkeit ist gemäß Art. 4 Abs. 1 immer dann auszugehen, wenn andere gemeinschaftsrechtliche Vorschriften vorvertragliche Informationspflichten vorsehen, die über Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie hinausgehen⁵¹⁹. Die Mitgliedsstaaten können daher die Informationspflichten der RL 92/49/EWG und 2002/83/EG in Anwendungsbereich der RL 2002/65/EG zulässigerweise vorschreiben.

Fraglich ist aber, ob die Vorgaben der RL 2002/65/EG über den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus erstreckt werden dürfen. In Erwägungsgrund 29 heißt es, dass diese Richtlinie die Mitgliedsstaaten nicht daran hindere, ihren Schutz auf gemeinnützige Organisationen oder Personen auszuweiten, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, um Unternehmer zu werden.

Erwägungsgrund 29 kann zum einen so verstanden werden, dass er eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereiches über den des Verbrauchers hinaus nur insoweit zulässt, als gemeinnützige Organisationen und Personen, die Unter-

⁵¹⁷ Vgl. *Knöfel*, ZGS 2004, S. 182; *Rott*, BB 2005, S. 53; *Schneider*, S. 180f und 198; *ders.*, VersR 2004, S. 696 (697); *Ultsch*, S. 139.

⁵¹⁸ *Schneider*, S. 180 f weist darauf hin, dass das Konzept der Vollharmonisierung im Zuge des Richtlinienerlasses sehr umstritten war und die Regelung des Art. 4 Abs. 2, mit der in einem wesentlichen Punkt vom Konzept der Vollharmonisierung abgewichen wird, auf einen Kompromiss zurückzuführen sei.

⁵¹⁹ Vgl. hierzu auch die Erwägungsgründe 14 und 22 der RL 200/65/EG; *Schneider*, S. 199.

nehmer werden wollen, in den Schutzbereich einbezogen werden⁵²⁰. Zum anderen könnte der Erwägungsgrund aber auch so ausgelegt werden, dass er lediglich deklaratorisch bestimmt, dass der persönliche Anwendungsbereich über den des Verbrauchers hinaus erstreckt werden darf und daher *insbesondere auch* gemeinnützige Organisationen und Personen, die Unternehmer werden wollen, in den Schutzbereich aufgenommen werden dürfen⁵²¹.

Dafür, dass Erwägungsgrund 29 und somit die Richtlinie 2002/65/EG einer Erweiterung ihres persönlichen Anwendungsbereiches nicht entgegensteht, lässt sich bereits der Titel der Richtlinie anführen, die den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher regelt, sowie Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie, der ihren Anwendungsbereich in gleicher Weise bestimmt. Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass Regelungen über den Bereich von Fernabsatzgeschäften mit Verbrauchern hinaus, nicht getroffen werden sollten, weswegen der Richtlinie auch nicht der Zweck beigemessen werden kann, andere Personen von ihrem Schutz auszunehmen. Regelungen in Bezug auf diese Personenkreise liegen vielmehr außerhalb ihres Anwendungsbereichs⁵²². Zudem spricht auch der Regelungszweck der Richtlinie dagegen, ihren Schutz ausschließlich auf Verbraucher und die in Erwägungsgrund 29 genannten Personen zu begrenzen, denn den Erwägungsgründen 5 und 12 lässt sich das Ziel entnehmen, zum Schutze der Verbraucher einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen zu schaffen. Dem steht gerade nicht entgegen, wenn dieser Rechtsrahmen auch auf weitere Personen Anwendung findet⁵²³. Folglich ist Erwägungsgrund 29 nicht so zu verstehen, dass er einer Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereiches der Richtlinie entgegensteht⁵²⁴.

3. Bisherige Umsetzung

Die RL 92/49/EWG, 92/96/EWG bzw. später 2002/83/EG und 2002/65/EG sind nicht zum ersten Mal im Zuge der VVG-Reform in deutsches Recht umgesetzt worden. Ein Überblick über die bisherige Umsetzung der Richtlinien soll daher dazu beitragen, die mit der VVG-Reform eingetretenen Änderungen zu verdeutlichen.

a. Umsetzung der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG

Die RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. später 2002/83/EG wurden durch das Dritte Durchführungsgesetz/EWG zum VAG vom 21.7.1994⁵²⁵ in § 10a i.V.m.

⁵²⁰ Vgl. J. Hoffmann, WM 2006, S. 560 (562); Ultsch, S. 150.

⁵²¹ Vgl. Ultsch, S. 140, 148-150.

⁵²² Vgl. Schneider, S. 219; ders., VersR 2004, S. 696 (699).

⁵²³ Vgl. Ultsch, S. 149f.

⁵²⁴ Vgl. Ultsch, S. 151, der über die genannten Argumente hinaus auch auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie abstellt.

⁵²⁵ BGBl. I, S. 1630.

Anlage D VAG a.F. sowie in § 5a VVG a.F. umgesetzt.

Gemäß § 10a Abs. 1 und 2 VAG a.F. waren Versicherungsnehmern, soweit sie natürliche Personen sind, die in Anlage D Abschnitt I VAG a.F. niedergelegten Informationen vor Abschluss eines Versicherungsvertrages schriftlich mitzuteilen. Inhaltlich unterschied Abschnitt I Anlage D VAG a.F. zwischen Informationen, die in allen Versicherungssparten, zusätzlich bei Lebensversicherungen und Unfallversicherungen mit Prämienrückgewähr sowie zusätzlich bei substitutiven Krankheitskostenversicherungen zu erteilen waren. Die Informationen mussten eindeutig formuliert, übersichtlich gegliedert und verständlich in deutscher Sprache oder der Muttersprache des Versicherungsnehmers abgefasst sein.

Auf Drängen der Versicherungswirtschaft, die eine vollständige Vorabinformation teilweise für unmöglich hielt, wurde im Gesetzgebungsverfahren auf Empfehlung des Finanzausschusses § 5a VVG a.F. in das VVG eingefügt⁵²⁶ und damit eine ergänzende Regelung zur Erfüllung der Informationspflichten geschaffen. § 5a VVG a.F. gewährte dem Versicherungsnehmer ein Widerspruchsrecht, wenn die Informationen des § 10a VAG a.F. nicht bei Antragsstellung übergeben wurden, so dass er nach überwiegender Ansicht das wirksame Zustandekommen des Versicherungsvertrages verhindern konnte⁵²⁷. Diese Umsetzung der Richtlinienvorgaben in § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. und § 5a VVG a.F. bot zu einigen Diskussionen Anlass, auf die im Überblick eingegangen werden soll:

aa. Rechtsnatur der Informationspflichten

Bereits im Gesetzgebungsverfahren war umstritten, ob die Informationspflichten wegen ihres gewerberechtlichen Charakters im Aufsichtsrecht des VAG⁵²⁸ oder, ob diese auf Grund ihrer vertraglichen Relevanz im VVG zu normieren seien⁵²⁹. Nach der Umsetzung im VAG setzte sich der Streit unter anderem bei der Frage fort, inwieweit die Verletzung der Informationspflichten Schadensersatzansprüche aus „culpa in contrahendo“ begründen könne. So wurde teilweise vertreten, dass die Informationspflichten öffentlichrechtlicher Natur seien⁵³⁰, andere stellten sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Pflichten trotz der Regelung im VAG (auch) zivilrechtlicher Natur seien⁵³¹. Die Bedeutung dieser Frage

⁵²⁶ Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 102 li. Sp.; Prölss, in: *P/M*, § 5a, Rn. 1; Renger, *VersR* 1994, S. 753 (754); Schwintowski, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 11 (19f); Wandt, *Verbraucherinformation*, S. 7-9.

⁵²⁷ Nach überwiegender Ansicht war der Versicherungsvertrag bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist schwebend unwirksam, vgl. oben unter C. I. 2. c.

⁵²⁸ Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung, in: BT-Drucks. 12/6959, S. 134 li. Sp.

⁵²⁹ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, in: BT-Drucks. 12/6959, S. 116 re. Sp.

⁵³⁰ So Bach, in: *FS Lorenz* 1994, S. 45 (67); E. Lorenz, *VersR* 1995, S. 616 (617); Präve, *VW* 1994, S. 556 (557); Renger, *VersR* 1994, S. 753 (756 und 758); Römer, S. 24; Schimikowski, *RuS* 1996, S. 1 (2); Werber, *ZVersWiss* 1994, S. 321 (340).

⁵³¹ So Dörner/Hoffmann, *NJW* 1996, S. 153 (157); S. Hoffmann, S. 169; Kieninger, *AcP* 199, S. 190 (215f); dies., *VersR* 1998, S. 5 (7); Präve, in: Prölss, § 10a, Rn. 85; Rehberg, S. 106; Reichert-Facilides, *VW* 1994, S. 561 (562); Schwintowski, in: *BK*, §5a, Rn. 9, ders., in: *Vers-*

wurde jedoch zum einen durch die Regelung des § 5a VVG a.F., der auf § 10a VAG a.F. Bezug nahm, relativiert. Das in § 5a VVG a.F. vorgesehene Widerspruchsrecht machte nämlich nach einer Formulierung von *E. Lorenz*⁵³² die Informationspflichten für das Versicherungsvertragsrecht „scharf“⁵³³. Zum anderen wurde weitgehend auch im Falle einer Qualifizierung der Informationspflichten als öffentlichrechtlich davon ausgegangen, dass parallele zivilrechtliche Informationspflichten aus § 242 BGB entwickelt werden könnten⁵³⁴.

bb. Anwendungsbereich der Informationspflichten

Die Informationspflichten des § 10a VAG a.F. waren nur gegenüber natürlichen Personen zu erteilen, weswegen die Bezeichnung der Informationen als „Verbraucherinformation“ in Anlage D Abschnitt I VAG a.F. insoweit missverständlich war. Obwohl die Vorgaben der RL 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG eine Beschränkung des Adressatenkreises im Bereich der Lebensversicherung nach der hier vertretenen Ansicht⁵³⁵ nicht vorsehen, ging der deutsche Gesetzgeber⁵³⁶ davon aus, die RL 92/96/EWG betreffe den Normalfall, dass eine natürliche Person einen Lebensversicherungsvertrag abschließe, weshalb eine Begrenzung des Adressatenkreises zulässig sei. Die Beschränkung des Adressatenkreises wurde in der Literatur teils für richtlinienkonform⁵³⁷, teils aber auch für richtlinienwidrig gehalten⁵³⁸. Darüber hinaus wurde diskutiert, inwieweit Personengesellschaften unter den Begriff der natürlichen Person fallen und daher zu informieren waren⁵³⁹. Unabhängig hiervon wurde die Beschränkung des Adressatenkreises auf natürliche Personen überwiegend für rechtspolitisch verfehlt gehalten, da die Abgrenzung zwischen natürlichen und juristischen Personen nicht sachgerecht sei⁵⁴⁰.

WissStud (2. Bd.), S. 11 (15-17); *Winkler von Mohrenfels*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 39 (45f).

⁵³² *VersR* 1995, S. 616 (617).

⁵³³ Vgl. *Dörner/Hoffmann*, *NJW* 1996, S. 153 (154); *S. Hoffmann*, S. 197; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 85; *Römer*, S. 24f; *Schwintowski*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 11 (17); *Schimikowski*, *RuS* 1996, S. 1 (3).

⁵³⁴ Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 1995, S. 616 (617); *Römer*, S. 25; *Schimikowski*, *RuS* 1996, S. 1 (2f); *Werber*, *ZVersWiss* 1994, S. 321 (341f).

⁵³⁵ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (3.).

⁵³⁶ Vgl. BT-Drucks. 12/6959, S. 55 re. Sp.

⁵³⁷ Vgl. *Osing*, S. 37f; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 92; *ders.*, *VW* 1993, S. 181 (182, Fn. 13); *ders.* *VW* 1995, S. 90 (91).

⁵³⁸ Vgl. *Bach*, in: *FS Lorenz* 1994, S. 45 (47); *Ihle*, S. 117f; *Schwintowski*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 11 (19); *ders.*, *VuR* 1996, S. 223 (231).

⁵³⁹ Vgl. *Osing*, S. 96; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 91; *ders.*, *VW* 1995, 90 (90f); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 13; *Schimikowski*, *RuS* 1996, S. 1 (2); *Schirmer*, *VersR* 1996, S. 1045 (1046 und 1049); *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 12.

⁵⁴⁰ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 12; *Ihle*, S. 118; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 13; *Schwintowski*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 11 (19); *Werber*, in: *FS Baumann*, S. 359 (365f).

cc. Zeitpunkt der Informationserteilung

In zeitlicher Hinsicht schrieb § 10a VAG a.F. vor, dass der Versicherungsnehmer „vor Abschluss des Vertrages“ durch eine „Verbraucherinformation“ zu unterrichten ist, während es nach § 5a VVG a.F. darauf ankam, dass die Informationen „bei Antragsstellung“ erteilt werden. Die Formulierungen wurden übereinstimmend so verstanden, dass eine Übermittlung der Informationen vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu erfolgen hatte, soweit der Vertrag nicht nach dem „Policenmodell“ des § 5a VVG a.F. geschlossen wurde⁵⁴¹.

Wurde demgegenüber beim Vertragsschluss nach § 5a VVG a.F. verfahren, konnten die Informationen auch noch nach der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers erteilt werden. Inwieweit die Regelung des § 5a VVG a.F. richtlinienkonform war, wurde bis zuletzt kontrovers diskutiert⁵⁴². Auf Einzelheiten dieser Diskussion wird im Rahmen der Erörterung denkbarer Vertragsschlussmodelle näher eingegangen⁵⁴³.

dd. Form der Informationserteilung

(1.) Schriftform

Ferner stellte sich die Frage, inwieweit die Regelung des § 10a Abs. 2 VAG a.F., wonach die Informationen schriftlich zu erteilen waren, die Schriftform im Sinne des § 126 BGB meinte⁵⁴⁴. Die Diskussion wurde für den Fernabsatz mit der Umsetzung der RL 2002/65/EG durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004⁵⁴⁵ entschärft, da insoweit für die Informationserteilung Textform im Sinne des § 126b BGB zugelassen wurde⁵⁴⁶.

(2.). Notwendigkeit einer eigenständigen Informationsschrift

Aus der Formulierung des § 10a Abs. 1 VAG a.F., wonach der Versicherungsnehmer, wenn er eine natürliche Person ist, in einer „Verbraucherinformation“ über die für das Versicherungsverhältnis maßgeblichen Tatsachen und Rechte zu

⁵⁴¹ Vgl. VerBAV 1995, 283; *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (154); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (617f); *S. Hoffmann*, S. 194f; *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 3; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 50; *ders.*, VW 1995, S. 90 (92); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 24; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (2); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045; *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 23; *Werber*, ZVersWiss 1994, S. 321 (337f).

⁵⁴² Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); OLG Düsseldorf VersR 2001, 837 (839); *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (154); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (625f); *ders.*, VersR 1997, S. 773 (780f); *Osing*, S. 91; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 8; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (271); *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 5; *ders.*, in: VersWissStud (2. Bd.), S. 11 (21), *ders.*, VuR 1996, S. 223 (238).

⁵⁴³ Vgl. unten unter D. II. 1. d.

⁵⁴⁴ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 52-55 m.w.N.; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 19a m.w.N.; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 13.

⁵⁴⁵ BGBl. I, S. 3102.

⁵⁴⁶ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 54.

informieren ist, wurde teilweise der Schluss gezogen, dass eine gesonderte Informationsschrift zu übergeben sei, in der die vorgeschriebenen Informationen ohne Verweis auf andere Quellen enthalten sind⁵⁴⁷. Überwiegend wurde indes eine eigenständige Informationsschrift nicht für notwendig gehalten, insbesondere weil nach Anlage D Abschnitt I Nr. 1 c bestimmte Informationen nur dann zu erteilen waren, wenn keine AVB verwendet wurden⁵⁴⁸. Demnach konnten die Informationen auch in Antragsvordrucken oder in den AVB enthalten sein. Sie mussten aber als solche erkennbar sein⁵⁴⁹ und durften nicht so angeordnet werden, dass der Versicherungsnehmer Gefahr lief, sie zu übersehen oder misszuverstehen⁵⁵⁰.

ee. Inhaltliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben

Hinsichtlich der Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG bestand weitgehend⁵⁵¹ Einigkeit, dass die Richtlinien in Anlage D VAG a.F. ordnungsgemäß umgesetzt worden waren⁵⁵². Insbesondere, dass die in der RL 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG vorgesehenen nicht spartenspezifischen Informationspflichten auch auf den Bereich der Schadensversicherung erstreckt wurden, begegnete keinen Bedenken und wurde vielmehr ausdrücklich begrüßt⁵⁵³.

b. Umsetzung der RL 2002/65/EG

Während die RL 2002/65/EG durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004⁵⁵⁴ für das allgemeine Zivilrecht in den §§ 312 b ff BGB und in der BGB-InfoV umgesetzt worden ist, erfolgte für das Versicherungsvertragsrecht eine parallele Umsetzung in den §§ 48a ff VVG a.F.⁵⁵⁵. Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben für das Versicherungsrecht sollte nach den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers im Zuge der VVG-Reform erfolgen, jedoch wurde aufgrund von

⁵⁴⁷ Vgl. *Biagosch/Scherer*, VW 1995, 429.

⁵⁴⁸ Vgl. AG Hamburg VersR 2002, 874 (875); VerBAV 1995, 283 (284); *Bach*, in: FS Lorenz 1994, S. 45 (62f); *S. Hoffmann*, S. 191-193; *Osing*, S. 99f; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 56; *ders.*, VW 1995, S. 90.

⁵⁴⁹ Vgl. OLG Oldenburg VersR 2002, 1133 (1134); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 19a; *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 80.

⁵⁵⁰ Vgl. VerBAV 1995, S. 283 (284); *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 56; *Schwintowski*, VuR 1996, S. 223 (231).

⁵⁵¹ Vgl. aber *S. Hoffmann*, S. 187; *Osing*, S. 104 und *Präve*, VW 1995, S. 90 (94), die Anlage D Abschnitt I Nr. 1 e für richtlinienwidrig halten, da bei Zusatzversicherungen keine getrennte Prämienausweisung verlangt wird.

⁵⁵² Vgl. *Biagosch/Scherer*, VW 1995, S. 429 (430-435); *S. Hoffmann*, S. 170-190; *Osing*, S. 100-107; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 9-33; *Präve*, VW 1995, S. 90 (92-97); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 26-52a.

⁵⁵³ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 3; *ders.*, VW 1994, S. 556.

⁵⁵⁴ BGBl. I, S. 3102.

⁵⁵⁵ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 1.

Verzögerungen eine vorgezogene Umsetzung im alten VVG mit den §§ 48a ff VVG a.F. unumgänglich⁵⁵⁶. Die gesonderte Regelung im VVG hatte dabei zum Ziel, dass das VVG aus sich heraus verständlich und somit, auch im Interesse des Verbraucherschutzes, benutzerfreundlicher sein sollte⁵⁵⁷.

Gemäß § 48b Abs. 1 und 2 i.V.m. der Anlage zum VVG a.F. mussten dem Versicherungsnehmer grundsätzlich⁵⁵⁸ rechtzeitig vor dessen Bindung die in der Anlage zum VVG a.F. genannten Informationen sowie die AVB klar und verständlich in Textform zur Verfügung gestellt bzw. mitgeteilt werden. Bestimmte in der Anlage zum VVG a.F. enthaltene Angaben mussten überdies gemäß § 48b Abs. 4 VVG a.F. in einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Form mitgeteilt werden, soweit die Mitteilung nach § 48b Abs. 2 VVG a.F. durch Übermittlung der Vertragsbestimmungen einschließlich der AVB erfolgte.

aa. Anwendungsbereich der Informationspflichten

Der Anwendungsbereich der §§ 48a ff VVG a.F. war gemäß § 48a Abs. 1 VVG a.F. auf Fernabsatzverträge mit Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB⁵⁵⁹ beschränkt. Diese Einschränkung wurde in mehrfacher Hinsicht kritisiert: Zunächst wurde geltend gemacht, dass eine Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereiches auf Verbraucher außer Acht lasse, dass auch andere Versicherungsnehmer schutzwürdig seien⁵⁶⁰. Ferner wurde es für problematisch gehalten, dass der Vertrieb der Versicherer im Wege des Fernabsatzes mit unterschiedlichen Pflichten belastet wurde, denn wenn der Versicherungsnehmer kein Verbraucher war, waren diesem gegenüber die Vorgaben des § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. zu erfüllen⁵⁶¹. Schließlich wurde den Bestimmungen der RL 2002/65/EG ein Vorbildcharakter beigemessen, weswegen eine Harmonisierung der vorvertraglichen Informationspflichten unabhängig vom Vertriebsweg für wünschenswert gehalten wurde⁵⁶².

bb. Zeitpunkt der Informationerteilung

Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung, wonach dem Versicherungsnehmer „rechtzeitig vor dessen Bindung“ die Informationen zur Verfügung zu stellen waren, hat er in Anlehnung an die Vorgaben der Richtlinie gewählt⁵⁶³, wobei

⁵⁵⁶ Vgl. *Rott*, BB 2005, S. 53 (61); *Schneider*, VersR 2004, S. 696.

⁵⁵⁷ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 29 li. Sp.; *Rott*, BB 2005, S. 53 (54).

⁵⁵⁸ Eine Ausnahme für Vertragsschlüsse am Telefon und über sonstige Fernkommunikationsmittel, die eine Mitteilung in Textform vor Vertragsschluss nicht zulassen, sah § 48b Abs. 2 S. 2 VVG a.F. vor.

⁵⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 29 re. Sp.

⁵⁶⁰ Vgl. *Schneider*, VersR 2004, S. 696 (698); a.A. *Schimikowski*, ZfV 2005, S. 279 (280).

⁵⁶¹ Vgl. *Schimikowski*, ZfV 2005, S. 279 (280 und 281); *Schneider*, VersR 2004, S. 696 (698f).

⁵⁶² Vgl. *Ebers*, in: *VersWissStud* (26. Bd.), S. 123 (139); *Schimikowski*, ZfV 2005, S. 279 (281); *Schneider*, VersR 2004, S. 696 (696 und 701).

⁵⁶³ Vgl. BT-Drucks. 15/2949, S. 29 re. Sp.

er allein mit Blick auf das Kriterium „rechtzeitig“ ausführte, dass dieses Merkmal je nach Komplexität des angebotenen Vertrages unterschiedlich und auf den Einzelfall bezogen auszufüllen sei⁵⁶⁴. In der Literatur wurde die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung dahin ausgelegt, dass eine Information erfolgen müsse, bevor der Versicherungsnehmer eine verbindliche Willenserklärung abgibt⁵⁶⁵.

cc. Form der Informationserteilung

Indem der Gesetzgeber für die Informationserteilung in § 48b Abs. 2 VVG a.F. grundsätzlich die Textform vorschrieb, wurde für den Bereich des Fernabsatzes von Versicherungsverträgen an Verbraucher die im Hinblick auf die Informationen aus § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. um das Merkmal der schriftlichen Informationserteilung geführte Diskussion⁵⁶⁶ zugunsten der Textform entschieden⁵⁶⁷.

dd. Inhaltliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben

An der inhaltlichen Umsetzung der Richtlinienvorgaben in § 48b i.V.m. der Anlage zum VVG a.F. wurde, soweit ersichtlich, keine Kritik geäußert.

4. Umsetzung im neuen VVG

Die Vorgaben der RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG hat der deutsche Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. der VVG-InfoV umgesetzt. Der äußeren Form nach sind damit die Richtlinien in verbindliche Außenrechtsätze des VVG und der VVG-InfoV transformiert worden, weswegen insoweit den Anforderungen des EuGH an eine ordnungsgemäße Umsetzung Genüge getan ist.

Mit der Regelung der Informationspflichten sowohl im VVG als auch in einer eigenen Rechtsverordnung ist der Gesetzgeber dem Beispiel des BGB und der BGB-InfoV gefolgt. Er hat damit zum einen seiner Ankündigung bei der erstmaligen Umsetzung der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG, wonach im Zuge einer Gesamtreform des VVG die Regelung der vorvertraglichen Pflichten überdacht werden müsse⁵⁶⁸, Taten folgen lassen und die Informationspflichten aus dem Aufsichtsrecht des VAG herausgenommen. Sie sind mit ihrer Verankerung im

⁵⁶⁴ Vgl. BT-Drucks. 15/2949, S. 30 li. Sp.

⁵⁶⁵ Vgl. *Schneider*, VersR 2004, S. 696; *Schimikowski*, ZfV 2005, S. 279 (280), der jedoch auch einen Vertragsschluss nach § 5a VVG a.F. zulassen möchte. Ähnlich *Rott*, BB 2005, S. 53 (61f), wonach die Gesetzesformulierung das Policenmodell des § 5a VVG a.F. berücksichtige. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 5a VVG a.F. gemäß § 48c Abs. 6 VVG a.F. keine Anwendung fand, wenn dem Versicherungsnehmer ein Widerrufsrecht nach § 48c Abs. 1 VVG a.F. zustand.

⁵⁶⁶ Vgl. oben unter C. III. 3. a. dd. (1.).

⁵⁶⁷ Vgl. *Schneider*, VersR 2004, S. 696 (701).

⁵⁶⁸ Vgl. BT-Drucks. 12/6959, S. 134 li. Sp.

VVG nun unzweifelhaft zivilrechtlicher Natur⁵⁶⁹. Zum anderen hat er den im Zuge der erstmaligen Umsetzung der RL 2002/65/EG geäußerten Gedanken aufgegriffen, für die Informationspflichten eine eigene Verordnung zu schaffen⁵⁷⁰, so wie es auch die Reformkommission in ihrem Abschlussbericht angeregt hat⁵⁷¹.

Im Folgenden soll nach einem Überblick über die Neuregelung (unter a.) der sachliche (unter b.) und persönliche Anwendungsbereich der Informationspflichten (unter c.) untersucht werden, ehe auf deren inhaltlichen Vorgaben näher eingegangen wird (unter d.). Im Anschluss daran werden die Anforderungen an die Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten in zeitlicher (unter e.) und formaler Hinsicht (unter f.) näher betrachtet.

a. Überblick über die Neuregelung

§ 7 Abs. 1 VVG bestimmt, dass der Versicherer dem Versicherungsnehmer die Vertragsbestimmungen einschließlich der AVB sowie die in der nach Abs. 2 erlassenen Verordnung vorgesehenen Informationen rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in Textform mitteilt.

Welche Informationen in der VVG-InfoV geregelt werden können, hat der Gesetzgeber in der Verordnungsermächtigung des § 7 Abs. 2 VVG bestimmt. § 7 Abs. 2 S. 2 VVG nimmt ausdrücklich auf die RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG Bezug, so dass eine Umsetzung der dort vorgesehenen Informationspflichten in der VVG-InfoV unzweifelhaft von der Verordnungsermächtigung gedeckt ist. Weitergehende Pflichten können demgegenüber nur dann in der VVG-InfoV niedergelegt werden, wenn diese von der Verordnungsermächtigung des § 7 Abs. 2 S. 1 VVG umfasst sind. Insoweit setzen die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG dem Ordnungsgeber Grenzen für die Ausgestaltung der VVG-InfoV.

Hinsichtlich der vorvertraglichen Informationen unterscheidet die VVG-InfoV danach, ob diese in allen Versicherungszweigen (§ 1 VVG-InfoV), zusätzlich in der Lebensversicherung, der Berufunfähigkeitsversicherung und der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr (§ 2 VVG-InfoV) und zusätzlich in der Krankenversicherung (§ 3 VVG-InfoV) zu erteilen sind. Darüber hinaus sieht § 4 VVG-InfoV gegenüber Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB⁵⁷² die Erteilung eines Produktinformationsblattes vor. § 5 VVG-InfoV bestimmt, wie und welche Informationspflichten bei Telefongesprächen zu erfüllen sind.

⁵⁶⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 47 re. Sp.; *Leverenz*, Rn. 3/23; *Marlow/Spuhl*, S. 15; *Präve*, *VersR* 2008, S. 151.

⁵⁷⁰ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 30 li. Sp.

⁵⁷¹ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 12.

⁵⁷² Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 14, abgedruckt bei *Wehling/Präve*, unter VIII.

b. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Informationspflichten bezieht sich auf den Abschluss von Versicherungsverträgen mit Ausnahme solcher Verträge, welche die Deckung eines Großrisikos im Sinne des Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGVVG zum Gegenstand haben, § 7 Abs. 5 S. 1 VVG. Indem der Gesetzgeber den sachlichen Anwendungsbereich auf sämtliche Versicherungsverträge erstreckt hat, stellt sich die Frage, ob eine solche Regelung mit den Vorgaben der Richtlinien zu vereinbaren ist.

Anders als in den RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG vorgesehen, hat der deutsche Gesetzgeber⁵⁷³ deren Vorgaben nicht getrennt nach den jeweiligen Anwendungsbereichen der Richtlinien umgesetzt. Vielmehr hat er in § 1 VVG-InfoV Informationspflichten für sämtliche Versicherungszweige normiert und in den §§ 2 und 3 VVG-InfoV zusätzliche Informationen für verschiedene Versicherungssparten niedergelegt. Wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird, begründen daher die §§ 1-3 VVG-InfoV ein vereinheitlichtes Pflichtenprogramm, welches sich aus den verschiedenen Richtlinienvorgaben zusammensetzt. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine derartige „überschießende Umsetzung“⁵⁷⁴ der einzelnen Richtlinien entschieden. Insbesondere die umfangreichen Vorgaben der RL 2002/65/EG, welche unmittelbar nur für den Fernabsatz gelten, sollten seiner Ansicht nach nicht hierauf beschränkt bleiben, da der überwiegende Teil dieser Informationen für den Versicherungsnehmer unabhängig vom Vertriebsweg von Bedeutung sei⁵⁷⁵. Damit ist der Gesetzgeber zum einen den Vorschlägen der Reformkommission⁵⁷⁶ gefolgt und zum anderen gleich lautenden Forderungen aus der Literatur⁵⁷⁷ nachgekommen. Darüber hinaus ist er davon ausgegangen, dass es den Versicherern schwer fiele, bei der Informationserteilung zuverlässig danach zu unterscheiden, wie ein Vertrag zustande kommt⁵⁷⁸. Auch insoweit greift der Gesetzgeber einen Gedanken der Reformkommission⁵⁷⁹ auf und vermeidet die Probleme, die sich bei der Umsetzung der RL 2002/65/EG in den §§ 48a ff VVG a.F. mit unterschiedlichen Informationspflichten für verschiedene Vertriebswege ergaben⁵⁸⁰.

Die Frage, ob das vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzept für den sachlichen Anwendungsbereich der Informationspflichten richtlinienkon-

⁵⁷³ Im Hinblick auf die VVG-InfoV müsste richtigerweise auch vom Verordnungsgeber die Rede sein. Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird insoweit jedoch im Folgenden allein vom Gesetzgeber gesprochen, schließlich beruht die VVG-InfoV auf der vom Gesetzgeber erlassenen Verordnungsermächtigung des § 7 Abs. 2 VVG.

⁵⁷⁴ Vgl. oben unter C. III. 2. d. aa.

⁵⁷⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp. und S. 59 re. Sp.

⁵⁷⁶ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 11.

⁵⁷⁷ Vgl. Ebers, in: VersWissStud (26. Bd.), S. 123 (139); Schimikowski, ZfV 2005, S. 279 (281); Schneider, VersR 2004, S. 696 (696 und 701).

⁵⁷⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 re. Sp.

⁵⁷⁹ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 11.

⁵⁸⁰ Vgl. Schimikowski, ZfV 2005, S. 279 (280 und 281); Schneider, VersR 2004, S. 696 (698f).

form ist, muss anhand der Grenzen beurteilt werden, welche die Richtlinien einer weitergehenden Umsetzung setzen.

Die RL 92/49/EWG sieht ihrerseits nur Mindestvorgaben vor und steht daher einer weitergehenden Regelung von Informationspflichten in der Sachversicherung nicht entgegen⁵⁸¹. Ebenso steht die RL 2002/83/EG einer weitergehenden Regelung von Informationspflichten trotz der Schrankenregelung des Art. 36 Abs. 3 nicht entgegen, da diese bei einer teleologisch-systematischen Auslegung der RL 2002/83/EG und 2002/65/EG eine Erstreckung der Vorgaben der RL 2002/65/EG auf den sachlichen Anwendungsbereich der RL 2002/83/EG zulässt⁵⁸². Schließlich bestehen auch keine Bedenken, die Vorgaben der RL 92/49/EWG und 2002/83/EG auf den sachlichen Anwendungsbereich der RL 2002/65/EG auszudehnen, denn Art. 4 Abs. 1 dieser Richtlinie lässt Informationspflichten aus anderen Richtlinien unberührt⁵⁸³.

Im Ergebnis ist das vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzept einer überschießenden Richtlinienumsetzung über den sachlichen Anwendungsbereich der einzelnen Richtlinien hinaus europarechtskonform.

c. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Informationspflichten sind gemäß § 7 Abs. 1 VVG gegenüber sämtlichen Versicherungsnehmern zu erfüllen. Damit wird die im alten Recht vorgesehene Unterteilung der Informationsadressaten, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt, aufgegeben und die Frage, wer unter den Begriff der natürlichen Person fällt, wird für den Bereich der hier behandelten „Jedermann-Versicherung“ bedeutungslos. Der Gesetzgeber geht, im Anschluss an die Reformkommission⁵⁸⁴, davon aus, dass die Anknüpfung an die Rechtsform kein geeignetes Kriterium für die Schutzbedürftigkeit darstelle⁵⁸⁵. Zugleich folgt er damit entsprechender Kritik aus der Literatur an der bisherigen Rechtslage⁵⁸⁶.

Indem der Gesetzgeber den persönlichen Anwendungsbereich der Informationspflichten auf sämtliche Versicherungsnehmer erstreckt, setzt er die Vorgaben der RL 2002/65/EG überschießend um, da diese eine Informationserteilung nur gegenüber Verbrauchern vorsieht. Grund für die überschießende Umsetzung ist, dass nach Ansicht des Gesetzgebers eine Beschränkung der Informationspflichten auf Verbraucher nicht sachgerecht sei, da ansonsten insbesondere kleine Unternehmer und Freiberufler nicht zu informieren seien, obwohl diese ebenso wie Verbraucher schutzbedürftig seien. Damit folgt der Gesetzgeber einem gleich

⁵⁸¹ Vgl. oben unter C. III. 2. e. dd. (1.).

⁵⁸² Vgl. oben unter C. III. 2. e. dd. (2.) (d.).

⁵⁸³ Vgl. oben unter C. III. 2. e. dd. (3.).

⁵⁸⁴ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 12.

⁵⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁵⁸⁶ Vgl. *Ihle*, S. 118; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 13; *Schwintowski*, in: *VersWissStud* (2. Bd.), S. 11 (19); *Werber*, in: *FS Baumann*, S. 359 (365f).

lautenden Vorschlag der Reformkommission⁵⁸⁷ und gibt entsprechender Kritik aus der Literatur zur Umsetzung der RL 2002/65/EG in den §§ 48a ff VVG a.F.⁵⁸⁸ nach. Fraglich ist jedoch, ob diese Regelung richtlinienkonform ist.

Die RL 92/49/EWG strebt nur eine „Mindestharmonisierung“ an, weswegen sie einer Erstreckung der Informationspflichten auf andere als natürliche Personen nicht entgegensteht. Ebenso hindert die RL 2002/83/EG nicht eine weitergehende Regelung, da die dortigen Informationen nach der hier vorgenommen Auslegung⁵⁸⁹ ohnehin gegenüber sämtlichen Versicherungsnehmern zu erfüllen sind. Schließlich lässt auch die RL 2002/65/EG eine Informationserteilung gegenüber sämtlichen Versicherungsnehmern zu, denn die Richtlinie ist hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereiches nach der hier vertretenen Ansicht⁵⁹⁰ nicht abschließender Natur. Die Ausdehnung des Adressatenkreises ist somit richtlinienkonform.

d. Inhaltliche Anforderungen an die Informationserteilung

Im Folgenden werden die inhaltlichen Vorgaben von § 7 Abs. 1 und 2 VVG sowie §§ 1, 2 und 4 VVG-InfoV näher untersucht.

Ein Hauptaugenmerk der Untersuchung liegt dabei auf der Frage einer ordnungsgemäßen Umsetzung der RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG, da Verstöße nicht nur eine Änderung des VVG und der VVG-InfoV, sondern bis dahin auch eine richtlinienkonforme Auslegung bedingen können. Diese hätte ein Versicherer gegebenenfalls bei der Frage, wie er die vorgeschriebenen Informationspflichten vollständig und richtig zu erfüllen hat, zu berücksichtigen. Soweit einzelne Richtlinienvorgaben überschießend umgesetzt worden sind, läge zwar kein unmittelbarer Richtlinienverstoß vor⁵⁹¹, allerdings käme unter Umständen eine „quasirichtlinienkonforme“ Auslegung in Betracht⁵⁹², die ein Versicherer bei der Informationserteilung ebenfalls zu berücksichtigen hätte. Darüber hinaus wäre mit einer Änderung der Vorgaben zu den Informationspflichten auch außerhalb des jeweiligen Anwendungsbereiches der Richtlinien zu rechnen, wenn der Gesetzgeber das von ihm verfolgte Konzept einer vereinheitlichten Information konsequent beibehalten möchte.

Darüber hinaus ist im Hinblick auf einzelne Informationspflichten die Frage zu klären, ob § 7 Abs. 2 VVG als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der VVG-InfoV den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG entspricht und, ob die VVG-InfoV speziell im Hinblick auf den Kostenausweis in der Lebensversicherung

⁵⁸⁷ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 11f.

⁵⁸⁸ Vgl. *Schneider*, VersR 2004, S. 696 (698).

⁵⁸⁹ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (3.).

⁵⁹⁰ Vgl. oben unter C. III. 2. e. cc. (3.).

⁵⁹¹ Vgl. oben unter C. III. 2. d. aa.

⁵⁹² Vgl. oben unter C. III. 2. d. bb.

mit den Grundrechten des Versicherers zu vereinbaren ist. Soweit § 7 Abs. 2 VVG oder die VVG-InfoV nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wären die Ermächtigungsgrundlage⁵⁹³ sowie die hierauf aufbauenden Teile der VVG-InfoV⁵⁹⁴ bzw. die Verordnung selbst⁵⁹⁵ unwirksam und könnten daher mangels Verbindlichkeit für den Versicherer keine Pflicht zur Information begründen. Infolgedessen wäre auch ein Verstoß gegen die hiervon betroffenen Informationspflichten für den Versicherer ohne Bedeutung.

Im Folgenden konzentriert sich die Untersuchung somit auf diejenigen Pflichten, bei den Bedenken im Hinblick auf die Europarechtskonformität und die Verfassungsmäßigkeit bestehen. Darüber hinaus wird auf ausgewählte Informationspflichten eingegangen, die inhaltliche Besonderheiten aufweisen.

aa. §§ 7 Abs. 1 VVG und 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV

Gemäß §§ 7 Abs. 1 VVG und 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV sind dem Versicherungsnehmer die AVB einschließlich der Tarifbestimmungen mitzuteilen. Umgesetzt wird mit dieser Verpflichtung die Vorgabe des Art. 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG. Somit lässt sich diese Pflicht, die bereits im alten Recht in Nr. 1b Abschnitt I der Anlage D VAG a.F. schon vor der erstmaligen Umsetzung der RL 2002/65/EG normiert war, jetzt auf europarechtliche Vorgaben der RL 2002/65/EG zurückführen⁵⁹⁶. Somit steht Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG wegen der hier vertretenen teleologisch-systematischen Auslegung der RL 2002/83/EG und 2002/65/EG⁵⁹⁷ der Begründung dieser über den Pflichtenkatalog des Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A der RL 2002/83/EG hinausgehenden Informationspflicht nicht entgegen.

bb. § 1 Abs. 1 VVG-InfoV

§ 1 Abs. 1 VVG-InfoV regelt die Informationspflichten, die in allen Versicherungszweigen zu erfüllen sind. Diese untergliedern sich inhaltlich in Informationen zum Versicherer (Nr. 1 bis 5), Informationen zur angebotenen Leistung (Nr. 6 bis 11), Informationen zum Vertrag (Nr. 12 bis 18) sowie Informationen zum Rechtsweg (Nr. 19 und 20)⁵⁹⁸. Nachfolgend werden die Vorgaben von § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 5, 6b, 7, 8, 12 und 13 VVG-InfoV näher betrachtet.

⁵⁹³ Vgl. *Degenhart*, Rn. 331 und 336f; *Jarass*, in: *J/P*, Art. 80, Rn. 20.

⁵⁹⁴ Vgl. *Sannwald*, in: *S//H/H*, Art. 80, Rn. 53.

⁵⁹⁵ Vgl. *Degenhart*, Rn. 336f; *Jarass*, in: *J/P*, Art. 80, Rn. 20.

⁵⁹⁶ A.A. *Mönnich*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 2, Rn. 80, die im Hinblick auf die Richtlinie 2002/65/EG allein auf den in § 1 Abs. 1 Nr. 6 b VVG-InfoV umgesetzten Art. 3 Nr. 2 a der Richtlinie abstellt, dabei aber Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie außer Betracht lässt. Entgegen der Ansicht von *Mönnich* folgt eine Pflicht zur Übermittlung der AVB auch nicht aus Art. 36 i.V.m. Anhang III A der RL 2002/83/EG. Die AVB werden dort nicht erwähnt.

⁵⁹⁷ Vgl. oben unter C. III. 2. e. dd. (2.) (d.).

⁵⁹⁸ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 3f.

(1.) § 1 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV sind dem Versicherungsnehmer die Identität des Versicherers und der etwaigen Niederlassung, über die der Vertrag abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. Ebenfalls anzugeben sind das Handelsregister, bei dem der Rechtsträger eingetragen ist, sowie die zugehörige Registernummer. Umgesetzt werden hierdurch teils die Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 a und Nr. 1d der RL 2002/65/EG sowie von Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III Nr. a1 der RL 2002/83/EG, letztere jedoch nur insoweit, als Firma und Rechtsform der Gesellschaft mitzuteilen sind. Die weiteren Vorgaben, nämlich den Namen des Mitgliedsstaates, in dem sich der Hauptsitz und ggf. die Agentur oder Niederlassung befindet, die die Police ausstellt bzw. die entsprechende aus Art. 43 Abs. 2 der RL 92/49/EWG folgende Verpflichtung, den Mitgliedsstaat des Sitzes bzw. der Zweigniederlassung mit dem bzw. mit der der Vertrag abgeschlossen wird, mitzuteilen, sind weder in § 1 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV noch an anderer Stelle ausdrücklich umgesetzt worden. Die VVG-InfoV bleibt somit hinter den Anforderungen der Richtlinienvorgaben zurück, weswegen insoweit eine Anpassung erforderlich ist. Fraglich ist jedoch, ob sich die VVG-InfoV bis zu ihrer Änderung richtlinienkonform bzw. wegen des gesetzgeberischen Willens, ein vereinheitlichtes Informationsprogramm zu schaffen, „quasirichtlinienkonform“ auslegen lässt.

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 VVG-InfoV ist die ladungsfähige Anschrift des Versicherers mitzuteilen und jede andere Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung von Bedeutung ist. Diese Angaben lassen sich („quasi-“) richtlinienkonform so auslegen, dass die Anschriften um den Namen des Mitgliedsstaates zu ergänzen sind.

(2.) § 1 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV

Mitzuteilen sind die Identität eines Vertreters des Versicherers in dem Mitgliedsstaat der EU, in dem der Versicherungsnehmer seinen Wohnsitz hat, soweit es einen solchen Vertreter gibt, oder die Identität einer anderen gewerblich tätigen Person als dem Anbieter und deren Eigenschaft, in der sie tätig wird, soweit der Versicherungsnehmer geschäftlich mit ihr zu tun hat. Folge dieser Informationspflicht ist, dass neben einem obligatorischen Vertreter, wie demjenigen für die Schadensregulierung bei Ausübung der Versicherungstätigkeit im Dienstleistungsverkehr nach § 8 Abs. 2 PflVG⁵⁹⁹, auch die Identität von selbständigen Versicherungsvertretern, die in den Vertriebsprozess integriert sind, zu nennen ist⁶⁰⁰. Umgesetzt werden hier teils die Vorgaben von Art. 43 Abs. 3 der RL 92/49/EWG sowie von Art. 3 Abs. 1 Nr. 1b und Nr. 1c der RL

⁵⁹⁹ Vgl. *Schneider*, S. 248.

⁶⁰⁰ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 9; *Schneider*, S. 248.

(3.) § 1 Abs. 1 Nr. 3 VVG-InfoV

Dem Versicherungsnehmer müssen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 VVG-InfoV die ladungsfähige Anschrift des Versicherers und jede andere Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung zwischen dem Versicherer, seinem Vertreter sowie einer anderen gewerblich tätigen Person im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV maßgeblich ist, genannt werden. Umgesetzt wird mit dieser Bestimmung teilweise Art. 43 Abs. 3 der RL 92/49/EWG, ferner Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A Nr. a3 der RL 2002/83/EG sowie teils Art. 3 Abs. 1 Nr. 1a, Nr. 1b und Nr. 1c der RL 2002/65/EG.

Darüber hinaus muss, wenn es sich bei dem Versicherer, seinem Vertreter oder einer anderen gewerblich tätigen Person um eine juristische Person, Personenvereinigung oder -gruppe handelt, auch der Namen eines Vertretungsberechtigten genannt werden. Teilweise werden mit dieser Verpflichtung die Anforderungen des § 80 Abs. 1 AktG wiederholt, die gemäß §§ 34, 156 Abs. 2 VAG auch auf VVaG und öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen anzuwenden sind⁶⁰¹. In den Richtlinien ist die Angabe eines Vertretungsberechtigten zwar nicht ausdrücklich vorgesehen. Die dort geregelten Pflichten, Identität und Anschrift mitzuteilen, lassen sich jedoch so auslegen, dass diese auch die Angabe eines Vertretungsberechtigten umfassen, da eine juristische Person als solche nicht handlungsfähig ist, jedoch die Angabe der Identität und Anschrift dazu dient, sich mit der juristischen Personen auseinandersetzen zu können⁶⁰². Insgesamt ist diese Regelung daher richtlinienkonform.

(4.) § 1 Abs. 1 Nr. 5 VVG-InfoV

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 VVG-InfoV müssen Angaben über das Bestehen eines Garantiefonds oder bestimmter anderer Entschädigungsregelungen gemacht werden, wobei Name und Anschrift des Garantiefonds zu nennen sind. Umgesetzt wird damit Art. 3 Abs. 1 Nr. 4b der RL 2002/65/EG, der jedoch die Angabe von Namen und Anschrift des Garantiefonds nicht ausdrücklich vorsieht. Dennoch ist die Richtlinie so auszulegen, dass entsprechende Angaben zu machen sind, denn um die durch das Bestehen eines Garantiefonds gewährte Sicherheit einschätzen zu können, kommt es maßgeblich darauf an, Informationen über diesen Fonds zu erhalten.

(5.) § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV

Der Versicherer hat die wesentlichen Merkmale der Versicherungsleistung, ins-

⁶⁰¹ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 9.

⁶⁰² Vgl. *Baroch Castellvi*, in: *HK-VVG*, § 1 VVG-InfoV, Rn. 12.

besondere Angaben über Art, Umfang und Fälligkeit mitzuteilen. Umgesetzt wird mit dieser Regelung Art. 3 Abs. 1 Nr. 2b der RL 2002/65/EG. Problematisch ist die Frage, welche Merkmale einer Versicherungsleistung wesentlich sind. Beantwortet werden kann sie allein anhand einer wertenden Entscheidung im Hinblick auf das konkret angebotene Versicherungsprodukt⁶⁰³. Entscheidend dürfte es darauf ankommen, diejenigen Merkmale herauszustellen, die für eine Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers von Bedeutung sind, schließlich soll diese durch die Informationserteilung gewährleistet werden⁶⁰⁴.

(6.) § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV ist der Gesamtpreis der Versicherung einschließlich aller Steuern und sonstiger Preisbestandteile zu nennen, wobei die Prämien einzeln auszuweisen sind, wenn das Versicherungsverhältnis mehrere selbständige Versicherungsverträge umfasst. Wenn ein genauer Preis nicht angegeben werden kann, so sind Grundlagen über die Berechnung mitzuteilen, die dem Versicherungsnehmer eine Überprüfung des Preises ermöglichen.

Mit dem Gesamtpreis der Versicherung meint die VVG-InfoV die für einen bestimmten, ausdrücklich zu nennenden Zeitraum zu entrichtende Bruttoprämie⁶⁰⁵. Demgegenüber führt diese Vorschrift, ebenso wie die frühere Regelung in Anlage D Abschnitt I Nr. 1e VAG a.F.⁶⁰⁶, nicht dazu, die zu entrichtende Prämie in einen Risiko-, Kapital-, und Sparanteil aufzuteilen⁶⁰⁷. Eine solche Aufteilung ist auch nicht den hier umgesetzten europarechtlichen Vorgaben der Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A Nr. a10 der RL 2002/83/EG⁶⁰⁸ und Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 b der RL 2002/65/EG zu entnehmen.

Fraglich ist aber, ob die hier getroffene Regelung richtlinienkonform ist. Nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV sind Prämien für Zusatzversicherungen, wie Berufsunfähigkeits- oder Unfallzusatzversicherungen zu Lebensversicherungsverträgen, die mit diesen eine Einheit bilden⁶⁰⁹, nicht gesondert auszuweisen, da sie nicht in selbständigen Verträgen geregelt sind. Demgegenüber bestimmt Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A Nr. a10 der RL 2002/83/EG, dass die Prämien für jede Leistung, und zwar sowohl Haupt- als auch Nebenleistungen, mitzuteilen sind, wenn sich derartige Informationen als sinnvoll erweisen. Das Unterscheidungskriterium des selbständigen Vertrages

⁶⁰³ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 4f; *Leverenz*, Rn. 3/32.

⁶⁰⁴ Vgl. LG Magdeburg, NJW-RR 2003, S. 409 (410) zu § 2 Abs. 2 FernAbsG; *Leverenz*, Rn. 3/32.

⁶⁰⁵ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 5.

⁶⁰⁶ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 14.

⁶⁰⁷ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/33.

⁶⁰⁸ Vgl. *Müller*, Rn. 852, der mit Blick auf die Vorgaben der Dritten Richtliniengeneration darauf hinweist, dass eine solche Regelung auf europäischer Ebene zu keiner Zeit erörtert worden ist.

⁶⁰⁹ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 14; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 32.

findet sich hier nicht. Auch kann nicht argumentiert werden, dass nur bei selbständigen Verträgen eine getrennte Prämienausweisung sinnvoll im Sinne der Richtlinienvorgabe ist, denn für den Versicherungsnehmer macht es bei seiner Entscheidung für ein Versicherungsprodukt keinen Unterschied, ob eine ihm zusätzlich gebotene Leistung Teil eines einheitlichen Vertrages, den er auch ohne diese Zusatzleistung erhalten könnte, oder Gegenstand eines selbständigen Vertrages ist. Demnach ist § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV, ebenso wie die Anlage D, Abschnitt I Nr. 1e VAG a.F.⁶¹⁰, mit Blick auf Lebensversicherungen richtlinienwidrig, so dass die VVG-InfoV in diesem Punkt geändert werden muss. Fraglich ist aber, ob bis zu dieser Änderung nicht eine richtlinienkonforme bzw. „quasirichtlinienkonforme“ Auslegung in Betracht kommt.

Denkbar ist es, Zusatzversicherungen als einen selbständigen Vertrag zu begreifen, da für den Abschluss einer Zusatzversicherung eine vertragliche Abrede getroffen werden muss, die theoretisch von der Vereinbarung der Hauptversicherung getrennt werden kann und insoweit verselbständigungsfähig ist. Folglich ist der Begriff des selbständigen Vertrages als gesonderte Abrede zu verstehen, die zu der Vereinbarung eines Hauptvertrages hinzutritt, um diesen um die Zusatzversicherung zu erweitern. Bei („quasi-“) richtlinienkonformer Auslegung sind auch Zusatzversicherungen als selbständige Verträge im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV zu begreifen⁶¹¹.

(7.) § 1 Abs. 1 Nr. 8 VVG-InfoV

§ 1 Abs. 1 Nr. 8 VVG-InfoV sieht vor, dass gegebenenfalls zusätzlich anfallende Kosten unter Angabe des insgesamt zu zahlenden Betrages sowie mögliche weitere Steuern, Gebühren oder Kosten, die nicht über den Versicherer abgeführt oder von ihm in Rechnung gestellt werden, anzugeben sind. Die Regelung umfasst unter anderem die Kosten für die Erteilung eines Ersatzversicherungsscheines (§ 3 Abs. 5 VVG) oder etwa die Kosten für die Bestimmung einer Zahlungsfrist bei Verzug des Versicherungsnehmers (§ 38 Abs. 1 S. 1 VVG)⁶¹².

Darüber hinaus sind die Kosten für die Benutzung von Fernkommunikationsmitteln anzugeben, wenn solche vom Versicherer zusätzlich in Rechnung gestellt werden. Umgesetzt werden die Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 Nr. 2d und Nr. 2g der RL 2002/65/EG.

⁶¹⁰ Vgl. S. Hoffmann, S. 187; Osing, S. 104; Präve, VW 1995, S. 90 (94).

⁶¹¹ Im Ergebnis ebenso Baroch Castellvi, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 28; zur alten Rechtslage: VerBAV 1995, S. 283 (284); Biagosch/Scherer, VW 1995, S. 429 (431); Präve, in: Prölss, § 10a, Rn. 14; Prölss, in: P/M, § 5a, Rn. 32.

⁶¹² Vgl. Leverenz, Rn. 3/34. A.A. Baroch Castellvi, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 32 mit Blick auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV.

(8.) § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV

Der Versicherer hat gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV den Versicherungsnehmer über das Zustandekommen des Vertrages, den Beginn der Versicherung und des Versicherungsschutzes sowie die Dauer einer Antragsbindungsfrist zu informieren. Dementsprechend ist zu erläutern, in welchen Erklärungen Angebot und Annahme liegen und wann somit der Vertrag geschlossen wird („formeller Versicherungsbeginn“⁶¹³). Daneben hat der Versicherer darüber aufzuklären, der „formelle Versicherungsbeginn“ und „materielle Versicherungsbeginn“, also der Zeitpunkt, ab dem der Versicherer haftet und somit der Versicherungsschutz beginnt⁶¹⁴, auseinander fallen können⁶¹⁵.

Eine Unterrichtung des Versicherungsnehmers über die Dauer der Bindung an seinen Antrag kommt nur in Frage, wenn er kein Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 VVG hat und er daher an seinen Antrag gemäß §§ 145 ff BGB gebunden ist⁶¹⁶. Soweit demgegenüber wegen eines Widerrufsrechts keine Antragsbindung besteht, ist davon auszugehen, dass er als Minus zur Antragsbindung über die Dauer einer nun mehr allein in Frage kommenden Annahmefrist⁶¹⁷ zu informieren ist, um ihm vor Augen zu führen, bis zu welchem Zeitpunkt er mit der Annahme seines Antrages zu rechnen hat.

Die hier getroffene Regelung lässt sich nicht auf Vorgaben in den Richtlinien zurückführen. Bereits bei der Umsetzung der RL 2002/65/EG in das alte VVG hatte der Bundesrat daher zu der entsprechenden Regelung in Nr. 1d der Anlage zum VVG a.F. vorgeschlagen, diese Regelung zu streichen⁶¹⁸. Die Bundesregierung hatte zugesagt, den angesprochenen Punkt zu überprüfen⁶¹⁹, im Ergebnis aber keine Änderungen vorgenommen. Der Verordnungsgeber begründet die Übernahme der Regelung in die VVG-InfoV damit, dass hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrages Besonderheiten bestehen können, die dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht zwangsläufig bekannt sein müssen. Insbesondere sei auf den Vertragsbeginn hinzuweisen und darauf, ab welchem Zeitpunkt Versicherungsschutz besteht⁶²⁰. Dem Verordnungsgeber kommt es also darauf an, zu verdeutlichen, dass mit dem Abschluss des Vertrages nicht unmittelbar der Versicherungsschutz beginnen muss. Dennoch stellt sich die Frage, inwieweit § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV richtlinienkonform ist, da bei Lebensversicherungsverträgen Informationspflichten, die über die RL

⁶¹³ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 2, Rn. 1.

⁶¹⁴ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 2, Rn. 1.

⁶¹⁵ Vgl. im Ergebnis: *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 13. A.A. *Baroch Castellvi*, in: *HK-VVG*, § 1 VVG-InfoV, Rn. 57.

⁶¹⁶ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: *HK-VVG*, § 1 VVG-InfoV, Rn. 58.

⁶¹⁷ Vgl. oben unter C. I. 2. a. dd. (2.).

⁶¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 36 re. Sp.

⁶¹⁹ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 40 re. Sp.

⁶²⁰ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 5.

2002/83/EG hinausgehen, an Art. 36 Abs. 3 der Richtlinie zu messen sind.

Nach der hier entwickelten Auslegung des Art. 36 Abs. 3⁶²¹ kommt es darauf an, ob die Informationspflicht dazu beiträgt, eine Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers zu ermöglichen. Je nachdem wie ein Versicherer sein Vertragsschlussverfahren gestaltet, ob also der Antrag von ihm oder vom Versicherungsnehmer ausgeht oder, ob eine der Parteien zunächst nur eine „*invitatio ad offerendum*“ abgibt, können die Zeitpunkte des Zustandekommens des Vertrages variieren. Zudem ist es hilfreich einem Versicherungsnehmer vor Augen zu halten, dass der Vertragsschluss nicht gleichbedeutend mit dem Erwerb von Versicherungsschutz sein muss, sondern dieser unter Umständen erst später eintritt. Kommt es daher für einen Interessenten darauf an, möglichst zügig Versicherungsschutz zu erlangen, sind die aufgezeigten Punkte von erheblicher Bedeutung und können damit maßgeblich zur Entscheidung über die Auswahl eines Versicherungsproduktes beitragen. Mit Blick auf eine Auswahlentscheidung ist es auch sinnvoll, den Versicherungsnehmer über eine etwa bestehende Bindung an seinen Antrag aufzuklären, da ihm dies verdeutlicht, ab welchem Zeitpunkt er sich verbindlich für ein Versicherungsprodukt entscheidet. Insgesamt trägt die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV somit dazu bei, eine informierte Auswahlentscheidung zu ermöglichen, weswegen die Norm mit Blick auf Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG richtlinienkonform ist.

(9.) § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV hat der Versicherer den Versicherungsnehmer über das Bestehen oder Nichtsbestehen eines Widerrufsrechts sowie dessen Bedingungen und Einzelheiten seiner Ausübung, insbesondere Namen und Anschrift derjenigen Person, gegenüber der der Widerruf zu erklären ist, und die Rechtsfolgen des Widerrufs einschließlich des Betrages, den der Versicherungsnehmer im Falle des Widerrufs gegebenenfalls zu zahlen hat, zu informieren. Umgesetzt werden mit dieser Regelung unmittelbar die Vorgaben der Art. 5 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a RL 2002/65/EG.

(a.) Umsetzung von Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A lit. a13 RL 2002/83/EG
Fraglich ist, inwieweit mit § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV auch die Vorgaben des Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III Buchstabe A lit. a13 der RL 2002/83/EG ordnungsgemäß in deutsches Recht transformiert werden, wonach der Versicherungsnehmer über die Modalitäten der Ausübung des Widerrufs und des Rücktrittsrechts zu informieren ist.

Zweifel an der Richtlinienkonformität rühren daher, dass der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 VVG für alle Versicherungsverträge, mit Ausnahme der in § 8 Abs. 3

⁶²¹ Vgl. oben unter C. III. 2. e. dd. (2.) (b.).

VVG genannten Fälle, ein einheitliches Widerrufsrecht normiert hat. Dieses Widerrufsrecht ist in Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 der RL 2002/65/EG bewusst über den Fernabsatz hinaus auf sämtliche Formen des Vertragsschlusses erstreckt worden⁶²² und soll die nach altem Recht bestehenden Lösungsrechte vom Vertrag⁶²³ in einer Regelung zusammenfassen⁶²⁴. Anders als die RL 2002/65/EG sieht die RL 2002/83/EG für Lebensversicherungsverträge in Art. 35 Abs. 1 UA 1 jedoch kein *Widerrufsrecht*, sondern ein *Rücktrittsrecht* vor, weswegen § 8 Abs. 1 VVG für Lebensversicherungsverträge, die nicht im Fernabsatz geschlossen werden, und somit auch die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV richtlinienwidrig sein könnten. Entscheidend ist daher, ob die Normierung eines einheitlichen Widerrufsrechts in § 8 Abs. 1 VVG auch den Anforderungen des in der RL 2002/83/EG vorgesehenen Rücktrittsrechts gerecht wird.

Bedenken könnten zunächst im Hinblick auf die Bezeichnung als „Widerrufsrecht“ bestehen, denn Art. 35 der RL 2002/83/EG ist mit „Rücktrittszeitraum“ überschrieben und auch in Art. 35 Abs. 1 UA 1 ist die Rede davon, dass der Versicherungsnehmer über eine Frist verfügt, um vom Vertrag „zurückzutreten.“ Diese begrifflichen Unterschiede dürfen indes nicht überbewertet werden, denn gemäß Anhang III A lit. a13 der RL 2002/83/EG ist über die Modalitäten des *Widerrufs* und des *Rücktrittsrechts* zu informieren, obwohl die Richtlinie kein Widerrufsrecht vorsieht. In erster Linie kommt es daher darauf an, ob das Widerrufsrecht die Funktion des Rücktrittsrechts übernimmt und dieses auch im Übrigen den Anforderungen der RL 2002/83/EG entspricht.

Funktional betrachtet dient das Rücktrittsrecht des Art. 35 Abs. 1 UA 1 der RL 2002/83/EG dazu, dem Versicherungsnehmer eine Lösung vom Vertrag zu ermöglichen und ihn gemäß Art. 35 Abs. 1 UA 2 der RL 2002/83/EG für die Zukunft von allen aus dem Vertrag folgenden Verpflichtungen zu befreien. Im Übrigen ist es dem nationalen Gesetzgeber gemäß Art. 35 Abs. 1 UA 3 der RL 2002/83/EG freigestellt, die weiteren Wirkungen des Rücktritts nach nationalem Recht zu bestimmen.

Diesen Anforderungen genügt das vom Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 VVG normierte Widerrufsrecht. Im Falle eines Widerrufs wird der Versicherungsvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis ungewandelt, so dass der Versicherungsnehmer für die Zukunft keine Verpflichtungen mehr aus dem Vertrag zu erfüllen hat. Infolge des Widerrufs kann der Versicherungsnehmer entweder gemäß § 9 S. 1 VVG zumindest anteilig Rückzahlung der auf den Zeitpunkt nach Zugang

⁶²² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 re. Sp. und 61 re. Sp.; Ebers, in: PK-VVR, § 8, Rn. 3; Wandt, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 317; Wandt/Ganster, VersR 2007, S. 1034; dies., VersR 2008, S. 425.

⁶²³ Vgl. §§ 5a, 8 Abs. 4 und Abs. 5, 48c Abs. 1 VVG a.F.

⁶²⁴ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 8, Rn. 3; Wandt, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 317; Wandt/Ganster, VersR 2007, S. 1034.

der Widerrufserklärung entfallenden Prämienzahlungen oder analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB vollständige Erstattung sämtlicher bereits erbrachter Prämienzahlungen verlangen⁶²⁵, womit der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 35 Abs. 1 UA 3 der RL 2002/83/EG die weiteren Wirkungen des Rücktritts ausgestaltet hat. Schließlich ist die Frist für das Widerrufsrecht in § 152 Abs. 1 VVG in zeitlicher Hinsicht den Vorgaben des Art. 35 Abs. 1 UA 1 der RL 2002/83/EG angepasst worden, weswegen insgesamt davon auszugehen ist, dass die Regelung eines einheitlichen Widerrufsrechts und seiner Rechtsfolgen den Anforderungen der RL 2002/83/EG entsprechen. Folglich setzt auch § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV die Vorgaben des Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A lit. a13 der RL 2002/83/EG richtlinienkonform im deutsches Recht um.

(b.) Verhältnis zu § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG

Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG beginnt die Widerrufsfrist nicht zu laufen, bevor dem Versicherungsnehmer eine deutlich gestaltete Belehrung über das Widerrufsrecht und die Rechtsfolgen des Widerrufs zugegangen ist. Mit dieser Bestimmung wird die Notwendigkeit einer Widerrufsbelehrung für den Beginn der Widerrufsfrist normiert. Ein Vergleich zwischen der Information nach § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV und der Widerrufsbelehrung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG zeigt, dass sich beide inhaltlich weitgehend überschneiden. Es liegt daher nahe, die Information nach § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV mit der Widerrufsbelehrung nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG gleichzusetzen.

Für diese Sichtweise spricht, dass Art. 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG für die Information des Verbrauchers über das Widerrufsrecht gemäß Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a als maßgeblichen Zeitpunkt „rechtzeitig bevor der Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein Angebot gebunden ist“ und Art. 36 Abs. 1 der RL 2002/83/EG für die Information des Versicherungsnehmers über das Rücktrittsrecht den Zeitpunkt „vor Abschluss des Versicherungsvertrages“ festlegt, womit nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis der Richtlinienvorgaben eine Information vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers gemeint ist⁶²⁶. Da § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG keine Vorgaben dazu macht, wann im Regelfall über das Widerrufsrecht zu belehren ist, deutet eine richtlinienorientierte Auslegung darauf hin, diesen Zeitpunkt über die Informationspflicht des § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV zu konkretisieren, die gemäß § 7 Abs. 1 VVG rechtzeitig vor der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers zu erfüllen ist⁶²⁷. Folglich ist davon auszugehen, dass die Informationspflicht des

⁶²⁵ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 35 und 37; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 318f. Näher zu den Rechtsfolgen des Widerrufs unter E. II. 2. e.

⁶²⁶ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (4.) und C. III. 2. e. cc. (4.).

⁶²⁷ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 32; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 8, Rn. 14; *Wandt*, Rn. 325.

§ 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV mit der Widerrufsbelehrung nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG gleichzusetzen ist⁶²⁸.

cc. § 2 Abs. 1 VVG-InfoV

§ 2 Abs. 1 VVG-InfoV regelt die Informationspflichten, die bei Lebensversicherungsverträgen zusätzlich zu den Informationen des § 1 Abs. 1 VVG-InfoV zu erteilen sind.

(1.) § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV muss der Versicherer dem Versicherungsnehmer Angaben über die Höhe der in die Prämie einkalkulierten Kosten machen, wobei einkalkulierte Abschlusskosten als einheitlicher Gesamtbetrag und die übrigen einkalkulierten Kosten als Anteil der Jahresprämie unter Angabe der Laufzeit auszuweisen sind. Folglich geht es nicht darum, allein die Provisionen für Versicherungsvertreter aufzudecken⁶²⁹. § 2 Abs. 2 VVG-InfoV präzisiert diese Verpflichtung dahin, dass die Angaben in Euro zu erfolgen haben.

(a.) Gründe für die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV

Eine europarechtliche Pflicht zur Mitteilung der in die Prämie einkalkulierten Kosten besteht nicht. Der Gesetzgeber hat sich jedoch im Bereich der Lebensversicherung, insbesondere mit Blick auf die kapitalbildende Lebensversicherung, veranlasst gesehen, den Schutz der Versicherungsnehmer zu verbessern. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass gerade an der kapitalbildenden Lebensversicherung erhebliche Kritik geübt werde. Die Abschlusskosten seien häufig sehr hoch. Sie würden dem Versicherungsnehmer zum großen Teil zu Beginn des Vertrages angelastet, so dass eine vorzeitige Lösung von dem Vertrag für ihn mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sei; er könne deshalb sein jederzeitiges gesetzliches Kündigungsrecht nur unter Inkaufnahme finanzieller Nachteile ausüben⁶³⁰. An anderer Stelle wird weiter ausgeführt, dass die übliche Praxis der Versicherer, die ersten Prämien zur Deckung der Abschlusskosten zu verwenden („Zillmerung“), dazu führe, dass bei einer Kündigung in den ersten Jahren kein Rückkaufswert gezahlt wird. Der Entwurf schlage nach dem Vorbild des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes in § 169 Abs. 3 VVG vor, dass bei der Berechnung des Rückkaufswertes die Abschlusskosten auf einen Zeitraum von fünf Jahren verteilt werden müssen; außerdem solle durch die Verordnung nach § 7 Abs. 2 VVG geregelt werden, dass bei der Lebensversicherung über die Höhe der Abschluss- und Vertriebskosten informiert werden müs-

⁶²⁸ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 8, Rn. 32; Leverenz, Rn. 4/24.

⁶²⁹ Vgl. Baroch Castellvi, RuS 2009, S. 1 (3); H. Herrmann, in: B/M, § 7, Rn. 30. Kritisch daher Schwintowski, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18, Rn. 104f.

⁶³⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 51 li. Sp.

se, soweit eine Verrechnung mit den Prämien erfolgt, weil sich die Verrechnung auf die Rückkaufswerte auswirke⁶³¹. Die Pflicht zur Mitteilung der Abschluss- und Vertriebskosten hat vor diesem Hintergrund den Zweck, bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses das Bewusstsein für die Problematik der Höhe der Rückkaufswerte bei vorzeitiger Vertragsauflösung zu schärfen. Die Verpflichtung zum Ausweis der Abschluss- und Vertriebskosten sowie der sonstigen Kosten ist jedoch nicht allein durch die Problematik der Rückkaufswerte bedingt. Maßgeblich hierzu beigetragen hat auch das Urteil des BVerfG vom 26. Juli 2005 in dem Verfahren 1 BvR 80/95.

Das BVerfG hatte über eine Verfassungsbeschwerde zu entscheiden, in welcher der Beschwerdeführer geltend machte, dass der an ihn ausgeschüttete Gewinnanteil einer Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung zu gering sei. Diese müsse sich auch auf die stillen Reserven des Lebensversicherers beziehen, weswegen ihm in diesem Umfang ein Zahlungsanspruch gegen den Versicherer zustehe. Weil der Beschwerdeführer im Rahmen eines gegen den Versicherer angestregten Zivilprozesses in allen Instanzen gescheitert war, da ihm auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen und vertraglichen Regelungen ein Zahlungsanspruch nicht zustand, wandte er sich gegen die ergangenen Zivilurteile.

Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde teilweise für begründet. Die gesetzlichen Regelungen zur kapitalbildenden Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung genügten seiner Ansicht nach nicht den grundrechtlichen Schutzanforderungen, die sich aus der in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie und der Garantie des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 GG ergeben. Es fehlten hinreichende rechtliche Vorkehrungen dafür, dass bei der Berechnung des bei Vertragsende zu zahlenden Schlussüberschusses die Vermögenswerte angemessen berücksichtigt werden, die bei den Versicherungsunternehmen mit den gezahlten Versicherungsprämien gebildet worden sind. Insbesondere gelte dies insoweit, als der Versicherungsnehmer keine Möglichkeit habe, zu klären, inwieweit der Schlussüberschuss durch die Nichtberücksichtigung stiller Reserven zu gering festgesetzt worden sei⁶³². Das BVerfG gab dem Gesetzgeber daher auf, das bestehende Schutzdefizit im Rahmen des ihm zukommenden Gestaltungsspielraums zu beseitigen. Das Gericht zeigte hierzu verschiedene Lösungsmöglichkeiten auf. Unter anderem stellte es darauf ab, dass der Wettbewerb durch ergänzende Informationen, etwa über Abschluss- und Verwaltungskosten sowie über Möglichkeiten der Querverrechnung und über sonstige Konditionen der weiteren Abwicklung des Versicherungsvertrages, verbessert werden könne⁶³³. Nach Ansicht des BVerfG können also ergänzende Informationen über

⁶³¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 53 li. Sp.

⁶³² Vgl. BVerfG, Urt. v. 26.07.2005 (Az.: 1 BvR 80/95), Rn. 58.

⁶³³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 26.07.2005 (Az.: 1 BvR 80/95), Rn. 97.

Abschluss- und Verwaltungskosten zur Verbesserung des Wettbewerbs zwischen Versicherungsunternehmen beitragen und somit helfen, den grundrechtlich gebotenen Schutz der Versicherungsnehmer in der kapitalbildenden Lebensversicherung zu verbessern. Diesen Vorschlag des BVerfG hat der Gesetzgeber aufgegriffen und in § 7 Abs. 2 VVG die Möglichkeit geschaffen, im Verordnungswege entsprechende vorvertragliche Informationspflichten zu begründen⁶³⁴.

(b.) Mitzuteilende Kosten

Dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV nach sind die in die Prämie einkalkulierten Kosten anzugeben, wobei die Abschlusskosten als einheitlicher Gesamtbetrag und die übrigen einkalkulierten Kosten als Anteil der Jahresprämie anzugeben sind. Somit liegt der Schluss nahe, dass im Ergebnis *alle* in die Prämie einkalkulierten Kosten mitzuteilen sind⁶³⁵. In diese Richtung weist auch die Begründung der VVG-InfoV⁶³⁶, welche jedoch die Beiträge, die für den Versicherungsschutz zu zahlen sind, und damit auch die in die Prämie einkalkulierten Risikokosten⁶³⁷, von den Kosten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV ausnimmt⁶³⁸. Es stellt sich die Frage, welche Kosten im Übrigen zu den in die Prämie einkalkulierten Kosten gehören und inwieweit diese tatsächlich anzugeben sind.

(aa.) Abschluss-, Vertriebs- und Verwaltungskosten

Mit Blick auf die Verordnungsermächtigung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG sowie unter Berücksichtigung des Urteils des BVerfG lassen sich Abschluss-, Vertriebs- und Verwaltungskosten unterscheiden.

Der Begriff der Abschlusskosten lässt sich allgemein dahin definieren, dass hierunter die Kosten fallen, die beim Versicherer anlässlich des Abschlusses eines neuen Versicherungsvertrages entstehen⁶³⁹. Gemäß § 43 Abs. 2 RechVersV⁶⁴⁰ gehören zu den Abschlussaufwendungen bzw. Abschlusskosten zum einen die dem Abschluss unmittelbar zurechenbaren Kosten wie Abschlussprovisionen für Versicherungsvertreter, Courtagen für Versicherungsmakler, Aufwendungen für die Anlegung der Versicherungsakte, für die Aufnahme des Vertrages in den Versicherungsbestand und für ärztliche Untersuchungen, sowie

⁶³⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 54 re. Sp., S. 60 re. Sp. und S. 61 li. Sp.

⁶³⁵ Vgl. *Baroch Castellvi*, RuS 2009, S. 1 (3); *Leverenz*, Rn. 3/39b; *Präve*, VersR 2008, S. 151 (155).

⁶³⁶ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 8.

⁶³⁷ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 2 VVG-InfoV, Rn. 14; *ders.*, RuS 2009, S. 1 (3).

⁶³⁸ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 9.

⁶³⁹ Vgl. *Fürstenwerth/Weiß*, Stichwort: Abschlusskosten, S. 6.

⁶⁴⁰ Verordnung über die Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen (Versicherungsunternehmen-Rechnungslegungsverordnung-RechVersV) vom 8. November 1994, BGBl. I, S. 3378, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 23. November 2007, BGBl. I, S. 2631.

zum anderen mittelbar zurechenbare Kosten wie allgemeine Werbeaufwendungen, Aufwendungen für die Antragsbearbeitung und Policierung⁶⁴¹.

Was unter dem Begriff der Vertriebskosten zu verstehen ist, erläutert der Gesetzgeber im Regierungsentwurf nicht weiter, jedoch wird der Begriff in den §§ 255 Abs. 2 S. 6 und 275 Abs. 3 Nr. 4 HGB verwendet. Vertriebskosten werden dort als Aufwendungen verstanden, die direkt oder indirekt z. B. Verkaufsabteilungen, Werbeabteilungen, Marketingabteilungen sowie dem Vertreternetz zugerechnet werden können⁶⁴². Insbesondere mit Blick auf die Kosten für das Vertreternetz einerseits und die Kosten für Abschlussprovisionen andererseits zeigen sich Überschneidungen der Vertriebskosten mit den Abschlusskosten. Teilweise werden diese beiden Kostenarten in der Literatur zum neuen VVG auch miteinander gleichgesetzt⁶⁴³.

Unter dem Begriff der Verwaltungskosten werden in der Praxis die Verwaltungsaufwendungen für den Versicherungsbetrieb eines Versicherers verstanden⁶⁴⁴. § 43 Abs. 3 RechVersV präzisiert diesen Begriff näher, indem er den Verwaltungskosten unter anderem die Aufwendungen für die den Beitragseinzug, die Bestandsverwaltung, die Schadensverhütung, die Gesundheitsfürsorge zugunsten der Versicherungsnehmer und die Bearbeitung der Beitragsrückerstattung sowie passiven Rückversicherung und Retrozession zuweist⁶⁴⁵.

Soweit nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV alle in die Prämie einkalkulierten Kosten anzugeben sind, umfasst diese Verpflichtung zumindest die Angabe der Abschluss-, Vertriebs-, und Verwaltungskosten, die bei der Prämienkalkulation berücksichtigt werden.

(bb.) Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Fraglich ist aber, ob die VVG-InfoV in diesem Punkt unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG dem Wortlaut entsprechend ausgelegt werden kann. Damit eine Rechtsverordnung wirksam von der Exekutive erlassen werden kann, muss der Gesetzgeber gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung im Gesetz bestimmen, so dass im Grundsatz die gesetzgebende Gewalt in den Händen des Parlaments verbleibt und somit dem Demokratieprinzip sowie dem Grundsatz der Gewaltenteilung Rechnung getragen wird⁶⁴⁶. Folglich muss die Verord-

⁶⁴¹ Vgl. näher *Stuirbrink/Schuster*, in: *Versicherungsbilanz-Kommentar*, § 43 RechVersV, Rn. 28-34.

⁶⁴² Vgl. näher *Baetge/Kirsch/Thiele*, S. 659.

⁶⁴³ Vgl. *Baroch Castellvi*, RuS 2009, S. 1 (3).

⁶⁴⁴ Vgl. *Fürstenwerth/Weiß*, Stichwort: Verwaltungskosten, S. 723.

⁶⁴⁵ Vgl. näher *Stuirbrink/Schuster*, in: *Versicherungsbilanz-Kommentar*, § 43 RechVersV, Rn. 35-41.

⁶⁴⁶ Vgl. BVerfGE 78, 249 (272); *Degenhart*, Rn. 323; *Lücke/Mann*, in: *Sachs*, GG, Art. 80, Rn. 23; *Pieroth*, in: *J/P*, Art. 80, Rn. 1.

nungsermächtigung konkret gefasst, also hinreichend bestimmt sein⁶⁴⁷. Inwieweit der Grad der Bestimmtheit hinreichend ist, hängt von der Bedeutung der Regelungen und deren Eingriffsintensität ab, zu deren Erlass der Verordnungsgeber ermächtigt wird⁶⁴⁸. Ob eine Ermächtigungsnorm vor dem Hintergrund der genannten Anforderungen hinreichend bestimmt gefasst ist, kann jedoch nicht allein anhand des Gesetzeswortlauts beurteilt werden. Vielmehr ist die hinreichende Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung im Wege der Auslegung zu ermitteln⁶⁴⁹.

Aus der Tatsache, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG nicht ausdrücklich den Begriff der Verwaltungskosten erwähnt, wird teilweise der Schluss gezogen, dass der Verordnungsgeber nicht ermächtigt sei, den Ausweis von Verwaltungskosten vorzuschreiben⁶⁵⁰. Auch könne nicht aus der Wendung „insbesondere“ in § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG abgeleitet werden, die Ermächtigungsnorm nenne nur beispielhaft einige Informationen, denn es fehle insoweit an der nötigen inhaltlichen Vorgabe gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG⁶⁵¹.

Dieser Einwand zielt ausschließlich auf den Wortlaut von § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG ab, lässt jedoch außer Betracht, dass die hinreichende Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung im Wege der Auslegung zu ermitteln ist⁶⁵². Indem § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG in Bezug auf die in die Prämie einkalkulierten Kosten nur von Abschluss- und Vertriebskosten sowie von sonstigen Kosten spricht, könnte zwar der Schluss nahe liegen, dass die nicht ausdrücklich erwähnten Verwaltungskosten von der Ermächtigungsgrundlage nicht umfasst sind. Unberücksichtigt bliebe bei diesem Normverständnis jedoch die Wendung „insbesondere“, woraus in Bezug auf in die Prämie einkalkulierten Kosten nicht von einer abschließenden Vorgabe auszugehen ist. Im Wege der Auslegung ist an dieser Stelle weiter zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber den Regelungsvorschlag des BVerfG umsetzen wollte, wonach nicht nur über Abschluss-, sondern auch über Verwaltungskosten zu informieren ist. Von daher lässt sich die Wendung „insbesondere“ dahin konkretisieren, dass auch Verwaltungskosten zu den in die Prämie einkalkulierten Kosten gehören.

Vor diesem Hintergrund überzeugt auch der Einwand nicht, dass der Referentenentwurf des VVG ausdrücklich in § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG den Begriff der

⁶⁴⁷ Vgl. BVerfGE 55, 207 (226); 58, 257 (277f); 62, 203 (209f); *Lücke/Mann*, in: *Sachs*, Art. 80, Rn. 26.

⁶⁴⁸ Vgl. BVerfGE 58, 257 (277f); 62, 203 (210); 68, 69 (72); 100, 323 (326); *Degenhart*, Rn. 329; *Lücke/Mann*, in: *Sachs*, Art. 80, Rn. 27; *Pieroth*, in: *J/P*, Art. 80, Rn. 12f.

⁶⁴⁹ Vgl. BVerfGE 58, 257 (277); 62, 203 (210); 80, 1 (20f); 85, 97 (104f); *Degenhart*, Rn. 327; *Lücke/Mann*, in: *Sachs*, Art. 80, Rn. 28; *Pieroth*, in: *J/P*, Art. 80, Rn. 11.

⁶⁵⁰ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 31; *Mauntel*, in: PK-VVR § 2 VVG-InfoV, Rn. 3; *Präve*, *VersR* 2008, S. 151 (155). Zweifelnd *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 2 VVG-InfoV, Rn. 13; *ders.*, *RuS* 2009, S. 1 (3); *Leverenz*, Rn. 3/39b.

⁶⁵¹ Vgl. *Präve*, *VersR* 2008, S. 151 (155).

⁶⁵² Vgl. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 112.

Verwaltungskosten vorsah, dieser aber nicht in die endgültige Fassung des VVG übernommen worden ist⁶⁵³. In § 7 Abs. 2 Nr. 2 des Referentenentwurfs heißt es nämlich, dass das Bundesministerium der Justiz ermächtigt werde, festzulegen, welche weiteren Informationen dem Versicherungsnehmer bei Verträgen mit Überschussbeteiligung zu erteilen sind, insbesondere über die zu erwartenden Leistungen, ihre Ermittlung und Berechnung, über eine Modellrechnung sowie über die Abschluss- und Vertriebskosten, soweit eine Verrechnung mit Prämien erfolgt, und über sonstige *Verwaltungskosten*. In Bezug auf die in die Prämie einkalkulierten Kosten ist ebenso wie in § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG nur von Abschluss- und Vertriebskosten die Rede, Verwaltungskosten werden indes nur als „sonstige Verwaltungskosten“ erwähnt. Von daher kann gerade nicht aus der von § 7 Abs. 2 Nr. 2 des Referentenentwurfs abweichenden Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG der Schluss gezogen werden, die Norm nehme Verwaltungskosten von den einkalkulierten Kosten aus.

Zweifel an der Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung könnten jedoch bestehen, wenn mit Blick auf die Eingriffsintensität eine explizite Nennung der Verwaltungskosten hätte erfolgen müssen. Zu bedenken ist jedoch, dass der Versicherer die Grundlagen seiner Prämienkalkulation kennt und er daher auch in der Lage ist, die in die Kalkulation einfließenden Faktoren zu benennen, weswegen die Pflicht zur Ausweisung einkalkulierter Verwaltungskosten neben der Verpflichtung zur Mitteilung der Abschluss- und Vertriebskosten keine besondere Belastung darstellt. § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG ist folglich hinreichend bestimmt im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG⁶⁵⁴.

(cc.) Historische Auslegung der VVG-InfoV

In dem ursprünglichen Entwurf der VVG-InfoV vom 18. Juni 2007 hieß es noch in § 2 Abs. 1 Nr. 1, dass Angaben zur Höhe der Kosten für die Vermittlung und für den Abschluss des Vertrages, soweit diese nicht gesondert in Rechnung gestellt werden, zu machen sind und in Nr. 2, dass Angaben zu den sonstigen in die Prämie eingerechneten Kosten gemacht werden müssen. In der Begründung zum Entwurf der VVG-InfoV heißt es auf S. 7 in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2, dass die Verpflichtung zur Offenlegung der Abschluss-, Vertriebs- und sonstigen Verwaltungskosten ihre gesetzliche Grundlage in § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG finde. Auch an anderen Stellen der Begründung des Verordnungsentwurfes werden die Verwaltungskosten ausdrücklich erwähnt⁶⁵⁵. Weil in der Begründung zur VVG-InfoV vom 18. Dezember 2007 nicht mehr von Verwaltungskosten die Rede ist,

⁶⁵³ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/39b; *Mauntel*, in: PK-VVR, § 2 VVG-InfoV, Rn. 3; *Präve*, *VersR* 2008, S. 151 (155).

⁶⁵⁴ Vgl. im Ergebnis *Neuhaus/Kloth*, S. 46; *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 113.

⁶⁵⁵ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/39b.

wird hieraus teilweise der Schluss gezogen, die VVG-InfoV nenne die Verwaltungskosten bewusst nicht, weswegen aus § 2 Abs.1 Nr. 1 VVG-InfoV nicht die Pflicht zur Angabe der Verwaltungskosten folge⁶⁵⁶. Dieser Schluss überzeugt indes nicht, denn der Verordnungsgeber stellt in der Begründung der VVG-InfoV klar, dass nach seiner Ansicht alle einkalkulierten Kosten anzugeben sind⁶⁵⁷, was auch die Verwaltungskosten mit umfasst. Von einem bewussten Schweigen der VVG-InfoV kann daher keine Rede sein.

(dd.) Systematische Auslegung der VVG-InfoV

Schließlich wird gegen eine Pflicht zur Angabe der Verwaltungskosten vorgebracht, dass § 4 Abs. 4 VVG-InfoV auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV verweise, jedoch insoweit nur von Abschluss- und Vertriebskosten spreche⁶⁵⁸. Ob aus diesem Verweis der Schluss zu ziehen ist, dass der Versicherer gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV keine Verwaltungskosten auszuweisen hat, muss allerdings bezweifelt werden. Unabhängig von der Frage, ob im Produktinformationsblatt gemäß § 4 Abs. 4 VVG-InfoV tatsächlich nur die Abschluss- und Vertriebskosten zu nennen sind⁶⁵⁹, spricht zum einen die Regelungssystematik des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV dagegen, dass allein die Abschluss- und Vertriebskosten auszuweisen sind. In der Norm ist als Oberbegriff die Rede von „in die Prämie einkalkulierten Kosten“, der dahin präzisiert wird, dass hiermit „die einkalkulierten Abschlusskosten“ und „die übrigen einkalkulierten Kosten“ gemeint sind, worunter auch die Verwaltungskosten fallen⁶⁶⁰. Zum anderen läuft der vorgebrachte Einwand darauf hinaus, in dem Klammerzusatz des § 4 Abs. 4 VVG-InfoV eine Legaldefinition des Regelungsgehalts von § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV zu sehen, was jedoch auf Grund der systematischen Stellung innerhalb der VVG-InfoV nicht überzeugt.

(ee.) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Versicherer gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV die in die Prämie einkalkulierten Abschluss-, Vertriebs- und Verwaltungskosten angeben muss.

(c.) Gestaltung der Kostenmitteilung

Bei der Gestaltung der Kostenmitteilung unterscheidet § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV nach den Abschlusskosten sowie den übrigen in die Prämie einkalkulier-

⁶⁵⁶ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/39b.

⁶⁵⁷ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 8.

⁶⁵⁸ Vgl. *Heilmann*, S. 16; *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 31; *Leverenz*, Rn. 3/39b; *Präve*, *VersR* 2008, S. 151 (155).

⁶⁵⁹ Näher zu § 4 Abs. 4 VVG unten unter C. III. 4. d. ff. (4.).

⁶⁶⁰ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: *HK-VVG*, § 2 VVG-InfoV, Rn. 14; *ders.*, *RuS* 2009, S. 1 (3).

ten Kosten. Erstere sind als einheitlicher Gesamtbetrag, letztere als Anteil der Jahresprämie unter Angabe der Laufzeit auszuweisen. Die Unterscheidung beruht auf dem Gedanken, dass es sich bei den Abschlusskosten in der Regel um größere Beträge handelt, die nicht über die gesamte Laufzeit des Vertrages in die Prämie einkalkuliert werden⁶⁶¹. Die Angaben über die Höhe der Kosten sind gemäß § 2 Abs. 2 VVG-InfoV in Euro-Beträgen zu machen, womit prozentuale Angaben oder Angaben über Berechnungsgrundlagen nicht zulässig sind, denn der Versicherungsnehmer soll die Kosten ohne weitere Berechnung erkennen können⁶⁶².

(d.) Rechtspolitische Bewertung

Die Pflicht zum Ausweis von Kosten in der Lebensversicherung ist rechtspolitisch sehr umstritten und bislang kontrovers diskutiert worden. Dementsprechend unterschiedlich fallen die hierzu verlautbarten Stellungnahmen aus⁶⁶³. Eine umfassende rechtspolitische Stellungnahme kann und soll an dieser Stelle nicht abgegeben werden. Vielmehr soll der Blick auf die Frage gerichtet werden, inwieweit die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

(e.) Vereinbarkeit mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG

Der Ausweis der in die Prämie einkalkulierten Kosten wird in der RL 2002/83/EG nicht vorgeschrieben, weswegen zweifelhaft ist, ob diese Verpflichtung mit der Schrankenregelung des Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG zu vereinbaren ist⁶⁶⁴. In der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 2 VVG heißt es in diesem Zusammenhang lediglich, dass der Verordnungsgeber, soweit die Richtlinien die Informationspflichten nicht abschließend regeln, weitere Informationen vorschreiben könne, wenn sie für die Entscheidung des Versicherungsnehmers, ob er einen bestimmten Versicherungsvertrag schließen soll, von Bedeutung sind⁶⁶⁵. Auf die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG geht die Gesetzesbegründung demgegenüber nicht ein.

Von Teilen der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass zumindest der Ausweis der Verwaltungskosten nicht mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG zu vereinbaren sei. Es bestehe keine Notwendigkeit zu ihrem Ausweis, da es dem Anbieter überlassen sein soll, seine internen Kosten so abzusenken, dass ein Verbleiben

⁶⁶¹ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 9.

⁶⁶² Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 8.

⁶⁶³ Vgl. näher *Leverenz*, Rn. 3/40; *Neuhaus/Kloth*, S. 46; *Römer*, RuS 2008, S. 405 (409).

⁶⁶⁴ Vgl. *Mauntel*, in: PK-VVR, § 2 VVG-InfoV, Rn. 4; *Mönnich*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., Rn. 52; *Präve*, VersR 2008, S. 151 (155). Für einen Richtlinienverstoß *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 31.

⁶⁶⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

am Markt gesichert sei⁶⁶⁶.

Überzeugend ist diese Sichtweise nicht. Entscheidend kommt es nach der hier vorgenommenen Auslegung des Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG darauf an, ob weitergehende Informationspflichten dazu beitragen, eine Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers zu ermöglichen⁶⁶⁷. Kennt dieser die in die Prämie einkalkulierten Kosten, kann er Rückschlüsse darauf ziehen, zu welchem Teil seine Prämienzahlungen ausschließlich der Kostendeckung dienen und er daher im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages nur einen Teil hiervon zurückerhält. Dies ist gerade einer der Gründe für den Gesetzgeber gewesen, den Kostenausweis in der Lebensversicherung zu regeln. Zwar ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass auch die Angabe der Rückkaufswerte gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV diesem Ziel dienen. Jedoch hängt die Höhe der angegebenen Rückkaufswerte auch von der Summe des mit den Prämienzahlungen angesparten Kapitals ab, während der Kostenausweis in konkreten Euro-Beträgen insoweit einen unmittelbaren und direkten Vergleich der tatsächlich anfallenden Kosten erlaubt. Zudem lässt die Angabe der Höhe der einkalkulierten Kosten Rückschlüsse darauf zu, wie kosteneffizient ein Versicherer arbeitet. Insgesamt trägt daher die Angabe der in die Prämie einkalkulierten Kosten dazu bei, dem Versicherungsnehmer eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Diese Einschätzung entspricht auch der Auffassung des BVerfG in seinem Urteil vom 26. Juli 2005, wonach eine Information über die Abschluss- und Verwaltungskosten ein Mittel zur Förderung des Wettbewerbs darstellt, der ein rationales Auswahlverhalten der Versicherungsnehmer voraussetzt⁶⁶⁸. In die gleiche Richtung zielen auch die Ausführungen des BVerfG in seinem Beschluss vom 15. Februar 2006⁶⁶⁹. Blieben den Versicherungsnehmern Art und Höhe der zu verrechnenden Abschlusskosten und der Verrechnungsmodus unbekannt, sei ihnen nach Ansicht des BVerfG eine eigenbestimmte Entscheidung darüber unmöglich, ob sie einen Versicherungsvertrag zu den konkreten Konditionen abschließen wollen⁶⁷⁰. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Ausweis der in die Prämie einkalkulierten Kosten dazu beiträgt, eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen, weswegen die Regelung mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG im Einklang steht.

(f.) Vereinbarkeit mit Grundrechten

Im Zuge der Diskussion um den Ausweis der Kosten in der Lebensversicherung werden neben der Richtlinienkonformität auch Bedenken mit Blick auf die Ver-

⁶⁶⁶ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 31.

⁶⁶⁷ Vgl. oben unter C. III. 2. e. dd. (2.) (b.).

⁶⁶⁸ Vgl. oben unter C. III. 1. b. bb.

⁶⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 15.2.2006 (Az.: 1 BvR 1317/96).

⁶⁷⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.2.2006 (Az.: 1 BvR 1317/96), Rn. 61.

einbarkeit dieser Regelungen mit Art. 12 GG und Art. 3 GG geltend gemacht⁶⁷¹. Zwar kann schon bezweifelt werden, dass eine Grundrechtsverletzung in Betracht kommt, weil die Regelung des Kostenausweises auf einen Vorschlag des BVerfG zurückzuführen ist. Gleichwohl könnte die konkrete Ausgestaltung der getroffenen Regelungen Grundrechte der Versicherer verletzen.

(aa.) Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG begründet nach der Rechtsprechung des BVerfG ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit⁶⁷² und umfasst allgemein die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit zu ergreifen und wahrzunehmen⁶⁷³. Über Art. 19 Abs. 3 GG findet dieses Grundrecht auch auf inländische juristische Personen des Privatrechts Anwendung, da diese, ebenso wie natürliche Personen, in der Lage sind, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe, zu betreiben⁶⁷⁴. Dementsprechend können Versicherer, die in der Rechtsform der AG oder des VVaG organisiert sind, sich auf den Schutz der Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit durch Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

Indem der Gesetzgeber Versicherern vorschreibt, im Zuge vorvertraglicher Informationspflichten Angaben über die in die Prämie einkalkulierten Kosten zu machen, trifft er eine Bestimmung über die Art und Weise der Berufs- bzw. Gewerbeausübung und greift somit in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob dieser Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt ist.

Ein Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgt und dieser dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, welcher im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG durch die in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelte „Dreistufentheorie“ modifiziert wird⁶⁷⁵. Abhängig von der in Berufsausübungsregelungen und subjektive sowie objektive Berufszugangsregelungen zu unterteilende Arten des Eingriffs⁶⁷⁶ sind verschiedene Anforderungen an die hiermit verfolgten Zwecke zu stellen. Für die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs durch eine Berufsausübungsregelung reicht es dabei aus, dass vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls verfolgt werden⁶⁷⁷.

⁶⁷¹ Vgl. VW 2007, S. 1920f; *Brüss*, VW 2007, S. 1239; *Leverenz*, Rn. 3/40 m.w.N.; *Neuhaus/Kloth*, S. 46.

⁶⁷² Vgl. BVerfGE 7, 377 (400f); 33, 303 (329f); 92, 140 (151); *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 8.

⁶⁷³ Vgl. *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 22.

⁶⁷⁴ Vgl. BVerfGE 97, 228 (253); 102, 197 (212f); 105, 252 (265); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 10a; *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 22.

⁶⁷⁵ Vgl. BVerfGE 25, 1 (11f); 51, 193 (208); 87, 287 (321f); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 24 und 31; *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 100, 109 und 114.

⁶⁷⁶ Vgl. *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 25-27; *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 100-106.

⁶⁷⁷ Vgl. BVerfGE 70, 1 (28); 78, 155 (162); 93, 362 (369); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 36; *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 101.

Die als Berufsausübungsregelung zu qualifizierende Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV stellt einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG durch Rechtsverordnung und somit aufgrund eines Gesetzes⁶⁷⁸ dar. Als vernünftige Belange des Allgemeinwohls, welche mit der Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 GG verfolgt werden, kann auf die bereits genannten Gründe verwiesen werden, die den Gesetzgeber zur Regelung des Kostenausweises veranlasst haben, also zum einen die Stärkung des Bewusstseins für die Problematik verminderter Rückkaufswerte und zum anderen die Förderung des Wettbewerbs zwischen den Versicherungsunternehmen. Daran, dass die getroffene Maßnahme die verfolgten Zwecke fördert und somit geeignet ist⁶⁷⁹, bestehen keine Zweifel, schließlich ist mit Blick auf die Geeignetheit einer Maßnahme dem Gesetzgeber ein breiter Beurteilungsspielraum gegeben⁶⁸⁰. Auch ist nicht ersichtlich, welche mildereren Mittel zum Einsatz kommen sollten, um das verfolgte Ziel zu erreichen, so dass die Begründung der Informationspflichten nicht erforderlich wäre⁶⁸¹. Schließlich steht der mit der getroffenen Regelung einhergehende Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck und ist somit angemessen⁶⁸², weswegen § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV eine verhältnismäßige Beschränkung von Art. 12 Abs. 1 GG vorsieht und damit dieses Grundrecht nicht verletzt.

(bb.) Art. 3 Abs. 1 GG

Neben Art. 12 Abs. 1 GG werden überdies Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung über den Kostenausweis mit Art. 3 Abs. 1 GG geltend gemacht, da eine Verpflichtung zum Ausweis der angefallenen Kosten bei anderen Finanzdienstleistungen wie Fondssparverträgen mit Banken nicht in gleicher Weise vorgeschrieben sei⁶⁸³.

Ein Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG, auf den sich inländische juristische Personen des Privatrechts wie Versicherungsunternehmen in der Rechtsform der AG und des VVaG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG berufen können⁶⁸⁴, setzt voraus, dass der Gesetzgeber wesentlich Gleiches ungleich oder wesentlich Ungleiches gleich behandelt⁶⁸⁵. Es stellt sich an dieser Stelle bereits die Frage, welche Finanzdienstleistungen durch den Gesetzgeber anders als Lebensversicherungen behandelt werden, so dass eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorläge. Soweit auf Fondssparverträge mit Banken verwiesen wird, erscheint es

⁶⁷⁸ Vgl. *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 20f; *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, Art. 12, Rn. 85.

⁶⁷⁹ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316); 80, 1 (24f); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 33.

⁶⁸⁰ Vgl. BVerfGE 77, 308 (332); 88, 203 (262); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 32b.

⁶⁸¹ Vgl. BVerfGE 30, 292 (312); 75, 246 (269); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 34.

⁶⁸² Vgl. BVerfGE 30, 292 (316f); 46, 120 (148); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 12, Rn. 35.

⁶⁸³ Vgl. VW 2007, S. 1920f; *Brüss*, VW 2007, S. 1239; *Leverenz*, Rn. 3/40; *Neuhaus/Kloth*, S. 46.

⁶⁸⁴ Vgl. *Jarass*, in: *J/P*, Art. 3, Rn. 7; *Osterloh*, in: *Sachs*, Art. 3, Rn. 72.

⁶⁸⁵ Vgl. BVerfGE 84, 133 (158); 90, 226 (239); 98, 365 (385); 103, 310 (318).

zweifelhaft, inwieweit es sich um wesentlich gleiche Regelungssachverhalte handelt, denn die in der kapitalbildenden Lebensversicherung bestehenden Problematik der Rückkaufswerte und das bei der kapitalbildenden Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung auftretende Problem der angemessenen Beteiligung an stillen Reserven, zu dessen Lösung unter anderem ein durch den Kostenausweis geförderter Wettbewerb zwischen den Versicherungsunternehmen beitragen soll, stellen sich bei Fondssparverträgen nicht in gleicher Weise.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass eine Ungleichbehandlung nicht mit einer Verletzung des Grundrechts identisch ist. Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG können nach der in diesem Punkt uneinheitlichen Rechtsprechung des BVerfG gerechtfertigt sein, wenn ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht⁶⁸⁶, wobei in Abhängigkeit von einer Reihe verschiedener Faktoren in der neueren Rechtsprechung ergänzend Kriterien des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden⁶⁸⁷. Im Bereich der hier betroffenen wirtschaftslenkenden und wirtschaftsordnenden Maßnahmen stellt das BVerfG jedoch tendenziell auf eine großzügigere Prüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ab⁶⁸⁸, weswegen in erster Linie auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes abzustellen sein dürfte. Als sachlicher Grund kommen die bereits erwähnten spezifischen Probleme der Lebensversicherung, denen der Gesetzgeber mit der Neuregelung begegnen wollte, in Frage. Soweit daher die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV zu einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG führen sollte, wäre dieser verfassungsrechtlich gerechtfertigt⁶⁸⁹.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht zwingend zur Nichtigkeit der angegriffenen Norm führt, da das BVerfG es regelmäßig dem Gesetzgeber überlässt, wie er eine etwaige Ungleichbehandlung beseitigen will, und es daher die angegriffenen Normen nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt und ihn zu einer Neuregelung auffordert⁶⁹⁰. Folglich würde ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht zwingend dazu führen, dass die Versicherer im Falle einer Neuregelung von der Pflicht zum Kostenausweis entbunden würden.

(2.) § 2 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV sind mögliche sonstige Kosten, insbesondere solche, die einmalig oder aus besonderem Anlass entstehen können, gemäß Abs. 2 in Eurobeträgen. Aus dem Wort „möglichen“ in Verbindung mit dem in

⁶⁸⁶ Vgl. BVerfGE 61, 138 (147); 68, 237 (250); *Osterloh*, in: *Sachs*, Art. 3, Rn. 8.

⁶⁸⁷ Vgl. *Jarass*, in: *J/P*, Art. 3, Rn. 17-25 m.w.N.

⁶⁸⁸ Vgl. BVerfGE, 18, 315 (331), 50, 290 (338); *Jarass*, in: *J/P*, Art. 3, Rn. 24 und 62.

⁶⁸⁹ Vgl. im Ergebnis *Münster*, *VersVerm* 2008, S. 274 (275).

⁶⁹⁰ Vgl. *Jarass*, in: *J/P*, Art. 3, Rn. 40f; *Osterloh*, in: *Sachs*, Art. 3, Rn. 130-132.

der Verordnungsbegründung genannten Beispiel der Kosten für eine Ersatzurkunde⁶⁹¹ lässt sich der Schluss ziehen, dass es sich bei den auszuweisenden Kosten nur um solche handelt, die nicht zwangsläufig, sondern erst durch ein besonderes Verhalten des Versicherungsnehmers entstehen⁶⁹². Inhaltlich überschneidet sich die Regelung mit der des § 1 Abs. 1 Nr. 8 VVG-InfoV⁶⁹³.

(3.) § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV muss der Versicherer über die in Betracht kommenden Rückkaufswerte gemäß § 2 Abs. 2 VVG-InfoV in Eurobeträgen informieren, womit das Bewusstsein des Versicherungsnehmers für diese Problematik geschärft werden soll. Umgesetzt werden hiermit die Vorgaben von Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A Nr. a9 der RL 2002/83/EG.

dd. § 2 Abs. 3 VVG-InfoV i.V.m. 154 Abs. 1 VVG

§ 2 Abs. 3 VVG-InfoV normiert die Zinssätze, mit denen die vom Versicherer gemäß § 154 Abs. 1 VVG zu übermittelnde Modellrechnung darzustellen ist.

§ 154 Abs. 1 VVG bestimmt für kapitalbildende Lebensversicherungen mit Überschussbeteiligung, dass der Versicherer eine Modellrechnung zu übermitteln hat, in der die mögliche Ablaufleistung anhand von drei verschiedenen Zinssätzen dargestellt wird. Dies gilt jedoch nicht generell, sondern nur für den Fall, dass im Zusammenhang mit dem Angebot und/oder dem Abschluss von einer Lebensversicherung bezifferte Angaben zur Überschussbeteiligung hinaus gemacht werden, was allerdings dem Regelfall entsprechen dürfte⁶⁹⁴. Derartige Beispielrechnungen sind bislang ohne gesetzliche Regelung gewesen, jedoch hat sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, eine gesetzlich normierte Modellrechnung vorzuschreiben, um Gefahren des Missbrauchs derartiger Rechenbeispiele vorzubeugen⁶⁹⁵. Damit Versicherungsnehmer nicht irrtümlich annehmen, sie könnten sich auf die Höhe der in der Modellrechnung genannten Leistungen verlassen, bestimmt § 154 Abs. 2 VVG, dass diese klar und verständlich darauf hinzuweisen sind, dass es sich bei der Modellrechnung nur um ein Rechenmodell handelt, dem fiktive Annahmen zugrunde liegen und aus der keine vertraglichen Ansprüche gegen den Versicherer resultieren⁶⁹⁶. Mit der Normierung einer Modellrechnung ist der Gesetzgeber einem entsprechenden Vorschlag der Reformkommission gefolgt⁶⁹⁷.

Fraglich ist aber, ob die Modellrechnung mit festgelegten Zinssätzen als Infor-

⁶⁹¹ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 8f.

⁶⁹² Vgl. *Baroch Castellvi*, RuS 2009, S. 1 (3).

⁶⁹³ Vgl. *Mauntel*, in: PK-VVR, § 2 VVG-InfoV, Rn. 7; *Präve*, VersR 2008, S. 151 (155).

⁶⁹⁴ Vgl. *Präve*, VersR 2008, S. 151 (155).

⁶⁹⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 52 re. Sp. und S. 97 li. Sp.

⁶⁹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 97 re. Sp.

⁶⁹⁷ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 121-123.

mationspflicht des Versicherers mit Art. 36 Abs. 3 der Richtlinie 2002/83/EG zu vereinbaren ist. Mit Rücksicht darauf, dass die Modellrechnung dem Missbrauch von Beispielrechnungen entgegenwirken soll und somit hilft, Irreführungen der Versicherungsnehmer zu vermeiden⁶⁹⁸, trägt sie dazu bei, eine informierte Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Damit entspricht die Modellrechnung den Anforderungen des Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG und ist somit richtlinienkonform⁶⁹⁹.

ee. § 2 Abs. 4 und Abs. 5 VVG-InfoV

§ 2 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 VVG-InfoV bestimmen, in welchem Umfang die Informationspflichten des § 2 Abs. 1 und 2 VVG-InfoV bei der Berufsunfähigkeitsversicherung und der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr entsprechend anzuwenden sind. Fraglich ist jedoch, ob § 2 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 VVG-InfoV auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhen.

(1.) Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Wie bereits im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV dargelegt, muss der Gesetzgeber gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung im Gesetz bestimmen, damit eine wirksame Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung besteht⁷⁰⁰. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG rühren daher, dass dort allein von der Lebensversicherung, nicht aber von der Berufsunfähigkeitsversicherung und der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr die Rede ist. Zudem folgt auch aus der Regelungssystematik des neuen VVG, wonach in Kapitel 5 die Lebensversicherung, in Kapitel 6 die Berufsunfähigkeitsversicherung und in Kapitel 7 die Unfallversicherung geregelt ist, dass begrifflich zwischen diesen Versicherungsarten zu unterscheiden ist. Fraglich ist jedoch, ob § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG dennoch so ausgelegt werden kann, dass mit dem Begriff der Lebensversicherung auch die Regelungsbereiche der Berufsunfähigkeitsversicherung und der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr gemeint sind und somit von einer hinreichenden Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung auszugehen ist.

Ansatzpunkt hierfür könnte entsprechend der Verordnungsbegründung⁷⁰¹ die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 2 VVG sein, wonach der Ordnungsgeber vorsehen kann, dass die zunächst nur für Lebensversicherungen vorgeschriebenen besonderen Informationen auch bei Verträgen zu erteilen sind, die einzelne Elemente der Lebensversicherung umfassen. Dies sei der Fall bei der Unfall-

⁶⁹⁸ Zweifelnd Römer, RuS 2008, S. 405 (410).

⁶⁹⁹ Vgl. im Ergebnis auch BT-Drucks 16/3945, S. 60 re. Sp.

⁷⁰⁰ Vgl. oben unter C. III. 4. d. cc. (1.) (b.) (bb.).

⁷⁰¹ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 10.

und der Berufsunfähigkeitsversicherung mit Beitragsrückgewähr⁷⁰². Dem Willen des Gesetzgebers entspricht es somit, dass in der Unfall- und der Berufsunfähigkeitsversicherung mit Beitragsrückgewähr ebenfalls die besonderen Informationspflichten der Lebensversicherung durch die VVG-InfoV vorgeschrieben werden können, da diese Elemente der Lebensversicherung enthalten. Folglich kann der Begriff der Lebensversicherung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG im Wege historischer Auslegung so verstanden werden, dass dieser auch die Unfall- und Berufsunfähigkeitsversicherung mit Beitragsrückgewähr umfasst⁷⁰³, nicht aber die Berufsunfähigkeitsversicherung ohne Prämienrückgewähr. Folglich fehlt es für diese an einer wirksamen Verordnungsermächtigung⁷⁰⁴, weswegen § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV insoweit verfassungswidrig und daher teilweise unwirksam ist⁷⁰⁵.

(2.) Zwischenergebnis

Bis zu einer Neufassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 VVG besteht bei Berufsunfähigkeitsversicherungen ohne Prämienrückgewähr keine Pflicht, die Informationspflichten des § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV zu erfüllen.

ff. § 4 VVG-InfoV

Soweit der Versicherungsnehmer ein Verbraucher⁷⁰⁶ ist, hat der Versicherer diesem gemäß § 4 VVG-InfoV, ein Produktinformationsblatt zur Verfügung zu stellen, das solche Informationen enthält, die für den Abschluss und die Erfüllung des Vertrages von besonderer Bedeutung sind.

(1.) Gründe für die Einführung des Produktinformationsblattes

Mit der Einführung eines Produktinformationsblattes kommt der Verordnungsgeber Forderungen aus dem Schrifttum nach, dem Versicherungsnehmer die wichtigsten Informationen gesondert in hervorgehobener Form mitzuteilen⁷⁰⁷. Ausgangspunkt dieser Forderungen ist die Regelung des § 7 Abs. 1 VVG und der ersatzlose Wegfall des § 5a VVG a.F. gewesen, womit sich die Notwendigkeit abzeichnete, die Informationspflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Willenserklärung zu erfüllen. Bezweifelt wurde, ob eine derartige Vorabinformation den Interessen des Versicherungsnehmers tatsächlich nutzen würde. In diesem Zusammenhang formulierte Römer spitz, das eigentliche Problem bestehe darin, dass der Verbraucher die AVB und die

⁷⁰² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

⁷⁰³ A.A. Baroch Castellvi, in: HK-VVG, § 2 VVG-InfoV, Rn. 56 und 69.

⁷⁰⁴ Vgl. Baroch Castellvi, in: HK-VVG, § 2 VVG-InfoV, Rn. 59.

⁷⁰⁵ Vgl. Vgl. Degenhart, Rn. 336f; Jarass, in: J/P, Art. 80, Rn. 20;

⁷⁰⁶ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 14.

⁷⁰⁷ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 13; Brömmelmeyer, in: VersWissStud (26. Bd.), S. 115 (120); Römer, VersR 2006, S. 741 (741); ders., VersR 2007, S. 618-620; Schimikowski, RuS 2006, S. 441 (444); ders., RuS 2007, S. 133; A. Staudinger, S. 16.

Verbraucherinformationen in der Regel ohnehin nicht lese, sei es vor oder nach Vertragsschluss⁷⁰⁸. Die Bedenken gingen dahin, dass eine Information des Versicherungsnehmers anhand von AVB sowie der weiteren Informationen des § 10a VAG a.F. nicht zu bewerkstelligen sei, da diese aufgrund ihrer sprachlichen Fassung und ihres beträchtlichen Umfangs häufig ohnehin nicht zur Kenntnis genommen würden⁷⁰⁹. Eine Hilfestellung bei diesem Problem biete daher ein „Vorblatt zu den AVB“, in dem nach dem Satz „weniger ist mehr“ die wichtigsten Informationen in klarer Sprache knapp und anschaulich zusammengefasst werden und somit ein Anreiz geschaffen wird, diese tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen⁷¹⁰. Teilweise war mit diesem Vorschlag auch die Forderung verbunden, die Regelung des § 5a VVG a.F. beizubehalten und gleichsam als Kompromiss lediglich das Vorblatt zu den AVB dem Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Willenserklärung zu übergeben⁷¹¹. Diesem Vorschlag ist der Gesetzgeber indes nicht gefolgt. Vielmehr ist das Produktinformationsblatt zusätzlich zu den übrigen Informationen zu erteilen, womit dem Versicherungsnehmer ermöglicht werden soll, sich einen ersten Überblick zu verschaffen und anhand von Verweisen nähere Einzelheiten in den übrigen Informationsmaterialien zu finden⁷¹².

(2.) Begrenzter Adressatenkreis

Das Produktinformationsblatt ist nur Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB⁷¹³ zur Verfügung zu stellen, womit von dem ursprünglichen Regelungsvorschlag des § 4 des Entwurfs der VVG-InfoV vom 18. Juni 2007 abgewichen wird, der als Adressaten noch alle Versicherungsnehmer bestimmte. Konsequenterweise ist die Beschränkung des Adressatenkreises vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung zu § 7 VVG nicht, die nicht nur Verbraucher für schutzbedürftig hält⁷¹⁴. Das Problem, eine Vielzahl vorvertraglicher Informationen zu bewältigen, stellt sich nicht nur für Verbraucher, weswegen die Wegweiserfunktion des Produktinformationsblattes auch anderen Versicherungsnehmern von Nutzen gewesen wäre.

(3.) § 4 Abs. 1 und Abs. 2 VVG-InfoV

Gemäß § 4 Abs. 1 VVG-InfoV hat das Produktinformationsblatt diejenigen In-

⁷⁰⁸ Vgl. Römer, VersR 2006, S. 740 (741).

⁷⁰⁹ Vgl. Brömmelmeyer, in: VersWissStud (26. Bd.), S. 117 (118); Römer, VersR 2006, S. 740 (741), ders., VersR 2007, S. 618f; Schimikowski, RuS 2006, S. 441 (444). Allgemein zu dem Problem begrenzter Aufnahmemöglichkeiten bei vorvertraglichen Informationen: Rehberg, S. 55-66 m.w.N.

⁷¹⁰ Vgl. Römer, VersR 2006, S. 740 (741); ders., VersR 2007, S. 618 (619).

⁷¹¹ Vgl. Baumann/Beenken, S. 51; Leverenz, Rn. 3/43; Schimikowski, RuS 2006, S. 441 (444 und 445).

⁷¹² Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 13.

⁷¹³ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 14.

⁷¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

formationen zu enthalten, die für den Abschluss oder die Erfüllung des Vertrages von besonderer Bedeutung sind. Welche Informationen dies sind, wird in Abs. 2 legaldefiniert.

(a.) § 4 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VVG-InfoV

Zu informieren ist über die Art des angebotenen Vertrages und zugleich ist eine Beschreibung des durch den Vertrag versicherten Risikos zu geben, womit teilweise die Informationen des § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV zusammengefasst werden.

(b.) § 4 Abs. 2 Nr. 3 VVG-InfoV

Der Versicherer muss Angaben zur Höhe der Prämie, zur Fälligkeit und zum prämienbelasteten Zeitraum machen sowie auf die Folgen einer unterbliebenen oder verspäteten Zahlung hinweisen, womit § 1 Abs. 1 Nr. 7 und 9 VVG-InfoV aufgegriffen werden.

(c.) § 4 Abs. 2 Nr. 4 VVG-InfoV

Der Hinweis auf im Vertrag enthaltene Leistungsausschlüsse knüpft ebenso wie § 4 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VVG-InfoV an § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV an.

(d.) § 4 Abs. 2 Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7 VVG-InfoV

Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 5-7 VVG-InfoV sind Hinweise auf die bei Vertragsschluss, während der Vertragslaufzeit und bei Eintritt des Versicherungsfalles zu beachtenden Obliegenheiten sowie die Folgen ihrer Nichtbeachtung aufzunehmen. Die Pflicht zur Mitteilung der vor und nach Vertragsschluss zu beachtenden Obliegenheiten knüpft an die Pflicht zur Mitteilung der AVB gemäß § 7 Abs. 1 VVG und § 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV an, denn § 10 Nr. 4 VAG bestimmt, dass die AVB entsprechende vollständige Angaben, enthalten müssen⁷¹⁵. Über die Pflicht zur Mitteilung der Obliegenheiten hinaus begründet § 4 Abs. 2 Nr. 5-7 VVG-InfoV die Pflicht, auf die Folgen einer Obliegenheitsverletzung hinzuweisen. Eine entsprechende Informationspflicht sieht das VVG nicht vor. Zwar heißt es in § 19 Abs. 5 S. 1 VVG, dass dem Versicherer die Rechte nach § 19 Abs. 2 bis Abs. 4 VVG, welche die Folgen der Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht des § 19 Abs. 1 VVG regeln, nur zustehen, wenn er durch gesonderte Mitteilung in Textform auf die Folgen einer Anzeigepflichtverletzung hingewiesen hat. Auch wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass der Versicherer *verpflichtet* wird, den Versicherungsnehmer über die Folgen einer Verletzung seiner Anzeigepflicht zu belehren⁷¹⁶. Aufgrund der angeordne-

⁷¹⁵ Vgl. *Präve*, in: *Prölss*, § 10, Rn. 9.

⁷¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 66 re. Sp. und S. 67 li. Sp.

ten Rechtsfolge, dass der Versicherer sich nicht auf die Rechte nach § 19 Abs. 2 bis Abs. 4 VVG berufen kann, verschlechtert eine unterlassene Belehrung indes allein seine Rechtsposition. Handlungsgebote, deren Verletzung ausschließlich zu rechtlichen Nachteilen des Belasteten führen, stellen keine Pflichten, sondern nur Obliegenheiten dar⁷¹⁷. Vor diesem Hintergrund führt erst die Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 5 VVG-InfoV zu einer echten Pflicht des Versicherers, über die bei Vertragsschluss zu beachtenden Obliegenheiten und die Folgen ihrer Verletzung zu belehren.

Ebenso ist die Regelung des § 28 Abs. 4 VVG, wonach der Versicherer sich gemäß § 28 Abs. 2 VVG nur dann auf Leistungsfreiheit berufen kann, wenn er bei einer nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Auskunfts- oder Aufklärungsobliegenheit auf diese Rechtsfolgen durch gesonderte Mitteilung in Textform hingewiesen hat, lediglich als Obliegenheit zu verstehen. Zwar spricht die Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit § 28 Abs. 4 VVG von einer Belehrungspflicht⁷¹⁸, jedoch sieht die Norm ebenso wie § 19 Abs. 5 S. 1 VVG allein rechtliche Nachteile des Versicherers vor. Fraglich ist jedoch, ob eine derartige mit Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG zu vereinbaren ist.

Der Hinweis auf die Folgen einer Obliegenheitsverletzung verdeutlicht dem Versicherungsnehmer, welche Bedeutung die ihm auferlegten Obliegenheiten haben. Je nachdem, wie in einem angebotenen Versicherungsvertrag Obliegenheiten des Versicherungsnehmers ausgestaltet sind, kann dieser leichter deren Bedeutung einschätzen, womit ihm eine Hilfestellung für seine Auswahlentscheidung gewährt wird. Damit genügen die in § 4 Abs. 1 Nr. 5-7 VVG-InfoV geregelten weitergehenden Informationspflichten den Anforderungen des Art. 36 Abs. 3 der RL 2002/83/EG.

(e.) § 4 Abs. 2 Nr. 8 und 9 VVG-InfoV

Die Angaben von Beginn und Ende des Versicherungsschutzes sowie die Hinweise auf die Möglichkeiten zur Beendigung des Vertrages knüpfen an die allgemeinen Informationspflichten des § 1 Abs. 1 Nr. 12, Nr. 14 und Nr. 15 VVG-InfoV an.

(4.) § 4 Abs. 3 und Abs. 4 VVG-InfoV

§ 4 Abs. 3 VVG-InfoV ergänzt § 4 Abs. 2 Nr. 2 VVG-InfoV für die Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung um einen Hinweis auf die vom Versicherer gemäß § 154 Abs. 1 VVG zu übermittelnde Modellrechnung.

§ 4 Abs. 4 VVG-InfoV ergänzt unter anderem für die Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung die Mitteilungspflicht des § 4 Abs. 2 Nr. 3 VVG-InfoV

⁷¹⁷ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, Einl. v. § 241, Rn. 13.

⁷¹⁸ Vgl. BT-Drucks, 16/3945, S. 69 re. Sp.

dahin, dass Abschluss- und Vertriebskosten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV) sowie die sonstigen Kosten (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VVG-InfoV) jeweils in Euro gesondert auszuweisen sind. Fraglich ist jedoch, ob neben den ausdrücklich genannten Abschluss- und Vertriebskosten im Produktinformationsblatt auch die in die Prämie einkalkulierten Verwaltungskosten auszuweisen sind, schließlich verweist der Klammerzusatz in § 4 Abs. 4 VVG-InfoV auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV, demzufolge auch die Verwaltungskosten mitzuteilen sind⁷¹⁹.

Teilweise wird in der Literatur davon ausgegangen, wegen des Wortlauts von § 4 Abs. 4 VVG-InfoV seien allein die Abschluss- und Vertriebskosten auszuweisen, nicht aber die Verwaltungskosten⁷²⁰. Teilweise wird insoweit aber kritisch angemerkt, dass dieser Unterscheidung nicht einleuchte⁷²¹.

Demgegenüber ist der Begründung zu § 4 Abs. 4 VVG-InfoV zu entnehmen, dass im Produktinformationsblatt die Kosten des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV gesondert ausgewiesen werden sollen⁷²², mithin auch die Verwaltungskosten. Anhand des Produktinformationsblattes solle der Versicherungsnehmer auf einen Blick erkennen können, welche Kosten mit dem Abschluss des Vertrages verbunden seien⁷²³.

Soweit in der Literatur darauf abgestellt wird, dass wegen des klaren Wortlauts für ein „Hineininterpretieren“ der „übrigen einkalkulierten Kosten“, also der Verwaltungskosten, in § 4 Abs. 4 VVG-InfoV jede Grundlage fehle⁷²⁴, ist dem nicht zuzustimmen. Obwohl § 4 Abs. 4 VVG-InfoV explizit die Abschluss- und Verwaltungskosten erwähnt, nimmt der dahinter stehende Klammerzusatz auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV Bezug. Diese Norm beschränkt sich jedoch nicht auf einen Ausweis der Abschluss- und Vertriebskosten, weswegen der Wortlaut von § 4 Abs. 4 VVG-InfoV wegen dieses Verweises gerade nicht klar und eindeutig ist. Vor diesem Hintergrund kann § 4 Abs. 4 VVG-InfoV auch so verstanden werden, dass die Abschluss- und Vertriebskosten nur stellvertretend für die von § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV erfassten Kosten stehen. Hierfür spricht zunächst, dass § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV selbst die Vertriebskosten nicht ausdrücklich nennt. Darüber hinaus beugt dieses Verständnis des Wortlauts von § 4 Abs. 4 VVG-InfoV Wertungswidersprüchen zum Kostenausweis in § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV vor. Schließlich kann auf diese Weise auch dem Regelungswillen des Ordnungsgebers Rechnung getragen werden. Diesem Argument kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Verordnungsbegründung im Hinblick auf den Regelungsgehalt des § 4 Abs. 4 VVG-InfoV widersprüchlich

⁷¹⁹ Vgl. oben unter C. III. 4. d. cc. (1.) (b.) (ee.).

⁷²⁰ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 4, Rn. 33; *ders.*, RuS 2009, S. 1 (2f); *Heilmann*, S. 16; *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 31; *Leverenz*, Rn. 3/39b; *Präve*, VersR 2008, S. 151 (155).

⁷²¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/39b.

⁷²² Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 16.

⁷²³ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 16.

⁷²⁴ Vgl. *Baroch Castellvi*, RuS 2009, S. 1 (2).

sei, da einerseits die Kosten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV gesondert auszuweisen seien, andererseits aber der Versicherungsnehmer auf einen Blick erkennen können solle, welche Kosten mit dem Abschluss eines Vertrages verbunden seien⁷²⁵. Denn die Kosten, die mit dem Abschluss eines Vertrages verbunden sind, können nicht mit den Abschlusskosten gleichgesetzt werden⁷²⁶, schließlich hat der Versicherungsnehmer infolge des Vertragsschlusses sämtliche mit dem Vertrag verbundene Kosten zu tragen.

Im Ergebnis sind daher im Produktinformationsblatt nicht nur die Abschluss- und Vertriebskosten, sondern auch Verwaltungskosten auszuweisen.

(5.) § 4 Abs. 5 VVG-InfoV

In § 4 Abs. 5 VVG-InfoV trifft der Verordnungsgeber nähere Bestimmungen über die Gestaltung des Produktinformationsblattes. Demnach ist es als solches zu bezeichnen und den anderen Informationen voranzustellen, wodurch es sich von diesen abheben und die besondere Bedeutung darin enthaltenen Informationen verdeutlichen soll⁷²⁷. Ferner sollen die Informationen in übersichtlicher und verständlicher Form knapp dargestellt werden, wobei das Produktinformationsblatt keinen abschließenden Charakter haben muss, worauf der Versicherungsnehmer auch gemäß § 4 Abs. 5 S. 2 HS 2 VVG-InfoV hinzuweisen ist.

Diese Pflicht zur knappen und anschaulichen Darstellung folgt einerseits aus der Notwendigkeit, dem Versicherungsnehmer mit dem Produktinformationsblatt eine Übersicht über die wesentlichen Merkmale des Vertrages zu verschaffen, steht aber andererseits in einem Spannungsverhältnis zu der Vielzahl der zu erteilenden Informationen sowie einzelnen Erläuterungen des Verordnungsgebers in der Verordnungsbegründung. So heißt es nämlich zu § 4 Abs. 2 Nr. 2 VVG-InfoV, dass das in Abs. 5 normierte Gebot der Verständlichkeit eine anschauliche Darstellung gebietet, weswegen gegebenenfalls einzelne, typische Beispiele genannt werden sollen, in denen Art und Umfang des Versicherungsschutzes verdeutlicht werden, wobei jedoch keine erschöpfende Darstellung verlangt werde⁷²⁸. Ferner wird zu § 4 Abs. 2 Nr. 4 VVG-InfoV ausgeführt, dass neben generellen Ausführungen beispielhaft einzelne praktisch bedeutsame Leistungsausschlüsse dargestellt werden sollten⁷²⁹ und zu § 4 Abs. 2 Nr. 5 VVG-InfoV heißt es, dass beispielhaft die wesentlichen bei Vertragsschluss zu beachtenden Obliegenheiten aufgezählt werden sollten, wobei auch diese Aufzählung nicht erschöpfend sein müsse⁷³⁰. Insoweit geht der Verordnungsgeber zwar davon aus,

⁷²⁵ Vgl. *Baroch Castellvi*, RuS 2009, S. 1 (2).

⁷²⁶ So *Baroch Castellvi*, RuS 2009, S. 1 (2).

⁷²⁷ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 16.

⁷²⁸ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 14.

⁷²⁹ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 15.

⁷³⁰ Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 15.

dass § 4 Abs. 5 S. 4 VVG-InfoV, wonach bei Informationen, die den Inhalt der vertraglichen Abrede betreffen, die jeweils maßgebliche Bestimmung des Vertrages oder der AVB zu nennen ist, eine Verweisungsmöglichkeit eröffnet, die einer zu ausführlichen Darstellung entgegenwirkt⁷³¹. Insgesamt muss dennoch bezweifelt werden, inwieweit das Produktinformationsblatt, entsprechend seiner Bezeichnung, als einzelnes Blatt ausgestaltet werden kann.

Die Lösung dieses Problems hat der Ordnungsgeber indes bewusst dem Versichere überlassen, da er wegen der Vielzahl der angebotenen Versicherungsverträge, auf die das Produktinformationsblatt zugeschnitten sein müsse, konkrete Vorgaben nicht für möglich hielt und daher auch von der Vorgabe eines Musters Abstand genommen hat⁷³². Angesichts dieser unzureichenden Vorgaben des Ordnungsgebers ist mit Blick auf die praktische Umsetzung der Vorgaben des § 4 Abs. 5 VVG-InfoV davon auszugehen, dass im Zweifel auch ein Produktinformationsblatt mit wenigen Seiten Umfang (etwa 2-3 Seiten) den Anforderungen der VVG-InfoV genügt. Entscheidend ist schließlich, dass eine derart kurz gehaltene Informationsbroschüre dem Versicherungsnehmer eher einen Anreiz bietet, sich mit den vorvertraglichen Informationen auseinander zu setzen, als die alleinige Aushändigung der AVB, womit der wesentliche Zweck des Produktinformationsblattes erreicht wird.

Schließlich sind die Informationen des Produktinformationsblattes gemäß § 4 Abs. 5 S. 3 VVG-InfoV in der Reihenfolge des § 4 Abs. 2 VVG-InfoV wiederzugeben, wodurch Produktinformationsblätter verschiedener Versicherer leichter miteinander verglichen werden können, auch wenn der Ordnungsgeber auf die Vorgabe eines Musters verzichtet hat⁷³³.

e. Zeitpunkt der Informationserteilung

Einigkeit besteht darüber, dass eine Informationserteilung nach Abgabe der Willenserklärung nicht in Betracht kommt. Zweifelhaft und Gegenstand einer regen Diskussion ist jedoch die Frage, wann vor Abgabe der Willenserklärung zu informieren ist. Im Wesentlichen dreht sich die Diskussion dabei um die Frage, welche Bedeutung dem Merkmal „rechtzeitig“ in § 7 Abs. 1 VVG zukommt.

Das Merkmal „rechtzeitig“ findet sich in den Richtlinienvorgaben in Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG. Nach der hier vorgenommenen Auslegung dieses Merkmals der RL 2002/65/EG⁷³⁴ kommt es im Wesentlichen darauf an, dass die Informationen dem Versicherungsnehmer so zeitig übergeben wer-

⁷³¹ Vgl. Begründung der VVG-InfoV S. 14 und S. 15.

⁷³² Vgl. Begründung der VVG-InfoV, S. 13.

⁷³³ Entgegen dem ursprünglichen Entwurf der VVG-InfoV vom 18. Juni 2007 hat der Ordnungsgeber sich darauf beschränkt, nur die Reihenfolge der Informationspflichten des Produktinformationsblattes vorzuschreiben und nicht auch die Reihenfolge der Informationspflichten der §§ 1 bis 3 VVG-InfoV, vgl. *Leverenz*, Rn. 3/30; *Präve*, *VersR* 2008, S. 151 (152).

⁷³⁴ Vgl. oben unter C. III. 2. e. cc. (4.).

den, dass dieser sich frei von äußerem Druck dafür entscheiden kann, sie zur Kenntnis zu nehmen oder dies zu unterlassen. Dennoch kann dieses Auslegungsergebnis nicht ohne weiteres auf § 7 Abs. 1 VVG übertragen werden, denn zum einen gilt die Richtlinie nur unmittelbar für den Fernabsatz gegenüber Verbrauchern und zum anderen könnte der deutsche Gesetzgeber dem Merkmal „rechtzeitig“ in § 7 Abs. 1 VVG einen abweichenden Sinngehalt beigemessen haben. Folglich ist ausgehend vom gegenwärtigen Meinungsstand in der Literatur zu diesem Problemkreis dieses Merkmals gesondert auszulegen.

aa. Meinungsstand in der Literatur

Über die Bedeutung und Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ gehen die Ansichten in der Literatur auseinander:

Ein Teil des Schrifttums geht davon aus, es lasse sich nicht generell sagen, wann eine Informationserteilung rechtzeitig ist, weswegen es maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles ankomme, insbesondere auf Art und Umfang der Informationen, die Schwierigkeit und Komplexität des angebotenen Versicherungsproduktes, die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages, die Dauer der vertraglichen Bindung sowie einschlägige Erfahrungen des Versicherungsnehmers⁷³⁵. Mit Blick auf das Kriterium der Schwierigkeit und Komplexität soll es bei einfachen oder standardisierten Produkten wie Reise-, Sterbegeld-, Privathaftpflicht-, Kfz-, Hausrat und Gebäudeversicherungen ausreichen, dem Versicherungsnehmer das Produkt zu erläutern und ihm eine kurze Zeit zum Durchsehen der Informationen einzuräumen, während bei komplexeren Versicherungen wie Lebens-, Berufsunfähigkeits-, Kranken- und gewerblichen Versicherungen eine längere Bedenkzeit, gegebenenfalls von mehreren Tagen, erforderlich sein soll⁷³⁶.

Obwohl es nach dieser Ansicht grundsätzlich auf eine differenzierte Betrachtung anhand der aufgezeigten Kriterien ankommen soll, halten einige Vertreter dieser Meinung eine Informationserteilung auch unmittelbar vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers für möglich. Voraussetzung hierfür sei, dass er die erteilten Informationen nicht zur Kenntnis nehmen und direkt seine

⁷³⁵ Vgl. *Baumann/Beenken*, S. 41f; *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 36; *Franz*, VersR 2008, S. 298 (303); *ders.*, DStR 2008, S. 303 (305); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., Rn. 13; *Leverenz*, Rn. 3/50, 3/59-3/63; *ders.*, VW 2008, S. 392 (393f); *Marlow/Spuhl*, S. 18f; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 66f; *Neuhaus/Kloth*, S. 48; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 6; *ders.*, RuS 2006, S. 441 (442); *ders.*, RuS 2007, S. 133 (135); *Schimikowski/Höra*, S. 110f; *T. Schneider*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 1a, Rn. 13; *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 61; *Wurdack*, Versicherungsmagazin 2008, S. 32f. Einschränkend *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 290; *ders.*, Rn. 284, wonach es auf besondere Umstände des Einzelfalles, die in der Person des Versicherungsnehmers liegen, nicht ankommen soll.

⁷³⁶ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (303); *ders.*, DStR 2008, S. 303 (305); *Leverenz*, Rn. 3/60; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 67; *Neuhaus/Kloth*; S. 48; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 6 und 8; *ders.*, RuS 2006, S. 441 (442); *ders.*, RuS 2007, S. 133 (135f); *Schimikowski/Höra*, S. 111; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 290; *ders.*, Rn. 284.

auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgeben wolle. Eine zwangsweise Information komme schließlich nicht in Betracht⁷³⁷.

Andere Teile des Schrifttums sind der Meinung, im Ansatz sei die Rechtzeitigkeit der Informationserteilung nach der Komplexität des Produktes zu beurteilen, zumindest, soweit der Versicherungsnehmer auf eine Beratung durch den Versicherer bzw. Versicherungsvertreter verzichte, da es nun auf seine eigene Informationsverarbeitung ankomme⁷³⁸. Demgegenüber komme es im Regelfall auf ein durch den Berater gesteuertes Studium der AVB an, weswegen selbst bei komplexen Produkten ein zweiter Vertreterbesuch nicht zwingend erforderlich sei⁷³⁹.

In ähnlicher Weise stellt eine andere Ansicht darauf ab, ob der Versicherungsnehmer aufgrund der Beratung durch den Versicherer in der Lage sei, eine informierte Entscheidung zu treffen. Davon gehe auch § 4 Abs. 5 der VVG-InfoV aus. Im Produktinformationsblatt seien die wesentlichen Informationen über den Vertragsinhalt hervorzuheben und so darzustellen, dass der Versicherungsnehmer den Vertrag verstehe. Dabei werde ausdrücklich verlangt, dass bei den Informationen, die den Vertragsinhalt betreffen, jeweils auf die maßgebliche Bestimmung in den AVB hinzuweisen ist. Aus diesem Konzept lasse sich der Begriff „rechtzeitig“ funktional entwickeln. Der Versicherer biete zunächst eine AVB-basierte Beratung an. Wenn er den Kunden auf diese Weise über den wesentlichen Vertragsinhalt informiert habe, treffe dieser eine informierte Entscheidung⁷⁴⁰.

Schließlich halten weitere Teile der Literatur eine Konkretisierung des Merkmals „rechtzeitig“ anhand der Umstände des Einzelfalles nicht für maßgeblich. Sie betonen, der Versicherungsnehmer habe es in der Hand, ob und inwieweit er die erteilten Informationen lese. Aus diesem Grunde sei es ausreichend, wenn er die Möglichkeit zur Kenntnisnahme habe⁷⁴¹ und gegebenenfalls die Vertragsverhandlungen zu einem anderen Zeitpunkt fortführen könne⁷⁴².

bb. Wortlaut des § 7 Abs. 1 VVG

Der Begriff „rechtzeitig“ lässt sich mit den Wendungen „zum richtigen Zeitpunkt, so dass es noch früh genug ist“ oder im Sinne von „pünktlich, ehe es zu

⁷³⁷ Vgl. *Baumann/Beenken*, S. 76; *Franz*, DStR 2008, S. 303 (305); *Leverenz*, Rn. 3/56; *ders.*, VW 2008, S. 392 (393); *Neuhaus/Kloth*, S. 48.. Im Ergebnis auch *T. Schneider*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 1a, Rn. 13.

⁷³⁸ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 61.

⁷³⁹ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 60.

⁷⁴⁰ Vgl. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 22f und 124.

⁷⁴¹ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 49; *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (22); *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (163f); *Grote/Schneider* BB 2007, S. 2689 (2691); *Mauntel*, in: *PK-VVR*, § 1 VVG-InfoV, Rn. 6 und 12; *Niederleithinger*, Teil A, Rn. 64 und 68; *Römer*, *VersR* 2006, S. 740 (741); *Stadler*, VW 2006, S. 1339 (1340); *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (718).

⁷⁴² Vgl. *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 49; *Grote/Schneider* BB 2007, S. 2689 (2691).

spät ist“ umschreiben⁷⁴³. Synonyme Ausdrücke sind unter anderem „fristgemäß“, „früh genug“, „ohne Verspätung“ oder „termingemäß“⁷⁴⁴. Der Wortlaut schließt somit eine starre Mindestfrist aus, bietet im Übrigen aber keine Anhaltspunkte dafür, bis zu welchem Zeitpunkt genau die Informationen zu erteilen sind. Um diese Frage zu beantworten, müssen daher Kriterien herangezogen werden, die außerhalb des Wortlauts der Norm liegen.

cc. Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG

In der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG heißt es, der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem die Informationen nach Satz 1 spätestens erteilt werden müssen, sei die Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers. Diese Regelung übernehme den Wortlaut des § 312c Abs. 1 BGB, mit dem Artikel 3 Abs. 1 und Artikel 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG umgesetzt werden. Er sei der Formulierung in § 48b Abs. 1 VVG a.F. („rechtzeitig vor dessen Bindung“) vorzuziehen, da durch diese der für die Information des Versicherungsnehmers maßgebliche Zeitpunkt nicht eindeutig bestimmt werde. Nunmehr sei klargestellt, dass die vorgeschriebenen Informationen nicht erst bei Vertragsschluss erteilt werden dürften, wie dies bisher nach § 5a VVG a.F. zulässig war⁷⁴⁵. Der Gesetzesbegründung ist somit zu entnehmen, dass es dem Gesetzgeber in erster Linie darauf ankommt, klarzustellen, dass die bisher nach § 5a VVG a.F. mögliche Information des Versicherungsnehmers nach Abgabe seiner Willenserklärung nicht mehr zulässig sein soll. Ferner hält er eine Mindestfrist zwischen Informationserteilung und Abgabe der Willenserklärung nicht für erforderlich, was er auch an anderer Stelle in der Gesetzesbegründung ausdrücklich betont⁷⁴⁶. Darüber hinaus geht er aber auch nicht davon aus, dass der Informationszeitpunkt in Abhängigkeit von den Umständen des Vertragsschlusses wie etwa der Schwierigkeit und Komplexität des angebotenen Vertrages, zu bestimmen ist⁷⁴⁷. Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber eine Information auch noch bei Abgabe der Willenserklärung für gesetzeskonform hält.

dd. Vergleich mit § 312c BGB

Bei der Formulierung des § 7 Abs. 1 VVG hat sich der Gesetzgeber bewusst an die Formulierung des § 312c Abs. 1 BGB angelehnt⁷⁴⁸, die im Hinblick auf den Zeitpunkt der Informationserteilung mit der Formulierung des § 312c Abs. 2 Nr. 1 BGB übereinstimmt, welcher der Umsetzung der RL 2002/65/EG im BGB

⁷⁴³ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/52.

⁷⁴⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/52.

⁷⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁷⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

⁷⁴⁷ Vgl. *Funck*, VersR 2008, S. 163.

⁷⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

dient. Zu untersuchen ist daher, wie in § 312c BGB das Merkmal „rechtzeitig“ auszulegen ist.

Noch zur alten Fassung des § 312c Abs. 1 BGB, wonach der Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages zu informieren war, ist vereinzelt vertreten worden, die Wendung sei so zu verstehen, dass der Verbraucher grundsätzlich drei Tage Zeit haben müsse, um seinen Meinungsbildungsprozess abzuschließen⁷⁴⁹. Dieser Auslegungsansatz hat jedoch im Fernabsatzrecht weder zu § 312c Abs. 1 BGB a.F. noch zu § 312c BGB n.F. Gefolgschaft gefunden⁷⁵⁰, weil sich weder aus dem BGB noch aus den Richtlinienvorgaben Anhaltspunkte für eine Frist von drei Tagen ergeben⁷⁵¹.

Wie im Übrigen das Merkmal „rechtzeitig“ auszulegen ist, wird in der fernabsatzrechtlichen Literatur weitgehend durch eine direkte oder indirekte Bezugnahme auf die Ausführungen in der Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 2 Abs. 2 FernAbsG a.F., der mit § 312c Abs. 1 BGB a.F. übereinstimmt, konkretisiert⁷⁵². Dort heißt es, dass die Fernabsatzrichtlinie, und damit auch § 2 Abs. 2 FernAbsG, „rechtzeitig“ nicht definiere, weil sich keine konkretisierende, für alle Einzelfallumstände passende Bestimmung finden lasse und es daher der Rechtsprechung überlassen werden müsse, zu bestimmen, bis zu welchem Zeitpunkt eine Information noch als „rechtzeitig“ zu beurteilen sein. Sichergestellt werden solle jedenfalls, dass der Verbraucher die übermittelten Informationen zur Kenntnis nehme und eine informierte Entscheidung treffen könne. Der Unternehmer solle den Verbraucher nicht dadurch unter Druck setzen können, dass er beispielsweise die Gültigkeitsdauer seines Angebots so kurz bemisst und dem Verbraucher die notwendigen Informationen erst so spät übermittelt, dass diesem keine angemessene Zeit für eine Entscheidungsfindung bleibt. Die Übermittlung der Informationen dürfe zwar nicht mit dem Vertragsschluss zusammenfallen, sie könne jedoch, je nach den Umständen des Einzelfalles, auch erst unmittelbar vor Vertragsschluss erfolgen, wenn dies im Hinblick auf den Umfang der Informationen und die Bedeutung des Geschäfts für den Verbraucher angemessen sei⁷⁵³.

Aus diesen im Fernabsatzrecht für maßgeblich gehaltenen Erwägungen hat als erster *Schimikowski*⁷⁵⁴ für das Versicherungsrecht den Schluss gezogen, bei einfachen Standardprodukten mit kurzen und verständlichen AVB komme eine Aushändigung der Informationen unmittelbar vor Unterzeichnung des Antrages

⁷⁴⁹ Vgl. *Micklitz*, in: HK-VertriebsR, § 312c, Rn. 32.

⁷⁵⁰ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 312c, Rn. 5; *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 19; *Thüsing*, in: *Staudinger*, § 312c, Rn. 20; *Wendehorst*, in: *MK*, § 312c, Rn. 78.

⁷⁵¹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 312c, Rn. 5; *Thüsing*, in: *Staudinger*, § 312c, Rn. 20.

⁷⁵² Vgl. *Saenger*, in: *Erman*, § 312c, Rn. 32; *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 19; *Thüsing*, in: *Staudinger*, § 312c, Rn. 20; *Wendehorst*, in: *MK*, § 312c, Rn. 78.

⁷⁵³ Vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 38 li. Sp.

⁷⁵⁴ Vgl. RuS 2007, S. 133 (135).

in Frage, wobei dem Versicherungsnehmer lediglich eine kurze Zeit zum Durchsehen eingeräumt werden müsse. Art und Bedeutung des Geschäfts verlangten bei standardisierten Sach- und Haftpflichtversicherungen, die existenzielle Risiken abdecken, dass der Versicherungsnehmer über den Inhalt des Versicherungsvertrages informiert werde und er vor seiner Antragsstellung einige Minuten Zeit erhalte, die AVB durchzusehen, damit er als „mündiger Verbraucher“ eine informierte Entscheidung treffen könne. Bei Personenversicherungen wie Lebens- und Krankenversicherungen sei wegen der Bedeutung und Komplexität demgegenüber eine Bedenkzeit von mehreren Tagen erforderlich.

Diese von *Schimikowski* vorgenommene, produktorientierte Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ in § 7 Abs. 1 VVG lässt sich auch auf die Ausführungen des Gesetzgeber bei der erstmaligen Umsetzung der RL 2002/65/EG in der Gesetzesbegründung § 48b VVG a.F. stützen, wo es heißt, was „rechtzeitig“ sei, lasse die Regelung offen. Damit werde Raum für eine Einzelfallbeurteilung geschaffen. Je nach Komplexität des Vertrages werde das Merkmal „rechtzeitig“ unterschiedlich auszufüllen sein. Insbesondere in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer kein Widerrufsrecht habe, erscheine es denkbar, relativ kurze Fristen zuzulassen, da die betroffenen kurzfristigen Verträge überwiegend nur eine geringe wirtschaftliche Bedeutung hätten⁷⁵⁵. Demnach hat der Gesetzgeber bei der erstmaligen Umsetzung der RL 2002/65/EG ebenfalls eine produktorientierte Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ für maßgeblich gehalten, insbesondere hat er auf die Komplexität des Vertrages, dessen Laufzeit und wirtschaftliche Bedeutung abgestellt⁷⁵⁶. Ein Vergleich von § 7 Abs. 1 VVG mit § 312c BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung zum FernAbsG spricht somit für eine produktorientierte Auslegung, die sich unter anderem an den Merkmalen der Schwierigkeit und Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages orientiert.

ee. Systematische Erwägungen

Das Merkmal „rechtzeitig“ wird an verschiedenen Stellen im neuen VVG verwendet⁷⁵⁷, ohne dass sich hieraus oder aus den zugehörigen Gesetzesmaterialien nähere Erkenntnisse für seine Auslegung ergeben⁷⁵⁸. Gleichwohl stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Gesetzssystematik die Frage, welche Bedeutung insoweit die Regelung des Verzichts auf Vorabinformation in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG sowie die in § 6 Abs. 1 VVG geregelte Pflicht des Versicherers zur Beratung des Versicherungsnehmers haben.

⁷⁵⁵ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 30 li. Sp.

⁷⁵⁶ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/54.

⁷⁵⁷ Vgl. §§ 7 Abs. 1 S. 1; 8 Abs. 1 S. 2; 30 Abs. 2; 37 Abs. 1; 38 Abs. 1 S. 1; 47 Abs. 2 S. 1; 104 Abs. 3; 119 Abs. 1; 142 Abs. 1 S. 1 und 143 Abs. 1 VVG.

⁷⁵⁸ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/54.

(1.) § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG

Bei einer systematischen Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ stellt sich die Frage, welche Bedeutung hierbei die vom Gesetzgeber geschaffene Verzichtregelung in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG hat. Gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG kann der Versicherungsnehmer zwar nicht auf die Informationserteilung als solche, wohl aber durch eine gesonderte schriftliche Erklärung ausdrücklich auf eine Vorabinformation verzichten. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu unter anderem, dass die Vertragsparteien eine von § 7 Abs. 1 S. 1 VVG abweichende Vereinbarung hinsichtlich des Zeitpunktes der Information treffen können und zwar insbesondere dann, wenn der Versicherungsnehmer sofortigen Versicherungsschutz benötige oder er den Vertrag auf der Grundlage ihm bereits vorliegender Informationen schließen möchte. Der „mündige Verbraucher“ sei in der Lage zu entscheiden, ob er die ihm regelmäßig vor seiner Vertragserklärung zu überlassenden Informationen zunächst durchsehen möchte, um danach zu entscheiden, welchen Vertrag er schließt, oder ob er sofortigen Versicherungsschutz haben möchte und die Details des Vertrages erst nach seiner Vertragserklärung erhalten und zur Kenntnis nehmen will. Dabei werde nicht verkannt, dass viele Verbraucher die ihnen überlassenen Informationen aus unterschiedlichen Gründen nicht vollständig zur Kenntnis nehmen. Die Entscheidung müsse ihnen überlassen bleiben. Eine gesetzliche Regelung, nach der ein Verbraucher einen Vertrag erst schließen dürfe, nachdem eine bestimmte Frist zwischen Informationserteilung und Vertragserklärung verstrichen ist, komme nicht in Betracht⁷⁵⁹. An anderer Stelle heißt es weiter, dass es dem Versicherungsnehmer möglich bleiben müsse, zunächst auf eine umfassende Information zu verzichten. Er solle sich schon vor der Überlassung sämtlicher Informationsunterlagen für einen Vertragsschluss entscheiden können, z. B. wenn es ihm darum gehe, möglichst umgehend Versicherungsschutz zu erhalten und der von ihm angestrebte Vertrag und dessen Konsequenzen überschaubar seien. Bei einem Vertrag über eine Lebens- oder Krankenversicherung werde sich der Versicherungsnehmer dagegen sorgfältig zu überlegen haben, ob er trotz der erheblichen Bedeutung dieser Versicherungen und der regelmäßig langen Bindung auf eine Vorabinformation verzichtet. Auch insoweit könne einem Verbraucher ein Verzicht nicht verwehrt werden, denn gegen seinen Willen müsse sich niemand informieren lassen⁷⁶⁰.

Die maßgeblichen Gründe, die den Gesetzgeber zu der Verzichtregelung veranlasst haben, sind somit zum einen die Vorstellung, dass ein Versicherungsnehmer ein Interesse daran haben kann, zügig Versicherungsschutz zu erlangen, und zum anderen der Gedanke, dass sich niemand gegen seinen Willen informieren

⁷⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

⁷⁶⁰ BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

lassen muss. Dies deutet auf eine Vorstellung hin, wonach die Erteilung der Vorabinformation einem schnellen Vertragsschluss entgegensteht. Dies wäre in erster Linie der Fall, wenn der Versicherungsnehmer die ihm erteilten Informationen auch tatsächlich lesen müsste, wofür in der Tat ein gewisser Zeitraum zu veranschlagen wäre. Angesichts des hiermit verbundenen Aufwandes wäre es auch konsequent, davon zu sprechen, dass sich niemand gegen seinen Willen informieren lassen muss. Für die Vorstellung, dass mit der Informationserteilung auch immer eine Kenntnisnahme verbunden sein muss, könnte des Weiteren die Passage sprechen, wonach der Verbraucher sich entscheiden müsse, ob er die Informationen zunächst vor seiner Vertragserklärung durchsehen möchte oder die Informationen nach seiner Vertragserklärung erhalten und zur Kenntnis nehmen wolle, er also lediglich den Zeitpunkt verschieben könne.

Eine Pflicht, die erteilten Informationen durchzusehen, hat der Gesetzgeber indes nicht begründen wollen. Er führt selbst aus, dass viele Verbraucher die ihnen überlassenen Informationen nicht vollständig lesen, diese Entscheidung jedoch ihnen überlassen bleiben müsse. Diese Vorstellung vom Umgang mit erteilten Informationen entspricht zum einen dem europäischen Verbraucherleitbild, wonach der mündige Verbraucher entscheiden kann, ob er Informationen zur Kenntnis nimmt oder nicht⁷⁶¹. Ausdrücklich spricht sich der Gesetzgeber auch dagegen aus, dass eine Mindestfrist zwischen Informationserteilung und Abgabe der Vertragserklärung liegen muss. Dies entspricht den bereits zitierten Ausführungen an anderer Stelle der Gesetzesbegründung, wonach die Informationen spätestens bei Abgabe der Willenserklärung zu erteilen sind⁷⁶², was mit der Annahme einer Mindestfrist nicht zu vereinbaren ist.

Es stellt sich aber die Frage, welchen Sinn die Verzichtregelung haben soll, um einen schnellen Vertragsschluss zu ermöglichen, wenn doch eine Pflicht zur Kenntnisnahme der Informationen nicht besteht und eine Mindestfrist insoweit nicht einzuhalten ist. Die Vertriebskräfte des Versicherers könnten dem Versicherungsnehmer die Informationen aushändigen und dieser könnte sie ungelesen beiseite legen. Somit wäre einerseits gewährleistet, dass eine zwangsweise Information nicht stattfindet und andererseits dürfte auch das Ziel eines schnellen Vertragsschlusses sogar noch einfacher erreicht werden als über die Vereinbarung eines Verzichts, an den § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG strenge formale Anforderungen stellt.

Sinnlos ist die Regelung eines Verzichts auf Vorabinformation indessen nicht. Einem schnellen Vertragsschluss stünde nämlich nicht nur die tatsächliche Kenntnisnahme der Informationen entgegen. Bereits auf vorgelagerter Ebene können Verzögerungen eintreten. So ist es nämlich denkbar, dass dem Versiche-

⁷⁶¹ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (4.).

⁷⁶² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

rungsnehmer, der sich für ein bestimmtes Versicherungsprodukt interessiert, die zugehörigen Informationen nicht erteilt werden können, etwa weil der Versicherungsvertreter die erforderlichen Unterlagen nicht dabei hat.

Aus der in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG vorgesehenen Verzichtsmöglichkeit kann daher nicht der Schluss gezogen werden, dass die Informationen so zeitig zur Verfügung gestellt werden müssen, damit diese auch tatsächlich gelesen werden können. Damit spricht die Verichtsregelung auch nicht dagegen, allein die Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreichen zu lassen.

(2.) § 6 Abs. 1 VVG

Fraglich ist, inwieweit sich die Pflicht des Versicherers, den Versicherungsnehmer gemäß § 6 Abs. 1 VVG zu beraten, auf die Auslegung des Begriffes „rechtzeitig“ auswirkt.

Soweit Teile der Literatur von einem durch den Berater gesteuerten Studium der AVB ausgehen⁷⁶³ oder aus den Bestimmungen über das Produktinformationsblatt eine AVB-basierte Beratung des Versicherungsnehmers herleiten möchten⁷⁶⁴, stellen die Vertreter dieser Ansichten auf ein Zusammenspiel zwischen der Informationspflicht nach § 7 Abs. 1 VVG einerseits und der Beratungspflicht nach § 6 Abs. 1 VVG andererseits ab. Dabei werden jedoch die Anforderungen an die Beratungspflicht des Versicherers verkannt. § 6 Abs. 1 S. 1 VVG begründet eine Pflicht zu einer anlassbezogenen Beratung des Versicherungsnehmers. Eine unbedingte Pflicht, mit dem Versicherungsnehmer die AVB durchzugehen und somit stets ein durch den Berater gesteuertes Studium der AVB zu ermöglichen, lässt sich hieraus nicht ableiten. Aus dem gleichen Grunde kann auch keine Pflicht des Versicherers angenommen werden, eine AVB-basierte Beratung anhand des Produktinformationsblattes durchzuführen. Dies gilt umso mehr, als das Produktinformationsblatt gemäß § 4 Abs. 1 VVG-InfoV nur Verbrauchern zur Verfügung zu stellen ist, eine rechtzeitige Informationserteilung gemäß § 7 Abs. 1 VVG jedoch auch gegenüber Versicherungsnehmern zu erfolgen hat, die keine Verbraucher sind. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 6 Abs. 1 VVG ergeben sich somit keine Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffes „rechtzeitig“.

ff. Teleologische Erwägungen

Schließlich stellt sich die Frage, welchen Einfluss der Sinn und Zweck der Informationserteilung mit Blick auf die Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ hat. Der Zweck der vorvertraglichen Informationspflichten besteht unter anderem darin, dem Versicherungsnehmer eine rationale Auswahlentscheidung zu ermög-

⁷⁶³ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 60f.

⁷⁶⁴ Vgl. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 22f. und 124.

lichen. Damit die vorvertraglichen Informationen diesen Zweck erfüllen können, wäre es an sich erforderlich, dass ein Versicherungsnehmer diese tatsächlich liest und sie in seinen Entscheidungsprozess einbezieht. Eine tatsächliche Kenntnisnahme wird aber weder vom deutschen Gesetzgeber vorausgesetzt noch entspricht sie dem Verbraucherleitbild, welches auf nationaler und europäischer Ebene hinter dem Schutzkonzept des „Informationsmodells“ steht⁷⁶⁵. Beide setzen voraus, dass der Verbraucher sich mit Hilfe der erteilten Informationen selber schützen kann und führen unweigerlich dazu, dass er zu entscheiden hat, ob und inwieweit er von dieser Hilfestellung Gebrauch macht. Diese Funktionsweise des „Informationsmodells“ muss maßgeblich bei einer am Zweck der Informationserteilung orientierten Auslegung berücksichtigt werden. Sie spricht im Ergebnis dafür, dem Versicherungsnehmer lediglich die Möglichkeit der Kenntnisnahme einzuräumen⁷⁶⁶.

gg. Richtlinienvorgaben

§ 7 Abs. 1 S. 1 VVG dient der Umsetzung der Vorgaben der RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG über den Zeitpunkt der Informationserteilung. Diese sind trotz unterschiedlichem Wortlaut jeweils so auszulegen, dass die Informationen vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers erteilt werden müssen. Erforderlich ist jedoch, dass für ihn die Möglichkeit besteht, sich nach der Informationserteilung zu entscheiden, ob und inwieweit er diese näher zur Kenntnis nehmen möchte. Eine produktorientierte Auslegung anhand der Umstände des Einzelfalles ist vor diesem Hintergrund europarechtlich nicht geboten.

hh. Stellungnahme

Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung sprechen in erster Linie dafür, dem Versicherungsnehmer lediglich eine Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Informationen zu verschaffen, da sich hier weder Anhaltspunkte für eine produktorientierte Auslegung finden lassen noch der Gesetzgeber mit Blick auf die vorvertraglichen Informationen erwartet, dass diese tatsächlich zur Kenntnis genommen werden. Dem lässt sich zwar entgegenhalten, dass ausgehend von einem Vergleich mit dem Fernabsatzrecht durchaus Anhaltspunkte dafür bestehen, eine rechtzeitige Informationserteilung von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere dem Umfang der Informationen, der Bedeutung des Versicherungsvertrages sowie dessen Schwierigkeit und Komplexität abhängig zu machen. Gleichwohl begegnet dieser Ansatz grundsätzlichen Bedenken.

Es überzeugt nicht, zwischen einfachen und standardisierten Produkten auf der

⁷⁶⁵ Vgl. oben C. III. 1. c. und C. III. 2. e. bb. (4).

⁷⁶⁶ Vgl. *Grote/Schneider*, BB 2007, S. 2689 (2691); *Römer*, VersR 2006, S. 740 (741).

einen und komplexen und schwierigen Produkten auf der anderen Seite zu unterscheiden. Aus der Perspektive eines Versicherers mag eine solche Sichtweise noch einleuchten, aus der Sicht eines nicht einschlägig vorgebildeten Versicherungsnehmers hingegen nicht⁷⁶⁷. Zu Recht wird daher von Vertretern der Ansicht, welche die Bestimmung der Rechtzeitigkeit von den Umständen des Einzelfalles abhängig machen wollen, kritisch gefragt, wie lange ein Versicherungsnehmer wohl zum Studium der AVB eines einfachen Produktes wie einer Privathaftpflichtversicherung brauche⁷⁶⁸. Überdies ist zu berücksichtigen, dass bei komplexeren Produkten, deren Abschluss wegen der langen Bindungsdauer und den nachteiligen Folgen einer vorzeitigen Auflösung zwar gut überlegt werden sollte⁷⁶⁹, jedoch auch eine längere Überlegungszeit zwischen Informationserteilung und Abgabe der Willenserklärung eine Kenntnisnahme der Informationen nicht sicherstellt⁷⁷⁰. In diesem Zusammenhang sehen teilweise auch die Befürworter einer produktorientierten Auslegung das Kernproblem, dass ein Informationserfolg nicht sicher zu erreichen ist, da letztlich der Versicherungsnehmer über die Kenntnisnahme der Informationen entscheidet⁷⁷¹. Schließlich ist auch unter praktischen Gesichtspunkten zu beachten, dass ein Versicherer bei der Informationserteilung, orientiert an den Kriterien der Schwierigkeit und Komplexität einer Versicherung, nicht zuverlässig beurteilen kann, wann der Versicherungsnehmer genügend Zeit gehabt hat, die Informationen zur Kenntnis zu nehmen, denn während sich der eine eher schneller informiert fühlen mag, dauert dies bei dem anderen länger⁷⁷².

Überzeugender ist es daher, sich die Funktionsweise des „Informationsmodells“ vor Augen zu halten, wonach der Adressat die Informationen zwar im Idealfall zur Kenntnis nimmt, dies aber nicht zwingend muss. Es bleibt ihm überlassen, ob er die angebotene Hilfestellung annimmt und wie lange er gegebenenfalls hierfür braucht. Voraussetzung muss allerdings sein, dass der Versicherungsnehmer seine Entscheidung frei von äußerem Druck treffen kann und ihm die Möglichkeit gewährt wird, die Vertragsverhandlungen zu einem anderen Zeitpunkt fortzuführen⁷⁷³. Um dies zu gewährleisten, ist auch zu verlangen, dass der Versicherer bei der Informationserteilung dem Versicherungsnehmer den Zweck der vorvertraglichen Informationen erläutert. Entscheidet sich der Versicherungsnehmer dazu, die Informationsunterlagen im Einzelnen durchzugehen, so

⁷⁶⁷ Vgl. dazu bereits oben unter C. III. 2.e. cc. (4.).

⁷⁶⁸ Vgl. *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 67; *Schimikowski*, RuS 2006, S. 441 (442).

⁷⁶⁹ Vgl. *Schimikowski*, RuS 2007, S. 133 (135); *Schimikowski/Höra*, S. 111.

⁷⁷⁰ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/56; *ders.*, VW 2008, S. 392 (393).

⁷⁷¹ Vgl. *Baumann/Beenken*, S. 76; *Franz*, DStR 2008, S. 303 (305); *Leverenz*, Rn. 3/56.

⁷⁷² Vgl. *Funck*, VersR 2008, S. 163 (164); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (22); *Mauntel*, in: PK-VVR, § 1 VVG-InfoV, Rn. 13.

⁷⁷³ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 49 und 51; *Grote/Schneider*, BB 2007, S. 2689 (2691); *Römer*, VersR 2006, S. 740 (741).

wird es dann von den Umständen des Einzelfalles, also der Komplexität des Versicherungsvertrages, seiner Bedeutung für den Versicherungsnehmer, dessen Vorbildung etc. abhängen, wann ein neuer Termin zur Fortführung der Vertragsverhandlungen vereinbart werden kann. Für die Frage, ob die Informationen rechtzeitig erteilt worden sind, haben diese Umstände indes keine Bedeutung.

Im Ergebnis ist daher § 7 Abs. 1 VVG hinsichtlich des Zeitpunktes der Informationserteilung ebenso auszulegen wie die Vorgaben der RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG. Somit bestehen auch an der Richtlinienkonformität der deutschen Regelung keine Zweifel.

f. Form der Informationserteilung

Die Informationen sind dem Versicherungsnehmer gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 VVG in Textform mitzuteilen, wobei die Transparenzanforderungen des § 7 Abs. 1 S. 2 VVG gewahrt werden müssen. Gemäß § 126b BGB erfordert die Textform, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf eine andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht wird. Dementsprechend müssen die vorvertraglichen Informationen nicht zwingend auf Papier gedruckt übergeben werden, in Frage kommt auch eine Mitteilung in gespeicherter Form auf CD-ROM oder USB-Stick⁷⁷⁴. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass sich der Empfänger mit ihr einverstanden erklärt, schließlich muss er auch über die technischen Mittel verfügen, um die übergebenen Informationen tatsächlich für sich lesbar zu machen⁷⁷⁵.

aa. Notwendigkeit gedruckter Vorabinformationen

Problematisch an einer Informationserteilung auf einem elektronischen Speichermedium wie einer CD-ROM oder einem USB-Stick ist, dass der Versicherungsnehmer dieses vor Ort regelmäßig nicht auslesen kann und es daher an einer Möglichkeit der Kenntnisnahme fehlt. Zweifelhaft ist daher, ob der Versicherungsnehmer ordnungsgemäß informiert wird, wenn er seine Willenserklärung unmittelbar im Anschluss an die Informationserteilung abgeben will. Anders als bei der Übergabe eines gedruckten Exemplars kann er nicht einen kurzen Blick in die Informationen werfen und sich überlegen, ob er diese näher zur Kenntnis nehmen will. Er hält lediglich das Speichermedium in der Hand, ohne

⁷⁷⁴ Vgl. *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (301); *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 126b, Rn. 3; *Leverenz*, Rn. 3/66; *Marlow/Spuhl*, S. 18; *Schimikowski*, in: *HK-VVG*, § 7, Rn. 14; *ders.*, *RuS* 2006, S. 441 (443); *ders.*, *RuS* 2007, S. 133 (134); *Stadler*, *VW* 2006, S. 1339 (1340); *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (718).

⁷⁷⁵ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 58; *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 126b, Rn. 3; *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (301); *Leverenz*, Rn. 3/67; *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 129; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (718).

auf dessen Inhalt zugreifen zu können. Zwar könnte eingewendet werden, dass eine Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben sei, wenn der Versicherungsnehmer die Vertragsverhandlungen unterbricht und an einem anderen Termin fortführt, da er dies auch tun müsste, wenn er sich eingehend mit den vorvertraglichen Informationen in gedruckter Form auseinandersetzen wollte. Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, dass bei einem gedruckten Exemplar der Kunde unmittelbar den Umfang der vorvertraglichen Informationen einschätzen und sich allein schon vor diesem Hintergrund entschließen kann, ob und inwieweit er sich mit den Informationen auseinandersetzen möchte. Da diese Möglichkeit bei einer CD-ROM oder einem USB-Stick nicht besteht und auch ein Mitlesen der Informationen auf einem Bildschirm des Versicherungsvertreters den Anforderungen der Textform nicht genügt⁷⁷⁶, kommt der Einsatz elektronischer Speichermedien nicht in Betracht, wenn der Versicherungsnehmer noch im Rahmen des gleichen Gesprächstermins seine Vertragserklärung abgeben möchte. Insoweit ist eine Informationserteilung in gedruckter Form unumgänglich. Aber auch aus einem anderen Grund ist es notwendig, gedruckte Vertragsinformationen vorzuhalten, denn Kunden, die nicht über die notwendigen technischen Voraussetzungen verfügen, um die Informationen lesen zu können, werden sich mit einer Übermittlung auf CD-ROM oder USB-Stick voraussichtlich nicht einverstanden erklären⁷⁷⁷.

bb. Notwendigkeit einer eigenen Informationsbroschüre?

Abgesehen von dem mit der Textform verbundenen Problem der Kenntnisnahmemöglichkeit stellt sich die Frage, ob der Versicherer die Informationen in einer eigenen Informationsbroschüre zur Verfügung stellen muss oder ob er diese auch in die AVB aufnehmen kann.

§ 7 Abs. 1 S. 2 VVG gibt lediglich vor, dass die Informationen in einer dem eingesetzten Kommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich zu übermitteln sind. Diesen Maßstab hat auch der Ordnungsgeber der VVG-InfoV zu beachten, dem gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 5 VVG vom Gesetzgeber die Aufgabe zugewiesen ist, die Art und Weise der Informationserteilung festzule-

⁷⁷⁶ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/66.

⁷⁷⁷ Vor diesem Hintergrund führen auch die Ausführungen des Bundesjustizministeriums in einem Schreiben vom 31. März 2008 (vgl. *VersVerm* 2008, S. 130f) nicht weiter, in dem es auf Beschwerden von Versicherungsvermittlern über die mit der Erfüllung der Informationspflichten verbundene Papierflut reagiert. Soweit das Bundesjustizministerium ausführt, dass eine Erteilung der Informationen in Papierform gesetzlich nicht vorgeschrieben sei und auf die Möglichkeit verweist, Informationen elektronisch zu erteilen, da etwa 75% der deutschen Haushalte über einen Computer verfügen und deutlich über 50% an das Internet angeschlossen seien, lässt es außer Betracht, dass auf diesem Wege nicht *alle* Versicherungsnehmer als Informationsadressaten versorgt werden können. Unabhängig von dem Problem, dass die Informationserteilung und Abgabe der Vertragserklärung nicht in einem Termin erfolgen können, wenn die Informationen auf CD-ROM o.ä. übermittelt werden, können auf diesem Wege keine einheitlichen Vertriebskonzepte von den Versicherern entwickelt werden.

gen.

Das Erfordernis einer eigenen Informationsbroschüre ist in der VVG-InfoV nicht ausdrücklich geregelt worden. Hierfür spricht allerdings, dass § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV vorschreibt, dass *neben* den gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV zu übermittelnden AVB über die wesentlichen Merkmale der Versicherungsleistung zu informieren ist. Folglich ist diese Information in jedem Fall unabhängig von den AVB zu erteilen⁷⁷⁸. Zudem sieht § 4 Abs. 5 S. 1 VVG-InfoV vor, dass das Produktinformationsblatt den anderen zu erteilenden Informationen voranzustellen ist und somit die übrigen Informationen diesem nachzufolgen haben. Überdies wäre eine eigenständige Informationsbroschüre insoweit von Vorteil, weil die AVB als für den Laien nur schwer verständliche Informationsträger mit dazu beitragen, dass zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ein informationelles Ungleichgewicht besteht⁷⁷⁹, dieses aber gerade durch die Informationen ausgeglichen werden soll⁷⁸⁰.

Demgegenüber bestimmt § 1 Abs. 2 VVG-InfoV, wenn bestimmte der in § 1 Abs. 1 VVG-InfoV genannten Informationen durch die Vertragsbestimmungen einschließlich der AVB übermittelt werden, dass diese dann einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Form bedürfen, weswegen eine Informationserteilung in AVB prinzipiell zulässig ist⁷⁸¹. Gegen eine Pflicht zur Erstellung einer eigenen Informationsbroschüre spricht auch, dass die VVG-InfoV, anders als ihr ursprünglicher Entwurf vom 18. Juni 2007, nicht mehr die Reihenfolge der Informationserteilung der in §§ 1 bis 3 VVG-InfoV normierten Informationspflichten vorschreibt⁷⁸².

Eine einfache Faustformel, wonach die Informationen stets in einer eigenen, von den AVB oder anderen Druckstücken getrennten Broschüre zu erteilen sind oder aber vollumfänglich in die AVB aufgenommen werden können, lässt sich demnach nicht finden. Mit Blick auf § 1 Abs. 2 VVG-InfoV ist jedoch unter Berücksichtigung des Gebots einer klaren und verständlichen Informationsübermittlung gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 VVG davon auszugehen, dass insbesondere die vertragsbezogenen Informationen in die AVB integriert werden können. Auf diese Weise wird dem in § 1 Abs. 2 VVG-InfoV zum Ausdruck kommenden Gedanken Rechnung getragen, wonach die AVB dem Versicherer als Informationsmedium dienen können. Achtet der Versicherer konsequent auf eine klare und verständliche Formulierung der AVB, kann auch dem Problem gegengesteuert werden,

⁷⁷⁸ A.A. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 23 und 91 mit Blick auf § 1 Abs. 2 VVG-InfoV. Fraglich ist dann aber die selbständige Funktion von § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV neben § 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV.

⁷⁷⁹ Vgl. oben unter C. III. 1. a.

⁷⁸⁰ Vgl. oben unter C. III. 1. d.

⁷⁸¹ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 91.

⁷⁸² Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/30; *Mauntel*, in: PK-VVR, § 1 VVG-InfoV, Rn. 7-9; *Präve*, VersR 2008, S. 151 (152).

dass diese für den Laien mitunter nur schwer verständlich sind. Um die AVB inhaltlich nicht zu überfrachten, sollten allerdings die übrigen vorvertraglichen Informationen ebenso wie die des § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV getrennt von den AVB dargestellt werden.

Ein besonderes Problem hinsichtlich der Form der Informationserteilung ergibt sich mit Blick auf § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV, dessen Informationsgehalt inhaltlich mit der Widerrufsbelehrung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG gleichzusetzen ist⁷⁸³. Einerseits schreibt § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG eine deutlich gestaltete Widerrufsbelehrung vor und auch § 7 Abs. 1 S. 2 VVG verlangt eine klare sowie verständliche Form der Informationserteilung. Demgegenüber hält es der Verordnungsgeber für möglich, die Information des § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV über die AVB zu übermitteln, soweit eine hervorgehobene und deutlich gestaltete Form gewahrt wird. Selbst wenn die Belehrung über das Widerrufsrecht drucktechnisch durch Fettdruck, Umrandungen oder Ähnliches⁷⁸⁴ hervorgehoben wird, muss jedoch bezweifelt werden, ob der Standort in den AVB überhaupt geeignet ist, um von einer deutlich gestalteten Belehrung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG bzw. von einer klaren und verständlichen Übermittlung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 VVG auszugehen. Es steht zu befürchten, dass die Platzierung der Widerrufsbelehrung in den AVB, welche regelmäßig mehrere Seiten umfassen, dazu führt, dass sie vom Versicherungsnehmer trotz einer drucktechnischen Hervorhebung überblättert wird. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 VVG zwischen dem Zugang des Versicherungsscheins, der Vertragsbestimmungen einschließlich der AVB sowie der weiteren Informationen einerseits und einer deutlich gestalteten Widerrufsbelehrung andererseits unterscheidet. Dies spricht für eine im VVG angelegte Trennung zwischen Widerrufsbelehrung und AVB⁷⁸⁵, weswegen der Verordnungsgeber mit der in § 1 Abs. 2 VVG-InfoV getroffenen Regelung gegen höherrangiges Recht verstößt, so dass diese Bestimmung in Bezug auf die Informationspflicht des § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV unwirksam ist⁷⁸⁶. Es ist daher davon auszugehen, dass die Belehrung über das Widerrufsrecht getrennt von den AVB in die vorvertraglichen Informationen aufgenommen werden muss.

Eine differenzierte Lösung des Problems der Informationserteilung ist in der Weise denkbar, dass eine Informationsbroschüre aufgelegt wird, an deren Anfang gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 VVG-InfoV das Produktinformationsblatt steht, dem diejenigen Informationen nachfolgen, welche nicht in die AVB integriert werden dürfen, wie diejenigen nach § 1 Abs. 1 Nr. 6b und 13 VVG-InfoV, und an die

⁷⁸³ Vgl. oben unter C. III. 4. d. bb. (9.).

⁷⁸⁴ Vgl. BGH VersR 2004, S. 497 (498) zu den Anforderungen an eine Belehrung über das Widerspruchsrecht des § 5a VVG a.F.

⁷⁸⁵ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 94.

⁷⁸⁶ Vgl. *Degehart*, Rn. 336f; *Jarass*, in: *J/P*, Art. 80, Rn. 20.

sich dann die AVB anschließen.

cc. Richtlinienkonformität

Schließlich stellt sich die Frage, ob die vom Gesetzgeber vorgeschriebene Textform mit den Richtlinienvorgaben zu vereinbaren ist. In Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A der RL 2002/83/EG ist von einer schriftlichen Informationserteilung die Rede. Mit der schriftlichen Form meint die Richtlinie indes nur, dass die Informationen in lesbarer Form zur Verfügung gestellt werden müssen⁷⁸⁷. Diesem Erfordernis entspricht grundsätzlich eine Informationserteilung in Textform⁷⁸⁸, weswegen die deutsche Regelung insoweit richtlinienkonform ist.

5. Verzicht auf vorvertragliche Information

Gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG kann der Versicherungsnehmer ausdrücklich durch eine gesonderte schriftliche Erklärung auf eine Information vor Abgabe seiner Willenserklärung verzichten. Folge eines solchen Verzichts ist, dass der Versicherer die Information unverzüglich nach Vertragsschluss nachholen muss. Die Gründe für die Regelung einer Verzichtsmöglichkeit sind bereits oben dargestellt worden⁷⁸⁹. Kurz zusammengefasst geht es dem Gesetzgeber darum, zum einen dem Interesse von Versicherungsnehmern an einem schnellen Vertragsschluss Rechnung zu tragen und zum anderen eine zwangsweise Information zu verhindern.

Rechtspolitisch ist die Regelung eines Verzichts auf Vorabinformation ebenso wie die Regelung über den Beratungsverzicht in § 6 Abs. 3 VVG in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes auf Kritik gestoßen. Insbesondere ist die Befürchtung geäußert worden, dass über die Regelung eines Verzichts das vom Gesetzgeber verfolgte Anliegen, dem Versicherungsnehmer die Informationen grundsätzlich vor Abgabe seiner Vertragserklärung zur Verfügung zu stellen, konterkariert wird, da es entsprechend geschulten Vertriebskräften keine Mühen bereite, die formalen Hürden des Verzichts im Rahmen eines Verkaufsgesprächs zu nehmen⁷⁹⁰. Auf eine eingehende rechtspolitische Stellungnahme soll an dieser Stelle verzichtet werden. Vielmehr soll den Fragen nachgegangen werden, welcher Rechtsnatur der Verzicht ist, welche formalen Anforderungen an einen wirksamen Verzicht zu stellen sind und ob die in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG vorgesehene Regelung mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

⁷⁸⁷ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (5.).

⁷⁸⁸ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 7, Rn. 33.

⁷⁸⁹ Vgl. oben unter C. III. 4. e. ee. (1.).

⁷⁹⁰ Vgl. Dörner/Staudinger, WM 2006, S. 1710 (1712); Römer, VersR 2006, S. 740 (743); ders., VuR 2007, S. 94 (95); Schwintowski, ZRP 2006, S. 139 (141); zum Beratungsverzicht; A. Staudinger, S. 12.

a. Rechtsnatur des Verzichts

Eine unbefangene Lektüre des Wortlauts von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG legt den Schluss nahe, dass es sich bei dem Verzicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt⁷⁹¹, da lediglich von einer gesonderten schriftlichen Erklärung die Rede ist, mit der verzichtet werden kann, nicht aber von einer Vereinbarung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer. Ein einseitiger Verzicht ist dem deutschen Recht auch nicht unbekannt, insbesondere im Sachenrecht (§§ 875, 959, 1064, 1255 BGB) oder im Zivilprozessrecht (§§ 295, 306, 346, 515 ZPO) sind einseitige Verzichtserklärungen verbreitet⁷⁹². Im Schuldrecht kommt ein einseitiger Verzicht demgegenüber nur bei Gestaltungsrechten und Einreden in Frage, weswegen im Übrigen ein zweiseitiger Verzichtsvertrag geschlossen werden muss⁷⁹³.

Von der Notwendigkeit eines Verzichtsvertrages geht auch der Gesetzgeber aus. In der Einleitung der Gesetzesbegründung zum neuen VVG führt er aus, dass die Parteien abweichende *Vereinbarungen* hinsichtlich des Zeitpunktes der Information treffen können⁷⁹⁴ und in der Begründung zu § 6 Abs. 3 VVG, der die Möglichkeit zum Beratungsverzicht regelt, wird auf die Begründung zu § 42c VVG a.F.⁷⁹⁵ Bezug genommen⁷⁹⁶, wonach die Verzichtserklärung zum Gegenstand einer gesonderten *Vereinbarung* in einem eigenen Dokument gemacht werden muss⁷⁹⁷. Dementsprechend kommt ein einseitiger Verzicht nicht in Betracht, vielmehr muss gemäß §§ 145 ff BGB eine entsprechende Einigung über den Abschluss eines Verzichtsvertrages erzielt werden.

Das Angebot zum Abschluss einer solchen Vereinbarung kann entweder vom Versicherungsnehmer ausgehen, der eine gesonderte schriftliche Verzichtserklärung im Rahmen der Vertragverhandlungen übergibt, oder vom Versicherer, wenn dessen Vertreter ein Verzichtsformular aushändigt oder einen Verzicht vorschlägt. Die Annahme wird im Falle eines Angebots des Versicherungsnehmers durch den Versicherer gemäß § 151 BGB erklärt; bei einem Angebot des Versicherers erfolgt die Annahme demgegenüber durch die Abgabe einer formgerechten Verzichtserklärung durch den Versicherungsnehmer. Problematisch ist jedoch, inwieweit die im Vertrieb eingesetzten Versicherungsvertreter ohne anderweitige Ermächtigung gemäß §§ 73, 69 VVG die erforderliche Vertretungsmacht zum Abschluss eines Verzichtsvertrages haben.

§ 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG sieht vor, dass Versicherungsvertreter bzw. über § 73

⁷⁹¹ So *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1447).

⁷⁹² Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 397, Rn. 4; *Schlüter*, in: *MK*, § 397, Rn. 19.

⁷⁹³ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 397, Rn. 4; *Rieble*, in: *Staudinger*, § 397, Rn. 62; *Schlüter*, in: *MK*, § 397, Rn. 1; *Wagner*, in: *Erman*, § 397, Rn. 1.

⁷⁹⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

⁷⁹⁵ Nun § 61 VVG.

⁷⁹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 re. Sp.

⁷⁹⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 23 re. Sp.

VVG Angestellte des Werbeaußendienstes, als bevollmächtigt gelten, Anträge, die auf den Abschluss eines Versicherungsvertrages gerichtet sind, und deren Widerruf sowie die vor Vertragsschluss abzugebenden Anzeigen und sonstigen Erklärungen entgegenzunehmen. Zu den sonstigen Erklärungen lassen sich auch Verzichtserklärungen des Versicherungsnehmers zählen, jedoch dürfen diese, ebenso wie ein Vertragsantrag, nur *entgegen-*, nicht aber *angenommen* werden. Auch fehlt die Vertretungsmacht dafür, ein Angebot auf Abschluss eines Verzichtsvertrages zu erklären. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob sich ein Versicherer dazu entscheidet, mit Verzichtserklärungen zu arbeiten: Stellt er seinen Versicherungsvertretern Verzichtsformulare zur Verfügung oder erteilt er die Anweisung, auf Wunsch des Versicherungsnehmers auch mit Verzichtserklärungen zu arbeiten, so ist hierin die Erteilung einer entsprechenden Vollmacht (§ 167 Abs. 1 BGB) zum Abschluss eines Verzichtsvertrages zu sehen.

b. Formale Anforderungen

§ 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG bestimmt, dass die Verzichtserklärung des Versicherungsnehmers ausdrücklich in einer gesonderten schriftlichen Erklärung abgegeben werden muss und stellt somit für die auf den Abschluss des Verzichtsvertrages gerichtete Willenserklärung eine Formvorschrift im Sinne des § 125 BGB dar, während, mangels anderer Vorgaben, die Willenserklärung des Versicherers formfrei erklärt werden kann. Insoweit bestehen Ähnlichkeiten zu der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB, die auch nicht für den gesamten Schenkungsvertrag, sondern nur für die Willenserklärung des Schenkers gilt⁷⁹⁸. Fraglich ist jedoch, was unter einer ausdrücklichen, gesonderten und schriftlichen Erklärung zu verstehen ist.

aa. Notwendigkeit einer eigenen Urkunde

Indem § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG eine schriftliche Erklärung verlangt, wird auf die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB Bezug genommen, weswegen eine vom Versicherungsnehmer unterschriebene Urkunde erforderlich ist⁷⁹⁹. Zweifelhaft ist aber, wann eine schriftliche Erklärung gesondert ist.

Bei wörtlichem Verständnis setzt eine gesonderte Erklärung voraus, dass sie von den übrigen Erklärungen abgesondert, also hiervon getrennt ist. Inhaltlich sind daher nur solche Erklärungen zulässig, die sich *allein* auf den Verzicht beziehen⁸⁰⁰. Fraglich ist jedoch, ob der Verzicht auch räumlich von anderen Erklärungen getrennt sein muss, so dass eine eigene Urkunde erforderlich ist, oder ob es ausreicht, ihn in andere Formulare mittels eines separaten Textfeldes zu integrie-

⁷⁹⁸ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt; § 518, Rn. 2.

⁷⁹⁹ Vgl. Leverenz, Rn. 3/74; Marlow/Spuhl, S. 20.

⁸⁰⁰ Vgl. Minkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 31.

ren⁸⁰¹.

Der Begriff einer ausdrücklichen gesonderten Erklärung findet sich in § 309 Abs. 1 Nr. 11a BGB wieder, wonach eine eigene Haftung eines Abschlussvertreters nur dann in AGB geregelt werden kann, wenn dies in einer ausdrücklichen und gesonderten Erklärung geschieht. Eine eigene Urkunde wird in diesem Zusammenhang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur für erforderlich gehalten. Eine gesonderte Erklärung erfordert hier nur, dass die Haftungserklärung und die sich darauf beziehende Unterschrift deutlich vom Wortlaut des Hauptvertrages abgesetzt sind, womit der vom Gesetzgeber verfolgte Warnzweck erreicht wird⁸⁰². Demzufolge müsste die gesonderte schriftliche Erklärung nicht auf einem eigenen Blatt stehen, sondern sie könnte in andere Formulare mit aufgenommen werden, soweit sie dort nur deutlich abgesetzt vom übrigen Text steht.

Demgegenüber wird in der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 3 VVG, der ebenfalls eine gesonderte schriftliche Erklärung für den Beratungsverzicht verlangt, auf die Begründung zu § 42c VVG a.F. Bezug genommen⁸⁰³, derzufolge der Verzicht zum Gegenstand einer gesonderten Vereinbarung in einem eigenen Dokument gemacht und vom Kunden unterschrieben werden muss⁸⁰⁴. Da davon auszugehen ist, dass dem Gesetzgeber die Auslegung zu § 309 Nr. 11a BGB bekannt gewesen ist, er aber in der Gesetzesbegründung zu dem von der Problematik her gleich gelagerten Beratungsverzicht nicht lediglich eine abgesetzte Erklärung genügen lässt, ist das Erfordernis einer gesonderten Erklärung nach dem Willen des Gesetzgebers mit dem einer eigenen Urkunde gleichzusetzen⁸⁰⁵.

bb. Verbindung mit anderen Dokumenten

Wenn eine eigene Urkunde für die Verzichtserklärung erforderlich ist, stellt sich die Frage, ob diese mit anderen Unterlagen fest verbunden sein darf. Teils wird eine solche Verbindung für möglich gehalten, da eine Vielzahl unverbundener Blätter nicht dem Ziel des Verbraucherschutzes diene⁸⁰⁶. Demgegenüber ist jedoch zu sehen, dass eine besondere Warnfunktion für den Versicherungsnehmer in erster Linie dann besteht, wenn die Verzichtserklärung nicht mit anderen Unterlagen verbunden ist und damit die Erklärung eine exponierte Stellung ein-

⁸⁰¹ So *Rixecker*, in *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 18 zu § 6 Abs. 3 VVG.

⁸⁰² Vgl. *BGHZ* 148, 302 (304); *BGH NJW* 2002, S. 3464; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 309, Rn. 95; *Hensen*, in: *U/B/H*, § 309 Nr. 11, Rn. 9; *Kieninger*, in: *MK*, § 309 Nr. 11, Rn. 7; *Stoffels*, Rn. 712.

⁸⁰³ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 58 re. Sp.

⁸⁰⁴ Vgl. *BT-Drucks.* 16/1935, S. 24 re. Sp.

⁸⁰⁵ Vgl. *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1447); *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (301); *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (166); *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (23); *Grote/Schneider*, *BB* 2007, S. 2689 (2691); *Langheid*, *NJW* 2006, S. 3316 (3318); *Leverenz*, Rn. 3/75; *Marlow/Spuhl*, S. 20; *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 31f; *Neuhaus/Kloth*, S. 50; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (723); *Wandt*, Rn. 285.

⁸⁰⁶ Vgl. *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (166); *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 32.

nimmt. Zudem ist eine mit anderen Schriftstücken verbundene Urkunde kein eigenes Dokument mehr, da sie hierdurch ihre Eigenständigkeit verliert. Eine Verbindung mit anderen Unterlagen kommt daher nicht in Frage.

cc. Zulässigkeit vorformulierter Verzichtserklärungen

Schließlich stellt sich die Frage, inwieweit der Versicherer eine vorformulierte Verzichtserklärung zur Verfügung stellen kann. Wird eine Verzichtserklärung und damit die auf den Abschluss eines Verzichtsvertrages gerichtete Willenserklärung des Versicherungsnehmer vorformuliert, erfüllt diese unzweifelhaft die Anforderungen an eine AGB gemäß § 305 Abs. 1 BGB⁸⁰⁷. Zweifelhaft ist jedoch, ob ein Versicherer eine derartige Erklärung in zulässiger Weise verwenden kann.

Die in der Literatur geäußerten Ansichten gehen in diesem Punkte auseinander. Teilweise wird eine Verzichtserklärung in AGB-Form mit der Einschränkung für zulässig gehalten, dass der Verzicht nicht als Regelfall praktiziert werden dürfe, da dies zu einem aufsichtsrechtlichen Missstand im Sinne des § 81 Abs. 1 VAG führe⁸⁰⁸ oder eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB⁸⁰⁹ darstelle. Andere gehen demgegenüber davon aus, dass ein Verzicht in AGB-Form gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei, weil § 7 Abs. 1 S. 1 VVG die Informationserteilung vor Abgabe der Vertragserklärung zum Regelfall mache, während § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG eine Ausnahmeregelung darstelle⁸¹⁰. Insoweit bleibt jedoch teilweise unklar, ob eine vorformulierte Verzichtserklärung zulässig sein soll, wenn der Verzicht nicht als Regelfall praktiziert wird⁸¹¹.

Der in der Literatur vertretene Ansatz, die Unzulässigkeit vorformulierter Verzichtserklärungen auf das Ergebnis einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB zu stützen, begegnet Bedenken. Die Erklärung, die der Versicherer vorformuliert, dürfte sinngemäß wie folgt lauten: „Ich verzichte auf eine Erteilung der vorvertraglichen Informationen des § 7 Abs. 1 S. 1 VVG vor Abgabe meiner Vertragserklärung“. Mehr setzt § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG für eine Verzichtserklärung nicht voraus. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit eine derartige vorformulierte Erklärung von der gesetzlichen Regelung abweicht und damit eine Inhaltskontrolle überhaupt eröffnet ist.

⁸⁰⁷ Zweifelnd *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1447f), der die Verzichtserklärung für eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des Versicherungsnehmers hält.

⁸⁰⁸ Vgl. *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1450f); *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (23); *Grote/Schneider*, *BB* 2007, S. 2689 (2691); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 17; *Leverenz*, Rn. 3/77; *Mauntel*, in: *PK-VVR*, § 1 VVG-InfoV, Rn. 16; *Terbille*, in: *MAH*, § 2, Rn. 69; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 291 und 295.

⁸⁰⁹ Vgl. *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (301f); *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 93; *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 17.

⁸¹⁰ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 43; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 71; *Neuhaus/Kloth*, S. 49f und 52; *Schimikowski*, *RuS* 2007, S. 133 (136); *Schimikowski/Höra*, S. 112.

⁸¹¹ So *Schimikowski*, in: *HK-VVG*, § 7, Rn. 18f.

Gemäß § 307 Abs. 3 BGB unterliegen der Inhaltskontrolle nur Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen getroffen werden. Deklaratorische Bestimmungen, die mit gesetzlichen Regelungen übereinstimmen, unterliegen daher nicht einer Inhaltskontrolle⁸¹². Inwieweit eine Regelung in AGB von gesetzlichen Vorgaben abweicht, ist anhand eines Vergleichs der jeweils vorgesehenen Rechtslagen zu ermitteln⁸¹³. Die gesetzliche Regelung sieht für den Normalfall eine Vorabinformation des Versicherungsnehmers vor. Mit der Verzichtserklärung wird den Parteien vom Gesetzgeber allein eine Gestaltungsmöglichkeit eröffnet, bei der im Einzelfall noch über das „Ob“ ihres Gebrauchs entschieden werden muss. Mit der Vorformulierung einer Verzichtserklärung wird daher nicht lediglich die gesetzliche Regelung wiedergegeben, vielmehr wird eine gesetzliche Gestaltungsmöglichkeit konkret ausformuliert. Anhand eines Vergleichs zweier Rechtslagen kann somit nicht festgestellt werden, dass die Vorformulierung eines Verzichts nur eine deklaratorische Regelung enthält, die einer Inhaltskontrolle entzogen ist. Gleichwohl könnte eine vorformulierte Verzichtserklärung dennoch einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB insoweit entzogen sein, als eine Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG ergibt, dass von der dort vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeit auch in Form von AGB Gebrauch gemacht werden kann. Bei dieser Bestimmung muss es sich also um eine sog. „Erlaubnis- oder Rechtfertigungsnorm“ handeln⁸¹⁴. Bei solchen Vorschriften hat der Gesetzgeber die Entscheidung getroffen, dass eine Gestaltung der Rechtslage auch in Form von AGB erfolgen kann, weswegen eine entsprechende Klausel insoweit keine Abweichung von der gesetzlichen Rechtslage vorsieht⁸¹⁵. Zu klären ist daher, ob eine Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG den Schluss darauf zulässt, der Gesetzgeber habe eine Verzichtserklärung auch in Form von AGB zulassen wollen. Der Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG lässt die Frage offen, ob eine Verzichtserklärung in Form von AGB zulässig ist. Demgegenüber scheint die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG eindeutig gegen die Zulässigkeit von vorformulierten Erklärungen zu sprechen. Dort heißt es, um der Richtlinie 2002/65/EG, die wie auch die Vermittlerrichtlinie die Zulässigkeit eines Verzichts offen lasse, nach Sinn und Zweck zu entsprechen und zu vermeiden, dass ein Verzicht *formulärmäßig* vereinbart werde, bedürfe er zu seiner Wirksamkeit einer ausdrücklichen Erklärung in einem gesonderten vom Versicherungsnehmer

⁸¹² Vgl. Fuchs, in: U/B/H, § 307, Rn. 17; Coester, in: Staudinger, § 307, Rn. 289; Grüneberg, in: Palandt, § 307, Rn. 63; Kieninger, in: MK, Rn. 6; Stoffels, Rn. 431.

⁸¹³ Vgl. Fuchs, in: U/B/H, § 307, Rn. 25; Coester, in: Staudinger, § 307, Rn. 292; Stoffels, Rn. 432.

⁸¹⁴ Vgl. Fuchs, in: U/B/H, § 307, Rn. 33; Coester, in: Staudinger, § 307, Rn. 302; Grüneberg, in: Palandt, § 307, Rn. 67; Kieninger, in: MK, § 307, Rn. 11; Stoffels, Rn. 436; Wolf, in: W/H/L, § 8, Rn. 27.

⁸¹⁵ Vgl. Coester, in: Staudinger, § 307, Rn. 302.

unterschiedenen Schriftstück⁸¹⁶. Indem der Gesetzgeber einen formularmäßigen Verzicht ausschließt, dürfte damit auf den ersten Blick die Verwendung vorformulierter Erklärungen gemeint sein. Es bestehen aber erhebliche Zweifel, ob der Gesetzgeber tatsächlich einen Verzicht in einem vorbereiteten Formular meint oder nicht vielmehr nur einen standardmäßig erklärten Verzicht, bei dem der Versicherer regelmäßig im Vorfeld eines Vertragsschlusses eine Verzichtserklärung vom Versicherungsnehmer einholt⁸¹⁷. Diese Zweifel resultieren aus folgenden Überlegungen, die ihrerseits für eine Zulässigkeit eines Verzichts in AGB-Form sprechen:

Der Gesetzgeber hat in § 7 Abs. 1 S. 1 VVG den Zeitpunkt der Informationserteilung neu geregelt, damit der Versicherungsnehmer die Kundeninformationen nicht mehr erst bei Vertragsschluss erhält, wie dies gemäß § 5a VVG a.F. möglich und weitgehend üblich war. Der Regelfall soll daher eine Informationserteilung vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers sein⁸¹⁸. Damit ist erster Linie nicht ein *formularmäßiger*, sondern nur ein *standardmäßiger* Verzicht unvereinbar, da dieser im Ergebnis auf die Beibehaltung der früheren Rechtspraxis hinauslief⁸¹⁹. Zwar lässt sich argumentieren, dass ein standardmäßiger Verzicht insbesondere dann weitgehend ausgeschlossen wäre, wenn der Versicherer vorgedruckte Verzichtsformulare nicht verwenden dürfte. Dem steht jedoch entgegen, dass der Verzicht nach der Vorstellung des Gesetzgebers durchaus einen praktischen Anwendungsbereich hat, um einen zügigen Vertragsschluss zu ermöglichen⁸²⁰. Dieses Ziel lässt sich nur erreichen, wenn die Verzichtserklärung nicht so aufwändig zu gestalten ist, dass ihr Einsatz letztlich zu keinem Zeitgewinn führt. Müsste sie individuell erklärt werden, hätte dies zur Folge, dass der Versicherungsnehmer sich eine entsprechende Erklärung überlegen und diese mangels praktischer Alternativen handschriftlich niederlegen müsste. Überdies ist zu berücksichtigen, dass AGB nicht nur dann vom Verwender gestellt werden, wenn er diese schriftlich vorhält, sondern auch dann, wenn er sich diese im Kopf merkt und dann dem Vertragsschluss zugrunde legt⁸²¹. Deshalb könnten Versicherungsvertreter dem Versicherungsnehmer bei der Formulierung seiner Verzichtserklärung auch nicht in der Weise behilflich sein, dass sie sich eine Formulierung merken und diese für den Kunden aufschreiben oder ihm zur Niederschrift diktieren⁸²². Nur einen individuell vereinbarten Verzicht zuzulassen, liefe damit dem erklärten Ziel eines schnellen Vertragsschlusses

⁸¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

⁸¹⁷ Vgl. *Blankenburg*, VersR 2008, S. 1446 (1449).

⁸¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁸¹⁹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/77.

⁸²⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁸²¹ Vgl. BGH NJW 1988, S. 410; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 8.

⁸²² Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (23); *Schimikowski*, in: HK-VVG, Rn. 18; *ders.*, RuS 2007, S. 133 (136).

ses entgegen.

Unabhängig davon ist ein Ausschluss vorformulierter Verzichtserklärungen auch nicht notwendig, um einen standardmäßigen Verzicht auf Vorabinformation zu unterbinden. Zwar zeichnen sich AGB gerade dadurch aus, dass der Verwender beabsichtigt, sie in einer Vielzahl von Fällen einzusetzen. Ein vorformulierter Verzicht soll auch gerade dann zum Zuge kommen, wenn ein Versicherungsnehmer verzichten möchte. Dies bedeutet aber nicht, dass Verzichtserklärungen gerade aufgrund der AGB-Form standardmäßig eingeholt werden. Dies ist vielmehr eine geschäftspolitische Entscheidung des Versicherers.

Das Ziel, die standardmäßige Verwendung von Verzichtserklärungen zu verhindern, betrifft in erster Linie einen ordnungspolitischen Belang, der das Geschäftsgebaren des Versicherers zum Gegenstand hat. Dieses wird von der BaFin als Aufsichtsbehörde überwacht, die im Wege der Missstandsaufsicht nach § 81 Abs. 2 S. 1 VAG alle Anordnungen treffen kann, die erforderlich und geeignet sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Ein Missstand ist dabei gemäß § 81 Abs. 2 S. 2 VAG jedes Verhalten eines Versicherers, was den Aufsichtszielen des § 81 Abs. 1 VAG widerspricht. Zu diesen Zielen gehört es gemäß § 81 Abs. 1 S. 4 VAG unter anderem die ordnungsgemäße Durchführung des Geschäftsbetriebes einschließlich der Einhaltung der das Versicherungsverhältnis betreffenden Vorschriften, zu denen die des VVG gehören⁸²³, zu kontrollieren. Verwendet ein Versicherer Verzichtserklärungen standardmäßig und handelt er damit dem Grundgedanken des § 7 Abs. 1 S. 1 VVG zuwider, stellt dies einen Missstand dar, der die BaFin zum Einschreiten berechtigt⁸²⁴. Das vom Gesetzgeber verfolgte ordnungspolitische Ziel wird daher durch die staatliche Aufsicht der BaFin sichergestellt⁸²⁵. weswegen ein Verbot vorformulierter Verzichtserklärungen nicht erforderlich ist.

Die Verwendung eines vorformulierten Verzichts begegnet auch im Übrigen unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten des Schutzes des Versicherungsnehmers keinen Bedenken. § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG stellt erhebliche formale Anforderungen an die Gestaltung einer Verzichtserklärung, insbesondere muss diese in einer eigenen Urkunde enthalten sein und eigens unterschrieben werden. Somit ist es ausgeschlossen, dass diese Erklärung dem Kunden irgendwo an untergeordneter Stelle in den AVB untergeschoben werden kann⁸²⁶. Vielmehr führt

⁸²³ Vgl. *Bähr*, in: *F/K/B*, § 81, Rn. 17a; *Kollhosser*, in: *Prölss*, § 81, Rn. 37 i.V.m. Rn. 21.

⁸²⁴ Vgl. *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1451); *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (24); *Grote/Schneider*, *BB* 2007, S. 2689 (2691); *Leverenz*, Rn. 3/79; *Schimikowski*, in: *HK-VVG*, § 7, Rn. 18; *ders.*, *RuS* 2007, S. 133 (136); *ders.*, *RuS* 2006, S. 441 (443). Einschränkend *Wandt*, Rn. 285: Solange Versicherungsnehmer mit lauterem Mitteln zum Verzicht bewegt werden, begründe die systematische Unterzeichnung von Verzichtserklärungen keinen Missstand.

⁸²⁵ Ähnlich: *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1450f). Skeptisch demgegenüber: *A. Staudinger*, S. 12.

⁸²⁶ Vgl. *Blankenburg*, *VersR* 2008, S. 1446 (1449f); *Wandt*, Rn. 285.

die Trennung von den übrigen AVB dazu, dass ein Verzicht nicht zwingend erklärt werden muss, sobald der Versicherungsnehmer sich mit den AVB einverstanden erklärt⁸²⁷. Insofern wirkt sich die mit der Verwendung von AGB verbundene einseitige Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsmacht in diesem Punkt nicht zu Lasten des Versicherungsnehmers aus. Darüber hinaus ist zu sehen, dass mit der Vorformulierung dem Versicherer ohnehin inhaltlich keine große Gestaltungsmacht zukommt, da sich diese allein auf die Erklärung des Verzichts beschränkt. Sie stellt somit vorrangig eine Serviceleistung dar, die auch im Interesse des Kunden liegt.

Für die Zulässigkeit eines Verzichts in einer vorformulierten Erklärung spricht schließlich ein systematischer Vergleich mit der Verzichtsregelung in § 6 Abs. 3 VVG, die ebenfalls eine gesonderte schriftliche Erklärung verlangt. Dort heißt es, dass der Versicherungsnehmer in der Erklärung ausdrücklich darauf hingewiesen werden müsse, dass sich ein Verzicht nachteilig auf seine Möglichkeit auswirken könne, einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 5 VVG geltend zu machen. Eine derartige Belehrung in der Verzichtserklärung ist jedoch nur dann denkbar, wenn diese vorformuliert wird und vom Versicherungsnehmer nur noch unterschrieben werden muss⁸²⁸. In der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 3 VVG heißt es daher auch folgerichtig, die Verzichtserklärung müsse zum Gegenstand einer gesonderten Vereinbarung in einem eigenen Dokument gemacht und vom Kunden unterschrieben werden⁸²⁹. Ist daher bei einem Verzicht nach § 6 Abs. 3 VVG die Verwendung einer vorformulierten Verzichtserklärung vom Gesetzgeber vorgesehen, kann für § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG nichts anderes gelten.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber sich in der Gesetzesbegründung nicht gegen vorformulierte Verzichtserklärungen wendet, sondern allein einen standardmäßigen Verzicht verhindern möchte. Dieses Ziel ist nicht über das AGB-Recht, sondern die Instrumente des Aufsichtsrechts zu erreichen. Zudem lässt sich die daneben verfolgte Ziel des Gesetzgebers, mit dem Verzicht einen schnellen Vertragsschluss zu ermöglichen, praktisch nur mit vorformulierten Erklärungen erreichen, an die strenge formale Anforderungen zu stellen sind. Sie führen daher zu keiner Beeinträchtigung der Versicherungsnehmerinteressen, sondern stellen in erster Linie eine Serviceleistung des Versicherers dar. § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG ist insbesondere auch im systematischen Kontext mit § 6 Abs. 3 VVG dahin auszulegen, dass vorformulierte Verzichtserklärungen zulässig sind. Somit erlaubt § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG die Verwendung entsprechen-

⁸²⁷ Vgl. *Blankenburg*, VersR 2008, S. 1446 (1450); *Wandt*, Rn. 285.

⁸²⁸ Vgl. *Blankenburg*, VersR 2008, S. 1446 (1449); *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 32; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 280.

⁸²⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 re. Sp. i.V.m. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 re. Sp.

der AGB⁸³⁰. Eine Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB findet insoweit nicht statt und kann damit auch nicht zu einer Unwirksamkeit entsprechender AGB führen. Insgesamt ist daher die Verwendung vorformulierter Verzichtserklärungen zulässig.

c. Richtlinienkonformität von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG

Die RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG sehen keine expliziten Regelungen über einen Verzicht auf die Erteilung vorvertraglicher Informationen vor. Es stellt sich daher die Frage, ob § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG vor diesem Hintergrund richtlinienkonform ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sieht der Gesetzgeber sich durch europarechtliche Vorgaben nicht an der Normierung einer Verichtsregelung gehindert, da die RL 2002/65/EG ebenso wie die RL 2002/92/EG die Zulässigkeit eines Verzichts offen ließen. In einem Klammerzusatz heißt es ergänzend, Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/65/EG, wonach der Verbraucher auf die Rechte, welche ihm durch diese Richtlinie eingeräumt werden, nicht verzichten kann, beziehe sich nicht auf einen Verzicht auf Information⁸³¹. Die Zulässigkeit eines Verzichts begründet der Gesetzgeber überdies mit dem Leitbild des „mündigen Verbrauchers“, der entscheiden könne, ob er die ihm überlassenen Informationen zur Kenntnis nehme und der sich nicht gegen seinen Willen informieren lassen müsse⁸³².

Bemerkenswerterweise stellt der Gesetzgeber lediglich darauf ab, dass die RL 2002/65/EG und 2002/92/EG die Zulässigkeit eines Verzichts offen lassen. Für den Bereich der vorvertraglichen Informationspflichten des Versicherers kommt es nämlich zum einen auf die RL 2002/92/EG, welche vorvertragliche Pflichten für Versicherungsvermittler regelt, nicht an und zum anderen bleibt die Frage ungeklärt, inwieweit die ebenfalls maßgeblichen RL 92/49/EWG und 2002/83/EG einen Verzicht erlauben.

Überdies zeigen sich Ungereimtheiten zu der erstmaligen Umsetzung der RL 2002/65/EG im VVG a.F. Gemäß 48d VVG a.F. durfte von den §§ 48a bis 48e VVG a.F. nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, mit § 48d VVG a.F. werde Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/65/EG umgesetzt⁸³³. Wenn jedoch Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/65/EG einen Verzicht auf Information gar nicht umfassen soll, stellt sich die Frage, weswegen der Gesetzgeber in § 48d VVG a.F. ohne nähere Begründung auch die Informationspflichten des § 48b VVG a.F. einseitig zwingend

⁸³⁰ Für die Qualifizierung als „Erlaubnisnorm“ auch *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 32 zu § 6 Abs. 3 VVG.

⁸³¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp. und re. Sp.

⁸³² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp. und S. 60 li. Sp.

⁸³³ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 10 li. Sp.

ausgestaltet hat. Entsprechendes gilt für die gemäß § 312f BGB einseitig zwingende Ausgestaltung der Informationspflichten in § 312c BGB, der die Vorgaben der RL 2002/65/EG außerhalb des Versicherungsrechts umsetzt. Es gilt daher, die Überlegungen des Gesetzgebers zu hinterfragen.

aa. RL 2002/65/EG

Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/65/EG bestimmt, dass der Verbraucher auf die Rechte, die ihm durch diese Richtlinie eingeräumt werden, nicht verzichten kann. Zu den durch die Richtlinie eingeräumten Rechten gehören bei unbefangener Lesart auch diejenigen, die aus den vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers gemäß Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 resultieren. Weswegen der Gesetzgeber meint, Art. 12 Abs. 1 stehe einem Verzicht auf Vorabinformation nicht entgegen, erschließt sich daher aufgrund des Wortlauts nicht. Zudem bestimmt Art. 12 Abs. 2, dass die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass der Verbraucher den durch die Richtlinie gewährten Schutz nicht dadurch verliert, dass das Recht eines Drittstaates als auf den Vertrag anwendbares Recht gewählt wird. Der mit der Richtlinie gewährte Schutz soll demnach umfassend gewährleistet sein. Hiermit ist es nicht zu vereinbaren, ihn durch eine Verzichtsmöglichkeit zu relativieren und in Art. 12 Abs. 1 kein entsprechendes Verzichtsverbot zu sehen. Auch in der Literatur finden sich keine Stimmen, die wie die Gesetzesbegründung dafür plädieren, dass Art. 12 Abs. 1 einem Informationsverzicht nicht entgegensteht. Vielmehr wird aus der Regelung die Unabdingbarkeit der durch die Richtlinie gewährten Rechte geschlossen⁸³⁴. Es ist daher davon auszugehen, dass Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/65/EG entgegen der Gesetzesbegründung einen Verzicht auf die vorvertragliche Informationserteilung ausschließt und somit § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG im Anwendungsbereich der RL 2002/65/EG europarechtswidrig ist⁸³⁵.

bb. RL 92/49/EWG und 2002/83/EG

Eine dem Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/65/EG vergleichbare Regelung sehen die RL 92/49/EWG und 2002/83/EG nicht vor. Fraglich ist daher, ob die Informationspflichten dieser Richtlinien auch ohne ausdrückliche Anordnung zwingender Natur sind und damit einer Umsetzung in dispositives nationales Recht entgegenstehen.

(1.) Richtlinienvorgaben und Harmonisierung nationaler Rechtsordnungen

Es ist bereits ausgeführt worden, dass Richtlinien als Instrumente europäischer

⁸³⁴ Vgl. *Reich/Micklitz*, S. 845.

⁸³⁵ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (498f); *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 42; *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1712); *Schimikowski*, RuS 2007, S. 2007, S. 133 (137); *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 36; *A. Staudinger*, S. 15.

Gesetzgebung dort zum Zuge kommen, wo es um eine Angleichung nationaler Rechtsvorschriften geht. Um das Ziel der Harmonisierung zu erreichen, sind daher die Mitgliedsstaaten gehalten, die Vorgaben der Richtlinie so umzusetzen, dass deren praktische Wirksamkeit („*effet utile*“) gewährleistet wird. Daraus folgt auch die Verpflichtung, die Richtlinie in verbindliche Außenrechtssätze umzusetzen, die den Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen⁸³⁶. Die Harmonisierung nationaler Rechtsordnungen dient dem übergeordneten Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes, was die RL 92/49/EWG und 2002/83/EG in ihren Erwägungsgründen 1 bzw. 3 auch zum Ausdruck bringen. Hiermit ist es nicht zu vereinbaren, wenn die Mitgliedsstaaten die Richtlinienvorgaben in nationale Regelungen umsetzen, die dispositiv sind. Entgegen der angestrebten Harmonisierung wäre eine Rechtszersplitterung die Folge, da zu fragen wäre, in welchem Mitgliedsstaat die Richtlinienvorgaben durch Verzicht abbedungen werden können. Zudem würden die Richtlinien in ihrer praktischen Wirksamkeit beeinträchtigt, da in einzelnen Staaten die Möglichkeit bestünde, sich den Vorgaben zu entziehen. Schließlich wäre auch der Rechtssicherheit durch eine Verichtsregelung nicht gedient, da im Einzelfall stets zu prüfen wäre, ob und inwieweit ein Verzicht erklärt worden ist. Aufgrund der hierdurch eintretenden ungleichen Wettbewerbsbedingungen liefe eine Umsetzung von Richtlinienvorgaben durch dispositives Recht dem Ziel der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes entgegen. Der Harmonisierungsgedanke der Richtlinien spricht somit für einen zwingenden Charakter ihrer Vorgaben und verbietet eine Umsetzung in dispositives nationales Recht⁸³⁷.

(2.) Richtlinienvorgaben und Schutz des Versicherungsnehmers

Nicht nur im deutschen Recht, sondern auch auf europäischer Ebene zählen die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit zu den wesentlichen Gedanken des Privatrechts⁸³⁸. Dementsprechend dienen die vorvertraglichen Informationen der RL 92/49/EWG und 2002/83/EG dazu, die zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gestörte Vertragsparität auszugleichen und damit privatautonome Entscheidung des Versicherungsnehmers zu ermöglichen. Folglich ist es bereits mit der Schutzfunktion der Informationspflichten nicht zu vereinbaren, diese zur Disposition des Geschützten zu stellen. Überdies tragen nach der Konzeption des „Informationsmodells“ erst die vorvertraglichen Informationen dazu bei, die Voraussetzungen für eine selbst bestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr zu schaffen⁸³⁹. Fraglich ist jedoch, ob die Annahme, eine Vorabinformation sei

⁸³⁶ Vgl. oben unter C. III. 2. b. aa.

⁸³⁷ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 7, Rn. 42; A. Staudinger, S. 14.

⁸³⁸ Vgl. Riesenhuber, Rn. 131-133 und 897f.

⁸³⁹ Vgl. Drexler, in: FS Sonnenberger, S. 771 (780f und 783); Grundmann, JZ 2000, S. 1133 (1133, 1135 und 1137f); A. Staudinger, S. 14.

zwingender Natur und könne daher nicht abbedungen werden, mit dem Leitbild eines „verständigen, informierbaren und mündigen Verbrauchers“ zu vereinbaren ist, welches hinter dem Schutzkonzept des „Informationsmodells“ steht.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass der „mündige Verbraucher“, wie ihn der EuGH sieht, auch ein eigenverantwortlich handelnder Verbraucher ist, der darüber entscheiden kann, ob er Informationen zur Kenntnis nehmen möchte oder nicht⁸⁴⁰. Es scheint daher nur konsequent zu sein, dass der deutsche Gesetzgeber sich in der Gesetzesbegründung maßgeblich auf den Gedanken des „mündigen Verbrauchers“ stützt, um die Zulässigkeit einer Verzichtregelung zu begründen⁸⁴¹. Diese Überlegung kann im Ergebnis dennoch nicht überzeugen.

Das Leitbild eines „mündigen Verbrauchers“, der eigenverantwortlich entscheiden kann, ob er Informationen zur Kenntnis nimmt oder nicht, setzt eine Informationserteilung voraus. Es knüpft daran an, dass dem Verbraucher Informationen an die Hand gegeben werden und überlässt ihm nur den Umgang mit *bereits erteilten* Informationen. Darüber, ob er Informationen erhält oder nicht, hat der Verbraucher nicht zu bestimmen. Diese Entscheidung hat bereits der Richtlinienggeber getroffen, der die Informationserteilung zum Schutze des Verbrauchers bzw. Versicherungsnehmers für notwendig hält. Entgegen der Gesetzesbegründung⁸⁴² ist hiermit auch nicht die Gefahr einer zwangsweisen Information verbunden, denn der Informationsadressat hat es gerade in der Hand, ob und inwieweit er sie liest. Gleichwohl drängt sich dann die Frage auf, weswegen er sie überhaupt bekommen muss und nicht von vornherein auf ihre Erteilung verzichten kann.

Macht der Versicherungsnehmer von der Möglichkeit eines Verzichts Gebrauch, erhält er die Informationen gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG erst unmittelbar nach Vertragsschluss. Vor Abgabe seiner Willenserklärung hat er demgegenüber keine Möglichkeit, sich mit ihnen näher zu beschäftigen. Anders ist die Situation, wenn er sich diese aushändigen lässt und sich dann dafür entscheidet, sie nicht weiter zur Kenntnis nehmen. Der wesentliche Unterschied ist also der, dass ein Versicherungsnehmer, der vorab einen Verzicht erklärt, keine Vorstellung über den Umfang der Informationen hat, wohl aber derjenige, der diese vor Abgabe seiner Vertragserklärung erhält. Der Verzichtende hat also nicht die Möglichkeit, seine Entscheidung gegen eine Vorabinformation zu revidieren, indem er einen kurzen Blick in das ausgehändigte Informationsmaterial wirft und möglicherweise zu der Erkenntnis gelangt, dass dieses nicht ganz unbedeutend ist. Eine tatsächliche Aushändigung der Informationen vor Abgabe der Vertragserklärung ist daher nicht von vornherein entbehrlich.

⁸⁴⁰ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (4.).

⁸⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. S. 48 re. Sp. und S. 60 li. Sp.

⁸⁴² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

(3.) Zusammenfassung

Es ist daher festzuhalten, dass die Pflicht zu Informationserteilung in den RL 92/49/EWG und 2002/83/EG auch ohne ausdrückliche Anordnung der Unabdingbarkeit zwingender Natur ist. Folglich verstößt § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG auch im Anwendungsbereich der RL 92/49/EWG und 2002/83/EG gegen europäisches Recht⁸⁴³.

cc. Konsequenzen der Richtlinienwidrigkeit

Fraglich ist, welche Konsequenzen der Verstoß von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG gegen die RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG hat.

(1.) Pflicht zur Änderung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG

Zunächst ist festzustellen, dass der deutsche Gesetzgeber seiner Umsetzungspflicht aus Art. 249 Abs. 3 EG nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, weswegen er die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG den europarechtlichen Vorgaben anpassen muss. Dies bedeutet, dass ein Verzicht auf Vorabinformation im Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinien im Gesetz nicht vorgesehen werden darf. Folglich ist eine einheitliche Verzichtregelung nicht mehr aufrechtzuerhalten. Es müsste bei der Ausgestaltung einer Verzichtregelung danach differenziert werden, was für ein Versicherungsvertrag mit welchem Versicherungsnehmer geschlossen werden soll und auf welchem Vertriebsweg dies geschieht. Hinsichtlich der Informationserteilung hat der Gesetzgeber eine derartige Differenzierung gerade vermeiden wollen und dementsprechend die Informationspflichten der einzelnen Richtlinien, soweit sie sich nicht spezifisch auf ein bestimmtes Versicherungsprodukt beziehen, generell für jeden Versicherungsvertrag vorgeschrieben⁸⁴⁴. Konsequenterweise bezieht sich daher auch der Verzicht auf die gesamte Vorabinformation⁸⁴⁵. Darüber hinaus würde die Differenzierung hinsichtlich des Umfangs der Verzichtserklärung dem erklärten Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen, auf Wunsch der Versicherungsnehmer diesem einen schnellen Vertragsschluss zu ermöglichen⁸⁴⁶, da je nach Vertriebskonstellation zumindest einige der europarechtlich vorgeschriebenen Informationen zwingend zu erteilen wären. Im Ergebnis dürfte daher praktisch nur eine Streichung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG einen richtlinienkonformen Zustand herstellen⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Vgl. im Ergebnis *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 38.

⁸⁴⁴ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 59 re. Sp.

⁸⁴⁵ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁸⁴⁶ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 48 re. Sp. und 60 li. Sp.

⁸⁴⁷ Damit dürfte sich auch die Frage erledigen, ob die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, da die Pflicht zur Vorabinformation im Versicherungsrecht disponibel ausgestaltet ist und damit eine von anderen Finanzdienstleistungen abweichende Regelung vorsieht, bei denen gemäß § 312f BGB die Informationspflichten halbzwingend ausges-

(2.) Richtlinienkonforme Auslegung

Da der Richtlinienverstoß nicht zur Unwirksamkeit der nationalen Regelung führt, ist § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG bis zu einer Änderung in der Praxis weiter anzuwenden⁸⁴⁸. Daher stellt sich die Frage, inwieweit in der Zwischenzeit eine richtlinienkonforme Auslegung der Norm in Gestalt einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion möglich ist.

Ziel der richtlinienkonformen teleologischen Reduktion ist eine Beschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm, um diese entgegen ihres zu weit gefassten Wortlauts mit den Richtlinienvorgaben in Einklang zu bringen⁸⁴⁹. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer Regelungslücke⁸⁵⁰, also einer planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes⁸⁵¹. Im Falle einer teleologischen Reduktion wird diesbezüglich auch von einer „verdeckten Lücke“ gesprochen, die im Fehlen einer aus teleologischen Gründen gebotenen Einschränkung besteht⁸⁵². Die Planwidrigkeit der Gesetzeslücke bestimmt sich danach, ob die getroffene Regelung von dem gesetzlichen Regelungsplan abweicht, der im Wege historischer und teleologischer Auslegung zu ermitteln ist⁸⁵³. Wird der gesetzliche Regelungsplan nicht allein anhand des einzelnen Gesetzes, sondern auf der Grundlage der Gesamtrechtsordnung ermittelt⁸⁵⁴, hat dies den Vorteil, dass nach der Umsetzung einer Richtlinie diese als Maßstab zur Bestimmung der Planwidrigkeit herangezogen werden kann, da der Gesetzgeber sie mit ihrer Umsetzung in seinen Willen aufgenommen hat und sie daher Teil der Gesamtrechtsordnung ist⁸⁵⁵. Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke verbietet sich in diesen Fällen allerdings dann, wenn der Gesetzgeber die Richtlinie in bestimmter Hinsicht bewusst nicht umgesetzt hat und somit deren Regelungsauftrag gerade nicht gefolgt ist⁸⁵⁶.

Vor diesem Hintergrund weist § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG eine verdeckte Regelungslücke auf, da der Norm Einschränkungen in Bezug auf die Abdingbarkeit der Informationspflichten im Anwendungsbereich der jeweils einschlägigen

taltet sind, vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1712); *A. Staudinger*, S. 15. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG hätte nämlich nicht zwingend die Nichtigkeit der Norm zur Folge, sondern regelmäßig erklärt das BVerfG gleichheitswidrige Normen für mit dem Grundgesetz unvereinbar und überlässt es dem Gesetzgeber, wie er die Ungleichbehandlung beseitigen will, vgl.

Jarass, in: *J/P*, Art. 3, Rn. 40f; *Osterloh*, in: *Sachs*, Art. 3, Rn. 130-132.

⁸⁴⁸ Vgl. oben unter C. III. 2. c. aa.

⁸⁴⁹ Vgl. *Schnorbus*, AcP 201, S. 860 (894).

⁸⁵⁰ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (82); *Larenz/Canaris*, S. 191 ff; *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 14, Rn. 49.

⁸⁵¹ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (82); *Larenz/Canaris*, S. 194; *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 14, Rn. 49.

⁸⁵² Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 198 und 210.

⁸⁵³ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 194; *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 14, Rn. 49.

⁸⁵⁴ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (84); *Larenz/Canaris*, S. 246; *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 14, Rn. 50.

⁸⁵⁵ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (85); *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 14, Rn. 51.

⁸⁵⁶ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47 (85).

Richtlinienvorgaben fehlen. Diese Regelungslücke lässt sich auch als planwidrig begreifen, wenn darauf abgestellt wird, dass der deutsche Gesetzgeber die RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG mit der Umsetzung in das nationale Recht integriert und damit zum Bestandteil der Gesamtrechtsordnung gemacht hat. In diesem Zusammenhang kann auch nicht die Rede davon sein, der Gesetzgeber habe bewusst die Richtlinien nicht ordnungsgemäß in deutsches Recht transformiert⁸⁵⁷, denn ausweislich der Gesetzesbegründung geht er bezüglich der RL 2002/65/EG (irrtümlich) davon aus, dass diese eine Verzichtregelung zulasse⁸⁵⁸ und stellt im Übrigen auf das in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Leitbild des mündigen Verbrauchers ab, um die Möglichkeit eines Verzichts zu legitimieren⁸⁵⁹. Demnach könnte eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion von § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG in Betracht kommen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine teleologische Reduktion nicht möglich ist, wenn die Grenze zum „Contra-Legem-Judizieren“ überschritten wird, also das Ergebnis im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut oder Zweck der gesetzlichen Regelung steht⁸⁶⁰.

Eine teleologische Reduktion liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass ein Verzicht auf Vorabinformation nur in Bezug auf solche Informationen zulässig wäre, die aufgrund der Richtlinienvorgaben im konkreten Fall nicht zwingend zu erteilen wären. Es müsste demzufolge die gleiche Differenzierung vorgenommen werden, wie sie bereits im Hinblick auf eine richtlinienkonforme Ausgestaltung der Verzichtregelung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG skizziert worden ist⁸⁶¹. Ein Verzicht auf eine umfassende Vorabinformationen, wie er vom Gesetzgeber beabsichtigt ist⁸⁶², käme somit nicht mehr in Betracht. Der damit verfolgte Zweck, einem Versicherungsnehmer einen schnellen Vertragsschluss zu ermöglichen, könnte ebenfalls nicht erreicht werden, da in den meisten Fällen zumindest Teile der vorvertraglichen Informationen übermittelt werden müssten. Eine teleologische Reduktion liefe dem Wortlaut und Gesetzeszweck des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG zuwider und ginge über die Grenzen einer zulässigen Rechtsfortbildung hinaus. Eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG ist daher nicht möglich⁸⁶³.

⁸⁵⁷ Vgl. A. Staudinger, S. 15, Fn. 58.

⁸⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

⁸⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp. und S. 60 li. Sp.

⁸⁶⁰ Vgl. Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47 (92, 96 und 100); Roth, in: Riesenhuber (Hrsg.), § 14, Rn. 53; Schnorbus, AcP 201, S. 860 (897f).

⁸⁶¹ Vgl. oben unter C. III. 5. c. cc. (1.).

⁸⁶² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

⁸⁶³ A. A., jedoch ohne im Einzelnen auf die Voraussetzungen einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion einzugehen: Schimikowski, RuS 2007, S. 133 (137); A. Staudinger, S. 14, Fn. 58.

6. Kritik

Die Informationen nach § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV sollen dazu beitragen, das informationelle Ungleichgewicht zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer auszugleichen und damit zu einem funktionierenden Wettbewerb am Versicherungsmarkt beitragen. Nach der Untersuchung der vorvertraglichen Informationspflichten des Versicherers erscheint es jedoch zweifelhaft, ob dieses Ziel erreicht werden kann.

Indem der Gesetzgeber bzw. der Ordnungsgeber der VVG-InfoV sich dazu entschlossen hat, die Informationspflichten der einzelnen Richtlinien überschießend über ihren Anwendungsbereich hinaus umzusetzen, führt die konsequente Verfolgung des „Informationsmodells“ zu einer Situation, in der der Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Vertragserklärung eine Vielzahl von Informationen zu erhalten hat. Diese betreffen, bedingt durch die Richtlinienvorgaben, mitunter nebensächliche Aspekte, wie beispielsweise das auf den Vertrag anwendbare Recht⁸⁶⁴, den Namen des Mitgliedstaates, in dem der Versicherer seinen Sitz hat⁸⁶⁵ oder die Sprache, in der sich der Versicherer verpflichtet, mit dem Versicherungsnehmer während der Vertragslaufzeit zu kommunizieren⁸⁶⁶.

Bereits zu den Informationspflichten des § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. bzw. zu den zugrunde liegenden Richtlinienvorgaben wurde kritisch angemerkt, dass deren Umfang zu einer „Desinformation durch Überinformation“ führe⁸⁶⁷ bzw. die Vielzahl an Informationen wegen der begrenzten menschlichen Aufnahmefähigkeit gar nicht zur Kenntnis genommen werden können und somit ihr Ziel verfehlen⁸⁶⁸. Auch zum neuen Recht wird daher der Umfang der zu erteilenden Informationen zumeist kritisch gesehen⁸⁶⁹. In der Tat dürften die meisten Informationen den Versicherungsnehmer als Adressaten nicht erreichen, da ihr Studium einiges an Zeit und Mühe kostet.

Ein Vorwurf kann dem deutschen Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht gemacht werden, denn sein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum ist im Wesentlichen durch die zwingenden europarechtlichen Vorgaben eingengt, weswegen eine grundsätzliche Kritik am Schutzkonzept des „Informationsmodells“ auf europäischer Ebene ansetzen muss, wo die Weichen in Richtung vorvertragliche Information und nicht in Richtung Produktregulierung gestellt worden sind. Dennoch ließe sich einwenden, dass die Richtlinienvorgaben beschränkt

⁸⁶⁴ Vgl. Art. 31 Abs. 1 RL 92/49/EWG; Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Anhang III A Nr. a16 RL 2002/83/EG; Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 f RL 2002/65/EG.

⁸⁶⁵ Vgl. Art. 43 Abs. 2 UA 1 RL 92/49/EWG; Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Anhang III A Nr. a2 RL 2002/83/EG.

⁸⁶⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Nr. 3g RL 2002/65/EG.

⁸⁶⁷ Vgl. *Miettinen*, S. 38; *Müller*, Rn. 868; *Werber*, ZVersWiss 1994, S. 321 (335). Ähnlich: *Bach*, in: FS Lorenz 1994, S. 47 (53); *Brömmelmeyer*, in: VersWissStud (26. Bd.), S. 115 (116).

⁸⁶⁸ Vgl. *Rehberg*, S. 124, 153f. Allgemein zu dem Problem der begrenzter Aufnahmemöglichkeiten bei vorvertraglichen Informationen: S. 55-66.

⁸⁶⁹ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, Einl., Rn. 7; *A. Staudinger*, S. 15f.

auf den jeweiligen Anwendungsbereich der Richtlinien hätten umgesetzt werden können. Konsequenz wären aber Wertungswidersprüche gewesen, denn es überzeugt nicht, weswegen bestimmte Informationen etwa allein im Fernabsatz zum Schutze des Versicherungsnehmers zu erteilen wären, ohne dass diese spezifischen Besonderheiten des Fernabsatzes Rechnung tragen. Evident wird dies am Beispiel der Schadenversicherung, da die RL 92/49/EWG für diesen Bereich kaum vorvertragliche Informationen vorschreibt. Das gleiche gilt im Hinblick auf die Informationsadressaten, denn warum die Informationen der RL 2002/83/EG allen Versicherungsnehmern erteilt werden müssen, während die Informationen der RL 2002/65/EG auf Verbraucher beschränkt sein sollen, leuchtet in Anbetracht der Tatsache, dass sich das informationelle Ungleichgewicht zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer nicht auf die Gruppe der Verbraucher beschränkt, nicht ein. Das vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Umsetzungskonzept denkt letztlich nur das in den Richtlinienvorgaben verankerte „Informationsmodell“ konsequent zu Ende. Aus diesem Grunde ist auch nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber entsprechend der Funktionsweise des „Informationsmodells“ den für die Informationserteilung maßgeblichen Zeitpunkt im Unterschied zum alten VVG nun eindeutig vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers angesiedelt hat. Insoweit sind letztlich die mit dem „Informationsmodell“ verbundenen Wertungen bei der Auslegung und Anwendung des VVG insbesondere im Hinblick auf die Frage, welche Vertragschlussmodelle fortan praktiziert werden können⁸⁷⁰, zu akzeptieren.

Zu kritisieren ist aber, dass der Gesetzgeber das Problem der „Desinformation durch Überinformation“ hätte abmildern können, indem er die Übergabe des Produktinformationsblatt, welches einen Einstieg in die vorvertraglichen Informationen erleichtern soll, nicht auf die Gruppe der Verbraucher beschränkt, sondern gegenüber allen Versicherungsnehmern vorgeschrieben hätte.

Ungeachtet der Frage, ob der Versicherungsnehmer die Informationen auf Grund ihres Umfangs zur Kenntnis nehmen wird, besteht im Hinblick auf das Ziel, die zwischen den Parteien gestörte Vertragsparität auszugleichen, ein weiteres Problem darin, dass die Pflichten nach § 7 VVG nicht auf der Ebene der Bedarfsermittlung ansetzen, jedoch gerade hier eine wesentliche Schwierigkeit des Versicherungsnehmers im Umgang mit dem Produkt Versicherung besteht. Der durch § 7 VVG vermittelte Schutz greift daher erst dann ein, wenn der Versicherungsnehmer bereits ein konkretes Versicherungsprodukt ins Auge gefasst hat.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Informationen nach § 7 VVG einen generellen Charakter haben und daher nicht auf die individuelle Situation des Versicherungsnehmers abgestimmt sind. Entsprechende Kritik ist bereits zum alten Recht an den Informationspflichten des § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F.

⁸⁷⁰ Vgl. unten unter D.

geübt worden. Da es an einer individuellen Dimension der Beratung fehle, seien die Informationspflichten ungeeignet, die strukturelle Unterlegenheit des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer zu beseitigen⁸⁷¹.

Die beiden letztgenannten Schwächen der Informationserteilung nach § 7 VVG hat auch der deutsche Gesetzgeber erkannt und daher begleitend in § 6 VVG individuelle Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates sowie zur Dokumentation eingeführt⁸⁷², die ebenfalls im Zuge des Abschlusses des Versicherungsvertrages zu berücksichtigen sind. Diese Pflichten werden im folgenden Abschnitt näher untersucht⁸⁷³.

7. Zusammenfassung

Die Pflicht zur Erteilung vorvertraglicher Informationen findet ihre Rechtfertigung in der zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gestörten Vertragsparität. Um diese auszugleichen, folgt das VVG dem Schutzkonzept des sog. „Informationsmodells“, welches weitgehend durch die Vorgaben der RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG vorgegeben ist.

Das vom Gesetzgeber verfolgte Konzept einer überschießenden Umsetzung der Richtlinien, um unabhängig von Vertriebsart, vom angebotenen Versicherungsvertrag und von der Person des Versicherungsnehmers ein einheitliches Pflichtenprogramm für den Versicherer zu normieren, soweit es nicht um spartenspezifische Informationen geht, ist mit den europarechtlichen Vorgaben zu vereinbaren. Lediglich einzelne Vorgaben der VVG-InfoV in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 VVG-InfoV genügen zurzeit den Anforderungen der Richtlinien nicht und bedürfen daher einer Korrektur durch den Verordnungsgeber. Bis zu dieser Änderung können die Vorschriften jedoch richtlinienkonform bzw. „quasirichtlinienkonform“ ausgelegt werden.

Soweit der Gesetzgeber über die Richtlinienvorgaben hinaus weitere Informationspflichten in § 7 VVG i.V.m. VVG-InfoV geregelt hat, sind diese richtlinienkonform ausgestaltet worden.

Weitergehende, speziell mit Blick auf die Pflicht zum Kostenausweis in der Lebensversicherung erhobene, verfassungsrechtliche Bedenken wegen eines Verstoßes der Verordnungsermächtigung gegen Art. 80 Abs. 1 GG bzw. wegen einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, sind unbegründet. Anders verhält es sich demgegenüber mit den Informationspflichten des § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV für Berufsunfähigkeitsversicherungen ohne Beitragsrückgewähr, denen es an einer wirksamen Verordnungsermächtigung gemäß Art. 80 Abs. 1 GG fehlt, weswegen § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV insoweit verfassungs-

⁸⁷¹ Vgl. *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (216f); im Ansatz auch: *Miettinen*, S. 37.

⁸⁷² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

⁸⁷³ Vgl. unten unter C. IV.

widrig und somit nichtig ist.

Die Pflicht, den Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung zu informieren bedeutet, die Informationen so zu übergeben, dass ihr Zweck erläutert wird und der Kunde frei von äußerem Druck entscheiden kann, ob und inwieweit er diese tatsächlich zur Kenntnis nehmen möchte. Eine produktorientierte Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“ sowie die Einhaltung einer Mindestfrist zwischen Informationserteilung und Abgabe der Willenserklärung ist demgegenüber nicht geboten.

Soweit § 7 Abs. 1 VVG die Möglichkeit eröffnet, die Informationen in Textform zu übermitteln, entbindet dies nicht davon, zumindest auch gedrucktes Informationsmaterial vorzuhalten, da anderenfalls die Abgabe einer Vertragserklärung unmittelbar nach der Informationserteilung im gleichen Termin nicht in Frage kommt. Abgesehen davon wird nicht jeder Versicherungsnehmer mit einer Übergabe von Informationen in gespeicherter Form einverstanden sein.

Für die Informationserteilung selbst bedarf es nicht zwingend einer eigenständigen Informationsbroschüre, in die *sämtliche* Informationen aufzunehmen sind, da die AVB weitgehend als Informationsträger fungieren können. Notwendig ist es jedoch, das Produktinformationsblatt als Druckstück aufzulegen und zumindest die Informationen nach § 1 Abs. 1 Nr. 6b und Nr. 13 VVG-InfoV getrennt von den AVB zu übergeben.

§ 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG sieht einen Verzicht auf Vorabinformation vor, welcher auch mittels vorformulierter Verzichtserklärungen erklärt werden kann. Da diese Regelung jedoch richtlinienwidrig ist, muss der Gesetzgebers § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG ändern. Bis zu diesem Zeitpunkt kann die Verzichtserklärung jedoch in der Praxis angewendet werden, da insbesondere eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion der Norm nicht möglich ist.

IV. Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (§ 6 VVG)

Unter der Überschrift „Beratung des Versicherungsnehmers“ sehen § 6 Abs. 1 und 2 VVG mehrere Pflichten des Versicherers vor, die im Vorfeld des Vertragsschlusses zu erfüllen sind: Zunächst die Pflicht, den Versicherungsnehmer anlassbezogen nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen, weiterhin, ihn anlassbezogen zu beraten sowie die Gründe für jeden erteilten Rat anzugeben und schließlich, dies zu dokumentieren.

Darüber hinaus wird von Teilen der Literatur aus § 6 Abs. 2 S. 1 VVG eine weitere Pflicht zur Übermittlung des erteilten Rates und der Gründe hierfür angenommen⁸⁷⁴. Da die Pflicht zur Dokumentation nach § 6 Abs. 1 S. 2 VVG für den Versicherungsnehmer indes nur von Bedeutung ist, wenn ihm die erstellte Dokumentation auch übermittelt wird, ist davon auszugehen, dass die in § 6 Abs. 2 S. 1 VVG angesprochene Übermittlung nur ein Teil der Dokumentationspflicht ist. Deutlicher zeigt dies die Parallelregelung in § 61 Abs. 1 VVG zu den Beratungs- und Dokumentationspflichten des Versicherungsvermittlers, wo es in § 61 Abs. 1 S. 2 VVG heißt, er habe „dies“ nach § 62 VVG zu dokumentieren. In § 62 Abs. 1 ist sodann die Rede davon, dass die Informationen nach § 61 Abs. 1 VVG vor Vertragsschluss in Textform zu übermitteln sind. Dass die Pflicht zur Übermittlung sich als Teil der Dokumentationspflicht verstehen lässt, zeigt auch die Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 2 VVG, wonach der erteilte Rat und die hierfür maßgeblichen Gründe *als Dokumentation* zu übermitteln sind⁸⁷⁵. Im Folgenden ist daher im Hinblick auf § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG von einer einheitlichen Pflicht zur Dokumentation auszugehen.

Die Erfüllung der Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation lässt sich als Beratung im weiteren Sinne verstehen. Sie bildet neben der Neuregelung der Informationspflichten gemäß § 7 VVG einen der zentralen Punkte der Reform des VVG⁸⁷⁶, insbesondere weil bislang keine gesetzlichen Vorgaben für eine Beratung des Versicherungsnehmers vor Abschluss des Versicherungsvertrages bestanden⁸⁷⁷. Es ist daher zu klären, welche inhaltlichen Anforderungen diese Pflichten an den Versicherer stellen und wie diese in formaler und zeitlicher Hinsicht im Zuge des Vertragsschlusses zu erfüllen sind.

Ausgangspunkt bildet hierfür eine Bestimmung der Begriffe Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflicht (unter 1.), an die sich eine Untersuchung zum Beratungsbedarf des Versicherungsnehmers (unter 2.) sowie zu den europarechtlichen Vorgaben der einzelnen Pflichten anschließt (unter 3.). Es folgt eine Betrachtung der bisherigen Rechtslage zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers und den im alten Recht vorherrschenden Beratungsstandards

⁸⁷⁴ Vgl. Marlow/Spuhl, S. 29; Münkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 44; Terbille, in: MAH, § 2, Rn. 32.

⁸⁷⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 re. Sp.

⁸⁷⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 47 re. Sp.

⁸⁷⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.

(unter 4.), bevor im Einzelnen auf die Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (unter 5.) eingegangen wird. Zum Abschluss wird die Regelung des Beratungsverzichts in § 6 Abs. 3 VVG näher untersucht (unter 6.).

1. Begriffsbestimmung

Ebenso wie § 7 Abs. 1 VVG nicht den Begriff der Informationspflicht verwendet, findet sich auch in § 6 Abs. 1 VVG weder der Begriff der Fragepflicht noch der der Beratungs- oder Dokumentationspflicht. Das Gesetz spricht in § 6 Abs. 1 S. 1 VVG vielmehr davon, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen, ihn zu beraten sowie die Gründe für jeden erteilten Rat anzugeben hat. In § 6 Abs. 1 S. 2 VVG heißt es weiter, dass der Versicherer dies zu dokumentieren hat. Verkürzt geben die gewählten Begriffe somit den Inhalt der dahinter stehenden Pflichten wieder, ohne dass damit genauere Aussagen über deren Reichweite und Umfang verbunden sind. Während die Begriffe Fragepflicht und Dokumentationspflicht weitgehend selbsterklärend sind, bestehen jedoch Schwierigkeiten, das Schlagwort der Beratungspflicht mit Leben zu füllen.

Der Begriff der Beratungspflicht ist Teil der uneinheitlichen Terminologie, mit der vorvertragliche Pflichten umschrieben werden, die auf die Verschaffung von Wissen gerichtet sind⁸⁷⁸. So ist in diesem Zusammenhang häufig die Rede von Informations-, Aufklärungs-, Hinweis-, Belehrungs-, Offenbarungs-, Warn-, Mitteilungs- und Beratungspflichten, wobei meist auf eine nähere Unterscheidung verzichtet wird⁸⁷⁹. Gleichwohl lassen sich Unterschiede zwischen den einzelnen Pflichten ausmachen, auch wenn praktisch die Übergänge fließend⁸⁸⁰ und die verschiedenen Begrifflichkeiten teilweise nur durch sprachliche Kreativität bedingt sind⁸⁸¹. Im Wesentlichen kann zwischen Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten differenziert werden⁸⁸².

Zu den Informationspflichten gehören die Pflichten, die darauf gerichtet sind, Wissen in standardisierter Weise, objektiv und ohne Rücksicht auf den Einzelfall

⁸⁷⁸ Vgl. *Hadding*, in: FS Schimansky, S. 67 (72).

⁸⁷⁹ Vgl. *Breidenbach*, S. 4.; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (192); *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241, Rn. 429; *Roth*, in: MK, § 241, Rn. 116.

⁸⁸⁰ Vgl. *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (45); *Hadding*, in: FS Schimansky, S. 67 (72); *Roth*, in: MK, § 241, Rn. 114; *Römer*, S. 7; *ders.*, VersR 1998, S. 1313 (1314).

⁸⁸¹ Vgl. *Breidenbach*, S. 4.

⁸⁸² Vgl. *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (45); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (193); *Miettinen*, S. 199-201; *dies.*, VersR 2005, S. 1629 (1630f). A.A. *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241, Rn. 429; *Roth*, in: MK, § 241, Rn. 114, die lediglich zwischen Aufklärungs- und Beratungspflichten unterscheiden und diese unter dem Oberbegriff Informationspflichten zusammenfassen. Diese Einteilung bezieht sich jedoch auf § 241 Abs. 2 BGB und lässt folglich außer Betracht, dass gesetzliche Regelungen, wie die des § 7 Abs. 1 VVG, auch losgelöst vom Einzelfall die Verschaffung von Kenntnissen vorschreiben. Wiederum a.A.: *Hadding*, in: FS Schimansky, S. 67 (73-76), der zwischen Unterrichtung und Aufklärung ohne Anfrage sowie Auskunft, Rat, Beratung und Empfehlung auf Anfrage unterscheidet.

weiterzugeben⁸⁸³. In diese Kategorie fallen die Pflichten des § 7 VVG, da diese ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles jedem Versicherungsnehmer gegenüber zu erfüllen sind.

Unter Aufklärungspflichten lassen sich demgegenüber solche Pflichten verstehen, die auf die Mitteilung von Tatsachen in Bezug auf den konkreten Einzelfall gerichtet und die für ein rechtserhebliches Verhalten des anderen Teils von Bedeutung sind⁸⁸⁴. Abhängig von den Umständen des Einzelfalles hat der Aufklärungspflichtige dem anderen Teil Kenntnisse zu vermitteln, um eine bei diesem bestehende Wissenslücke zu schließen. Eine unmittelbare wertende Stellungnahme ist mit der Aufklärung nicht verbunden. Vielmehr soll der Adressat durch die Kenntnisverschaffung in die Lage versetzt werden, eine eigene Entscheidung über das Für und Wider eines Vertragsschlusses zu treffen⁸⁸⁵. Die gleiche Funktion wie Aufklärungspflichten erfüllen auch die sog. Hinweis-, Belehrungs-, Offenbarungs-, Mitteilungs- und Warnpflichten, so dass es sich bei diesen Begriffen nur um eine abweichende sprachliche Umschreibung handelt⁸⁸⁶. Im Unterschied zu Informationspflichten sind die Aufklärungspflichten somit einzelfallbezogen und berücksichtigen daher die individuellen Bedürfnisse ihres Adressaten⁸⁸⁷.

Gegenüber der Aufklärung lässt sich die Beratung als eine Steigerung verstehen, die umfassendere Anforderungen an den Berater stellt. Ebenso wie die Pflicht zur Aufklärung ist auch die Beratungspflicht einzelfallbezogen und nimmt auf die individuellen Verhältnisse des zu Beratenden Bezug⁸⁸⁸. Während sich die Aufklärung in der Vermittlung von Wissen erschöpft, werden darüber hinaus bei der Beratung unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und persönlichen Verhältnisse des zu Beratenden für diesen in Betracht kommende Handlungsmöglichkeiten und Entscheidungsalternativen erörtert⁸⁸⁹. Schließlich umfasst die Beratung auch eine unmittelbare persönliche Stellungnahme in Form einer Empfehlung, die als Entscheidungshilfe dazu beitragen soll, dass der zu Beratende einen seinen Zwecken entsprechenden Vertrag abschließen kann⁸⁹⁰.

2. Beratungsbedarf des Versicherungsnehmers

Bei den Ausführungen zu § 7 Abs. 1 VVG ist das grundlegende Problem eines

⁸⁸³ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (45); Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 8; Kieninger, AcP 199, S. 190 (193); Miettinen, S. 200; dies., VersR 2005, S. 1629 (1630).

⁸⁸⁴ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (45); Huber, in: Lorenz (Hrsg.), S. 5; Ihle, S. 14; Miettinen, S. 200; dies., VersR 2005, S. 1629 (1630f).

⁸⁸⁵ Vgl. Ihle, S. 14f; Miettinen, S. 200; dies., VersR 2005, S. 1629 (1631); Roth, in: MK, § 241, Rn. 114.

⁸⁸⁶ Vgl. Ihle, S. 14f; Olzen, in: Staudinger, § 241, Rn. 429; Roth, in: MK, § 241, Rn. 114.

⁸⁸⁷ Vgl. Kieninger, AcP 199, S. 190 (193); Miettinen, S. 200; dies., VersR 2005, S. 1629 (1630).

⁸⁸⁸ Vgl. Kieninger, AcP 199, S. 190 (193); Miettinen, S. 201; dies., VersR 2005, S. 1629 (1630).

⁸⁸⁹ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (45); Hadding, in: FS Schimansky, S. 67 (74f).

⁸⁹⁰ Vgl. Huber, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 5 (31); Ihle, S. 15; Miettinen, S. 201; dies., VersR 2005, S. 1629 (1630); Roth, in: MK, § 241, Rn. 114.

strukturellen Ungleichgewichts zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer dargestellt worden⁸⁹¹. Zum Ausgleich dieses Ungleichgewichts setzt der Gesetzgeber aufgrund der einschlägigen Richtlinienvorgaben auf einen Schutz des Versicherungsnehmers durch Information. Wie bereits ausgeführt⁸⁹², weisen diese vorvertraglichen Informationspflichten im Hinblick auf den Schutz des Versicherungsnehmers einige Schwächen auf:

Ein wesentlicher Schwachpunkt der Informationen ist, dass sie an ein konkretes Versicherungsprodukt anknüpfen und damit den Versicherungsnehmer erst erreichen, wenn er bereits eine bestimmte Versicherung ins Auge gefasst hat. An der vorgelagerten Problematik, seinen Versicherungsbedarf zutreffend zu ermitteln, können diese jedoch nichts ändern. Hier kann eine Beratung ansetzen, die auf die jeweiligen Belange des Versicherungsnehmers Rücksicht nimmt, was voraussetzt, dass zunächst dessen persönlicher Bedarf geklärt wird.

Ein weiterer Schwachpunkt der Informationen nach § 7 VVG besteht in ihrem generellen Charakter und dem Fehlen einer individuellen Informationserteilung. Um die Entscheidung für einen bedarfsgerechten Versicherungsschutz zu ermöglichen, kommt es jedoch gerade darauf an, den persönlichen Belangen des Versicherungsnehmers Rechnung zu tragen. Auch an dieser Stelle kann die Pflicht des Versicherers zur Beratung ansetzen.

Die Untersuchung der Informationspflichten hat überdies gezeigt, dass der Umfang der zu erteilenden Informationen enorm und daher nicht jeder Versicherungsnehmer bereit ist, diese zur Kenntnis nehmen wird. Insoweit trägt die Beratungspflicht des Versicherers dazu bei, diese konzeptionelle Schwäche der Informationspflichten auszugleichen.

Ein angemessener Schutz des Versicherungsnehmers kann somit nur durch eine ergänzende individuelle Information und Beratung erreicht werden. Diese Notwendigkeit hat auch der Gesetzgeber gesehen. In der Gesetzesbegründung heißt es daher, dass der Entwurf ausdrücklich Pflichten zur Aufklärung und Beratung in § 6 VVG sowie zur Information in § 7 VVG vorsehe, um den Verbraucherschutz⁸⁹³ zu verbessern. Dem Verbraucher solle Gelegenheit gegeben werden, sich vor Abgabe seiner Vertragserklärung mit den Einzelheiten des Vertrages vertraut zu machen⁸⁹⁴.

3. Europarechtliche Vorgaben

Unmittelbare europarechtliche Vorgaben für eine Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflicht des Versicherers gibt es nicht, insbesondere sehen die RL

⁸⁹¹ Vgl. oben unter C. III. 1. a.

⁸⁹² Vgl. oben unter C. III. 6.

⁸⁹³ Besser wäre es gewesen, vom Schutz der Versicherungsnehmer zu sprechen, da nicht nur Verbraucher zu beraten sind.

⁸⁹⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG keine entsprechenden Pflichten vor. Dennoch steht § 6 VVG *mittelbar* unter dem Einfluss der EG-Vermittlerrichtlinie (RL 2002/92/EG).

Die Richtlinie legt Vorschriften für die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungsvermittlung fest, worunter das Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschließen oder das Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung verstanden wird, vgl. Art. 2 Nr. 3 UA 1 der RL 2002/92/EG. Dabei gelten diese Tätigkeiten *nicht* als Versicherungsvermittlung, wenn sie von einem Versicherungsunternehmen oder einem seiner Angestellten ausgeübt werden, vgl. Art. 2 Nr. 3 UA 2 der RL 2002/92/EG, weswegen die Richtlinie *unmittelbar* auf Versicherer keine Anwendung findet.

Der angesprochene mittelbare Einfluss der Richtlinie rührt daher, dass § 6 VVG an die Formulierung des § 42c VVG a.F. anknüpft⁸⁹⁵, mit dem im Zuge der Richtlinienumsetzung im Jahre 2007 erstmals ausdrücklich Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten für Versicherungsvermittler in das alte VVG eingefügt worden sind. Bezüglich dieser Pflichten heißt es in der Gesetzesbegründung, dass sie im Wesentlichen durch die Richtlinie ohne Spielraum für den nationalen Gesetzgeber vorgegeben seien. Um sachlich nicht vertretbare Unterschiede zu vermeiden, würden daher auch die entsprechenden Pflichten des Versicherers an der Richtlinie orientiert⁸⁹⁶. Für das Versicherungsvertragsrecht mache es nämlich keinen Sinn, dem für Rechnung eines Versicherers handelnden selbstständigen Vermittler Pflichten im Interesse des Versicherungsnehmers aufzuerlegen, die der Versicherer nicht haben solle⁸⁹⁷. Mit dem so begründeten Gleichlauf der Pflichten von Versicherungsvermittlern und damit auch von selbstständigen⁸⁹⁸ Versicherungsvertretern einerseits und Versicherern andererseits greift der Gesetzgeber einen Vorschlag der Reformkommission auf, welche die Rechte des Versicherungsnehmers stärken möchte, da dieser eine Beratung nicht nur dann erhalten soll, wenn der Versicherer in seinen Vertrieb selbstständige Versicherungsvertreter einbindet⁸⁹⁹.

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber seinem Anspruch, die Pflichten des Versicherers an der RL 2002/92/EG zu orientieren und damit diese überschießend umzusetzen, gerecht geworden ist. Beantwortet werden kann diese Frage freilich erst nach der Untersuchung der neu geregelten Pflichten des § 6 Abs. 1 und 2 VVG. An dieser Stelle geht es daher zunächst nur darum, die Anforderungen der RL

⁸⁹⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

⁸⁹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.

⁸⁹⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

⁸⁹⁸ Auf Angestellte des Werbeaußendienstes findet § 61 VVG keine Anwendung, vgl. oben unter C. I. 1.

⁸⁹⁹ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 14.

2002/92/EG näher zu untersuchen, wobei zwischen ihren inhaltlichen und den formalen Vorgaben zu unterscheiden ist.

a. Inhaltliche Vorgaben der RL 2002/92/EG

Die RL 2002/92/EG verfolgt mehrere Ziele. Zunächst soll gewährleistet werden, dass Versicherungsvermittler von ihren Rechten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen können. Daher sollen die mitgliedstaatlichen Vorschriften über die beruflichen Anforderungen an Versicherungsvermittler und deren Eintragung koordiniert werden, um so zur Vollendung des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen beizutragen⁹⁰⁰. Entsprechende Vorgaben über die Eintragung von Versicherungsvermittlern in ein Register und über die von diesen zu erfüllenden beruflichen Anforderungen sehen die Art. 3 und 4 der RL 2002/92/EG vor. Diese Maßnahmen sollen jedoch nicht allein zur Vollendung des Binnenmarktes, sondern auch zu einer Verbesserung des Verbraucherschutzes beitragen⁹⁰¹. Diesem Ziel dienen auch die in der Richtlinie vorgesehenen „Informationspflichten“ der Versicherungsvermittler, wobei die Mitgliedsstaaten über die Richtlinienvorgaben hinaus strengere Bestimmungen beibehalten oder erlassen können, soweit diese mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind⁹⁰². So sei es für Verbraucher entscheidend zu wissen, ob sie es mit einem Vermittler zu tun haben, der über die Produkte eines breiten Spektrums oder nur über diejenigen einer bestimmten Anzahl von Versicherungsunternehmen berät⁹⁰³. Ferner soll ein Vermittler, wenn er erklärt, über Produkte eines breiten Spektrums von Versicherungsunternehmen zu beraten, eine unparteiische und breit gefächerte Untersuchung von auf dem Markt angebotenen Produkten durchführen. Schließlich sollen alle Vermittler die Gründe für ihren Vorschlag erläutern⁹⁰⁴. Vorgaben zu den „Informationspflichten“ sehen die Art. 12 und 13 der Richtlinie vor, wobei Art. 13 bestimmt, wie diese Pflichten zu erfüllen sind. Art. 12, der im dritten Kapitel unter der Überschrift „Informationspflichten der Vermittler“ steht, sieht in Abs. 1 detaillierte Informationen über den Vermittlerstatus vor. Überdies heißt es in Abs. 2 und 3:

„(2) Teilt der Versicherungsvermittler dem Kunden mit, dass er auf der Grundlage einer objektiven Untersuchung berät, so ist er verpflichtet, seinen Rat auf eine Untersuchung einer hinreichenden Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen zu stützen, so dass er gemäß fachlichen Kriterien eine Empfehlung dahin abgeben kann, welcher Versicherungsvertrag geeignet wäre,

⁹⁰⁰ Vgl. Erwägungsgründe 6, 7 und 8 der RL 2002/92/EG.

⁹⁰¹ Vgl. Erwägungsgrund 8 der RL 2002/92/EG.

⁹⁰² Vgl. Erwägungsgrund 19 der RL 2002/92/EG.

⁹⁰³ Vgl. Erwägungsgrund 18 der RL 2002/92/EG.

⁹⁰⁴ Vgl. Erwägungsgrund 20 der RL 2002/92/EG.

die Bedürfnisse des Kunden zu erfüllen.

(3) Vor Abschluss eines Versicherungsvertrages 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. Diese Angaben sind der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages anzupassen.“

Art. 12 enthält somit die maßgeblichen inhaltlichen Vorgaben für die vorvertraglichen Pflichten der Versicherungsvermittler. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit durch diese Regelungen Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten vorgeschrieben werden.

aa. Auslegungsbedürftigkeit der RL 2002/92/EG

Die Frage nach der Reichweite der Vorgaben des Art. 12 der RL 2002/92/EG ist leichter zu stellen als zu beantworten. Insbesondere hinsichtlich der Vorgaben des Art. 12 Abs. 3 zeigen sich Unsicherheiten.

In der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F.⁹⁰⁵ heißt es, der Wortlaut lehne sich an den der Richtlinie an. In einzelnen Punkten erschienen jedoch Abweichungen erforderlich, um die Regelung den Bedürfnissen in der Praxis anzupassen. Nach dem Wortlaut des Artikels 12 Abs. 3 der Richtlinie habe der Vermittler die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden anzugeben. Dies bedeute zunächst nur, dass der Vermittler diese, soweit sie ihm vom Kunden oder auf andere Weise bekannt werden, dokumentieren muss. Mache der Kunde jedoch von sich aus keine oder nur unzureichende Angaben, so werde das Ziel der Vorschrift, im Interesse des Kunden eine sachgerechte Beratung durch einen Versicherungsvermittler zu erreichen, verfehlt. Es entspreche daher den Interessen sowohl der Vermittler als auch der Kunden, eine Befragungspflicht festzulegen. Hierunter sei keine eingehende Ermittlungs- und Nachforschungstätigkeit zu verstehen, sondern es solle lediglich eine angabenorientierte Beratung sichergestellt werden⁹⁰⁶.

Einerseits stellt die Gesetzesbegründung darauf ab, dass der Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG nur eine Pflicht zur Dokumentation vorsehe. Andererseits heißt es auch, dass das Ziel der Vorschrift sei, eine sachgerechte Beratung zu erreichen, was wiederum eine Befragungspflicht durch den Vermittler interessengerecht erscheinen lasse. Unklar an diesen Ausführungen bleibt, ob der Gesetzgeber sich zu der in § 42c VVG a.F. vorgesehenen Frage- und Beratungspflicht durch die Richtlinienvorgaben zwingend veranlasst sah, was er an ande-

⁹⁰⁵ Nun § 61 VVG.

⁹⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

rer Stelle in der Gesetzesbegründung zum neuen VVG betont⁹⁰⁷ oder ob er insoweit die Vorgaben des Art. 12 Abs. 3 um eine Pflicht zur Befragung und Beratung von sich aus ergänzt hat. So verweist der Gesetzgeber zwar auf den Zweck der Regelung, eine sachgerechte Beratung sicherzustellen, was für eine entsprechende Pflicht aufgrund der Richtlinienvorgaben spricht. Andererseits ist aber auch die Rede davon, dass die Regelung des Art. 12 Abs. 3 den Erfordernissen der Praxis anzupassen sei, was wiederum auf eine nationalstaatlich motivierte Ergänzung der Richtlinienvorgaben hindeutet. Eine zweifelsfreie Aussage zur Reichweite des Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG lässt sich somit der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F. nicht entnehmen.

Eindeutiger sind die Ausführungen der Reformkommission über den Umfang der Richtlinienvorgaben. In ihrem Abschlussbericht führt sie aus, dass nach Art. 12 Abs. 3 nicht nur der Versicherungsmakler, sondern auch der Versicherungsvertreter verpflichtet sei, dem Versicherungsnehmer einen Rat zu erteilen, die dafür maßgeblichen Gründe zu nennen und vorher dessen Wünsche und Bedürfnisse zu erfragen⁹⁰⁸. Weiter heißt es im Hinblick auf die von der Reformkommission vorgeschlagene Regelung des § 64 VVG-E⁹⁰⁹ über Beratungspflichten der Versicherungsvermittler, dass die Beratung des Versicherungsnehmers weitgehend in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG geregelt werde. In einigen Punkten erschienen allerdings Ergänzungen erforderlich, um Zweck und Ziel der Bestimmung zu verdeutlichen und damit die Anwendung in der Praxis zu erleichtern, ohne aber sachlich über die Vorgaben der Richtlinie hinauszugehen⁹¹⁰. Die Reformkommission steht damit auf dem Standpunkt, dass die Richtlinie eine Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflicht für Versicherungsvermittler vorschreibe, insbesondere sieht sie Ergänzungen zum Wortlaut der Richtlinie nicht als weitergehende nationale Regelung an, sondern wähnt sich insoweit im Einklang mit den Vorgaben des Art. 12 Abs. 3.

Entgegen dieser eindeutigen Stellungnahme der Reformkommission fallen deren Regelungsvorschläge in § 6 VVG-E zu den Beratungspflichten des Versicherers und in § 64 VVG-E zu denen des Versicherungsvermittlers weniger deutlich aus⁹¹¹. So bestimmen zwar sowohl § 6 VVG-E als auch § 64 VVG-E, dass nach

⁹⁰⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.

⁹⁰⁸ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 13.

⁹⁰⁹ Mit VVG-E bezeichnet sind die Normen des von der Reformkommission unterbreiteten Gesetzesvorschlages für ein neues VVG.

⁹¹⁰ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 61. Ähnlich S. 340f.

⁹¹¹ § 6 VVG-E lautet auszugsweise: „(1) Der Versicherer hat die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu erfragen, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, sowie nach der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation hierfür Anlass besteht; ferner hat er dem Versicherungsnehmer die Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat anzugeben. Ein Verzicht des Versicherungsnehmers auf eine Beratung bedarf der Textform. Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn der Vertrag mit dem Versicherungsnehmer von einem Versicherungsmakler vermittelt wird.“

den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu fragen ist und die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben sind. Auch müssen die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für einen erteilten Rat in Textform dokumentiert werden. Eine explizite Pflicht zur Beratung sehen die Normvorschläge jedoch gerade nicht vor⁹¹². Vielmehr heißt es zu § 64 VVG-E, dass eine Nachfrage-, eine Begründungs- und eine Dokumentationspflicht eingeführt werde⁹¹³. Von einer Beratungspflicht ist nicht die Rede. Überdies heißt es im Zusammenhang mit der in § 64 VVG-E vorgesehenen Pflicht, die Gründe für einen Rat anzugeben, dass diese voraussetze, auch den Rat selbst anzugeben. Dennoch müsse eine entsprechende Pflicht nicht gesetzlich geregelt werden, da auch die Vermittlerrichtlinie dies nicht vorsehe⁹¹⁴.

Im Ergebnis geht die Reformkommission trotz ihrer undeutlich formulierten Regelungsvorschläge von einer Pflicht zur Beratung aus. So normiert sie in § 6 Abs. 1 VVG-E die Möglichkeit eines Beratungsverzichts, womit sie eine Pflicht des Versicherers zur Beratung voraussetzt. Eine entsprechende Pflicht nimmt die Reformkommission auch bei § 64 VVG-E an. Zwar hat sie dort einen Verzicht nicht geregelt, was sie damit begründet, Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG sehe einen generellen Verzicht auf eine Beratung nicht vor⁹¹⁵. Jedoch findet sich eine entsprechende Regelung in § 66 S. 2 VVG-E, wonach eine Schadensersatzhaftung des Versicherungsvermittlers wegen eines Beratungsfehlers in Folge der Verletzung der Pflicht nach § 64 VVG-E entfalle, wenn der Versicherungsnehmer vor dem Abschluss des Vertrages in Textform auf eine Beratung verzichte⁹¹⁶.

Es zeigt sich, dass die Reformkommission entgegen der von ihr aus Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG angenommenen Pflicht zur Frage, Beratung und Dokumentation keine eindeutigen Regelungen in Bezug auf Beratungspflichten von Versicherer und Versicherungsvermittler vorgeschlagen hat. Eine Erklärung dürfte hierfür sein, dass die Vorgaben der RL 2002/92/EG in diesem Punkt we-

(2) Der Versicherer hat dem Versicherungsnehmer vor dem Abschluss des Vertrages eine Dokumentation der Wünsche und Bedürfnisse sowie der Gründe für den erteilten Rat in Textform zur Verfügung zu stellen. (...)“

§ 64 VVG-E lautet: „Der Versicherungsvermittler hat die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu erfragen, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, sowie nach der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation hierfür Anlass besteht, und die Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat anzugeben. Der Versicherungsvermittler hat die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für den erteilten Rat unter Berücksichtigung des Schwierigkeitsgrades des angebotenen Vertrages nach Maßgabe des § 65 zu dokumentieren.“

⁹¹² Vgl. *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 77 zu § 64 VVG-E.

⁹¹³ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 14.

⁹¹⁴ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 62 und S. 341.

⁹¹⁵ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 291.

⁹¹⁶ Der Widerspruch dieser Regelung zu der Begründung des Ausschlusses eines Beratungsverzichts in § 64 VVG-E ist unverkennbar, allerdings finden sich in der Begründung zu § 66 S. 2 VVG-E keine Erwägungen dazu, ob ein Verzicht infolge der Richtlinienvorgaben zulässig ist oder nicht, vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des VVG, S. 64 und S. 344.

niger eindeutig sind als von der Reformkommission angenommen.

Auch in der Literatur zeigen sich erhebliche Ungewissheiten über die Reichweite der Richtlinienvorgaben. Ein Teil der Literatur steht auf dem Standpunkt, dass aus Art. 12 Abs. 3 lediglich eine Dokumentationspflicht folge⁹¹⁷. Die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden seien nur anzugeben, wenn der Vermittler diese kenne, etwa weil der Kunde sie mitgeteilt habe oder sie ihm auf anderem Wege bekannt würden. Ebenso seien die Gründe für einen Rat nur anzugeben, wenn der Vermittler einen Rat erteile⁹¹⁸. Eine Frage- und Beratungspflicht folgt nach dieser Ansicht aus Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG nicht.

Ein anderer Teil der Literatur stimmt mit der vorstehenden Ansicht insoweit überein, als aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 lediglich eine Pflicht zur Dokumentation der Wünsche und Bedürfnisse des Kunden sowie der Gründe für einen erteilten Rat folge⁹¹⁹. Was darüber hinaus der Richtlinie zu entnehmen sei, wird allerdings uneinheitlich beurteilt:

Nach Ansicht von *Ihle* soll die Regelung auch die Pflicht voraussetzen, nach den Wünschen und Bedürfnissen zu fragen sowie den Versicherungsnehmer zu beraten⁹²⁰. Unklar bleibt bei seinen Ausführungen aber, inwieweit die Pflicht zur Frage und Beratung aus der Richtlinie selbst folgt oder ob nicht vielmehr entsprechende nationale Regelungen die Richtlinienvorgaben in diesem Punkt ergänzen sollen.

Niederleithinger stellt darauf ab, dass der Sinn und Zweck der Regelung des Art. 12 Abs. 3 bemüht werden müsse, um über eine Dokumentationspflicht des Vermittlers hinaus eine Pflicht zur Nachfrage und Beratung zu begründen. Gleichwohl hält er es für möglich, die Richtlinie allein mit einer Verpflichtung des Vermittlers zur Dokumentation umzusetzen, auch wenn er auf die Gefahr hinweist, dass der EuGH weitergehende gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen annehmen könne⁹²¹. Auch hier bleibt ungewiss, welche Pflichten genau aus Art. 12 Abs. 3 folgen.

Schimikowski meint, nach herrschender Meinung lasse sich möglicherweise aus

⁹¹⁷ Vgl. *F. Baumann*, in: MAH, § 4, Rn. 44; *Beenken/Sandkühler*, S. 23; *Kollhosser*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 1 (6); *Marzin*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 7 (9 und 11); *Mensching*, VersR 2004, S. 19; *Miettinen*, VersR 2005, S. 1629 (1633); *Müller*, ZfV 2003, S. 98 (104); *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 30; *Reiff*, S. 25 und 30; *ders.*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 75; *ders.*, VersR 2007, S. 717 (726); *ders.*, WM 2006, S. 1701 (1704); *ders.*, VersR 2004, S. 142 (149); *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (474).

Ferner bereits *Matusche-Beckmann*, NVersZ 2002, S. 385 (388); *Reiff*, ZVersWiss 2001, S. 451 (460) zu Art. 10 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs.

⁹¹⁸ Vgl. *Beenken/Sandkühler*, S. 23; *Miettinen*, VersR 2005, S. 1629 (1633); *Reiff*, S. 25 und 30; *ders.*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 75; *ders.*, WM 2006, S. 1701 (1704); *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (474).

⁹¹⁹ Vgl. *Ihle*, S. 282; *Langer/Rosenow*, in: Liber amicorum Bernd Stauder, S. 195 (214); *Niederleithinger*, in: VersWissStud (26. Bd.), S. 103 (111); *Schimikowski*, in: *Müller-Peters u.a.* (Hrsg.), S. 5 (16f); *ders.*, VW 2005, S. 1912 (1914).

⁹²⁰ Vgl. *Ihle*, S. 282; ähnlich bzgl. der Pflicht zur Beratung: *Römer*, VersR 2006, S. 740 (742).

⁹²¹ Vgl. *Niederleithinger*, in: VersWissStud (26. Bd.), S. 103 (111).

der Richtlinie eine Pflicht herleiten, nach existenzbedrohenden Risiken zu fragen⁹²². Im Anschluss daran heißt es bei ihm jedoch, die Richtlinie sehe eine Pflicht zur Frage nicht vor⁹²³. Anhand eines Vergleiches mit § 137g Abs. 1 S. 1 der österreichischen Gewerbeordnung, der eine Pflicht des Versicherungsvermittlers zur Beratung des Versicherungsnehmers vorschreibt, stellt er fest, dass diese Regelung über die RL 2002/92/EG hinausgehe. Trotzdem heißt es, der Sinn des Art. 12 Abs. 3 erfordere, dass eine Beratung erfolgen müsse, weil eine Beratung zwingend einer Beratungsdokumentation vorausgehe⁹²⁴. Mit Blick auf die Umsetzung der Richtlinie schlägt *Schimikowski* schließlich vor, nur Art. 12 Abs. 3 umzusetzen, der verlange, die Wünsche und Bedürfnisse und weitere Angaben des Kunden sowie den erteilten Rat zu dokumentieren. Alles andere, nämlich die Beratungs- und auch die Fragepflicht, folge daraus⁹²⁵. Letztlich bleibt nach diesen Ausführungen ebenfalls unklar, wie weit die Vorgaben des Art. 12 Abs. 3 reichen.

Langer und *Rosenow* stellen darauf ab, dass der Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 nur vordergründig allein eine Pflicht zur Dokumentation der Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers vorsehe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass auch eine Pflicht zur Ermittlung der Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers bestehe, da eine Dokumentationspflicht nur sinnvoll sei, wenn mit dieser eine sachliche Pflicht zur Ermittlung der Bedürfnisse korrespondiere. Eine Beratung habe grundsätzlich „anleger- und objektgerecht“ zu sein⁹²⁶, wobei jedoch keine nähere Begründung dieser Ansicht gegeben wird.

Über die genannten Ansichten hinaus finden sich in der Literatur noch zahlreiche weitere Stellungnahmen zum Regelungsgehalt des Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/65/EG.

Scholl geht davon aus, Art. 12 Abs. 3 normiere einerseits eine Pflicht zur „Bedürfnis- und Kundenwunschermittlung“ und andererseits eine Pflicht zur „Produkttempfehlungsbegründung“⁹²⁷. Weder ist ausdrücklich von einer „Frage-“ noch von einer „Beratungspflicht“ die Rede. Dennoch leitet *Scholl* aus der Pflicht zur Kundenwunschermittlung ab, dass der Vermittler verpflichtet sei, den besten Rat in Bezug auf die Tarifgestaltung des Versicherers zu geben, für den er angegeben hat, vermitteln zu können⁹²⁸.

Ferner wird von *Rixecker* und *Werber* mit Blick auf Art. 12 der Richtlinie von Beratungspflichten der Vermittler gesprochen, ohne dass im Einzelnen auf die

⁹²² Vgl. *Schimikowski*, in: *Müller-Peters u.a.* (Hrsg.), S. 5 (15).

⁹²³ Vgl. *Schimikowski*, in: *Müller-Peters u.a.* (Hrsg.), S. 5 (16).

⁹²⁴ Vgl. *Schimikowski*, in: *Müller-Peters u.a.* (Hrsg.), S. 5 (17f); *ders.*, VW 2005, S. 1912 (1914)

⁹²⁵ Vgl. *Schimikowski*, in: *Müller-Peters u.a.* (Hrsg.), S. 5 (22); *ders.*, VW 2005, S. 1912 (1914).

⁹²⁶ Vgl. *Langer/Rosenow*, in: *Liber amicorum Bernd Stauder*, S. 195 (214).

⁹²⁷ Vgl. *Scholl*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 33 (39).

⁹²⁸ Vgl. *Scholl*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 33 (42).

Richtlinienvorgaben eingegangen wird⁹²⁹.

Unter gleichen Voraussetzungen ist bei *Ebers* von einer Pflicht des Versicherungsvermittlers zu einer „anleger- und objektgerechten Beratung“ die Rede⁹³⁰. An anderer Stelle äußert sich *Ebers* demgegenüber dahin, Art. 12 Abs. 3 verpflichte sowohl Makler als auch Ein- und Mehrfirmenvertreter zur Beratung des Versicherungsnehmers, jedoch enthalte die Richtlinie nur äußerst unbestimmte Vorgaben, da nicht festgelegt werde, ob Beratungspflichten stets oder nur anlassbezogen entstehen und welche Anforderungen im Einzelnen zu erfüllen sind, um die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu ermitteln und einen entsprechenden Rat zu erteilen. Insoweit verbleibe den Mitgliedsstaaten ein erheblicher Gestaltungsspielraum, der jedoch vom EuGH wieder eingeengt werden könne⁹³¹.

Mönnich stellt darauf ab, dass Art. 12 Abs. 3 eine Beratungspflicht des Versicherungsvermittlers statuiere, bezieht sich insoweit aber nur auf den Wortlaut der Richtlinie⁹³².

Schließlich geht *Schwintowski* im Hinblick auf die Vorgaben der RL 2002/65/EG davon aus, dass diese eine Beratungspflicht des Versicherungsvermittlers normiere, deren Umfang und Reichweite sich nach dem Produkt und dessen Komplexität richte, nicht aber von der zu zahlenden Prämie abhängen⁹³³.

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Unsicherheiten und Unterschiede im Hinblick auf die Reichweite der Vorgaben des Art. 12 der RL 2002/92/EG zeigt sich die Notwendigkeit, diese im Wege der Auslegung zu konkretisieren.

bb. Auslegung der RL 2002/92/EG

Bei der Auslegung der RL 2002/92/EG ist zwischen den Anforderungen des Art. 12 Abs. 2 und des Art. 12 Abs. 3 zu unterscheiden.

(1.) Art. 12 Abs. 2 RL 2002/92/EG

Art. 12 Abs. 2 sieht vor, dass ein Vermittler, der mitteilt, auf der Grundlage einer objektiven Untersuchung zu beraten, seinen Rat auf eine Untersuchung einer hinreichenden Anzahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträge zu stützen hat, so dass er gemäß fachlichen Kriterien eine Empfehlung dahin abgeben kann, welcher Vertrag geeignet wäre, die Bedürfnisse des Kunden zu erfüllen. Indem ein Rat des Vermittlers auf eine Untersuchung des Marktes zu stützen ist, folgt daraus auch die Verpflichtung, einen entsprechenden Rat zu

⁹²⁹ Vgl. *Rixecker*, ZfS 2007, S. 191 (192); *ders.*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 2; *Werber*, ZfV 2003, S. 419 (423).

⁹³⁰ Vgl. *Ebers*, in: *VersWissStud* (26. Bd.), S. 123 (144f).

⁹³¹ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 5.

⁹³² Vgl. *Mönnich*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 2, Rn. 102.

⁹³³ Vgl. *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 10 und 26f.

erteilen. Somit begründet Art. 12 Abs. 2 eine Beratungspflicht des Vermittlers. Dies kommt auch in dem mit „so dass“ eingeleiteten Halbsatz zum Ausdruck, der das Ziel dieser Pflicht konkretisiert, nämlich dem Versicherungsnehmer einen seinen Bedürfnissen entsprechenden Versicherungsvertrag empfehlen zu können.

(2.) Art. 12 Abs. 3 RL 2002/92/EG

Mit Blick auf Art. 12 Abs. 3 ist zunächst zu klären, inwieweit eine Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflicht vorgeschrieben wird, ehe deren Reichweite zu bestimmen ist.

(a.) Art der Pflichten

(aa.) Wortlaut

Art. 12 Abs. 3 bestimmt, dass der Vermittler vor Abschluss eines Versicherungsvertrages, 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 angeben muss. Diese Angaben sind der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages anzupassen. Die Richtlinie verlangt damit zum einen eine Angabe der Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers und zum anderen eine Angabe der Gründe für jeden erteilten Rat. Aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 folgt somit eine Mitteilungspflicht des Vermittlers über die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden, was darauf hinausläuft, dass die gemachten Angaben vom Vermittler aufgenommen und für den Versicherungsnehmer zusammengefasst werden müssen. Diese Mitteilungspflicht ist in Form einer Dokumentation zu erfüllen, was sich aus den formalen Anforderungen von Art. 13 Abs. 1 und 2 ergibt. Umfasst werden von dieser Mitteilungs- bzw. Dokumentationspflicht sämtliche Wünsche und Bedürfnisse, die dem Vermittler im Zuge des Gesprächs mit dem Kunden insbesondere anhand von dessen Angaben bekannt werden. Hierin dürfte praktisch für den Vermittler auch nur die einzige Auskunftsquelle liegen, denn von einer weitergehenden Ermittlung oder Erforschung der Wünsche und Bedürfnisse ist gerade nicht die Rede. Eine Pflicht nach ihnen zu fragen, folgt somit aus dem Wortlaut der Richtlinie nicht.

Neben den Wünschen und Bedürfnissen sind die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben, so dass den Vermittler zunächst eine entsprechende Mitteilungspflicht trifft. Aus Art. 13 Abs. 1 und 2 folgt wiederum, dass auch diese Verpflichtung grundsätzlich in Form einer Dokumentation zu erfüllen ist. Vom Umfang her bezieht sich diese Dokumentationspflicht auf jeden Rat, der zu einem bestimmten Versicherungsprodukt erteilt worden ist. Eine weitergehende Pflicht zur Beratung kann dem Wortlaut der Richtlinie nicht entnommen werden, denn

die Gründe für einen „erteilten“ Rat anzugeben bedeutet nur, dass Gründe zu nennen sind, soweit ein Rat auch gegeben worden ist. Wird dieser nicht erteilt, müssen auch keine Gründe angegeben werden. Vielmehr spricht sogar der Wortlaut dagegen, dass Art. 12 Abs. 3 eine Beratungspflicht begründet. Es heißt nämlich, dass der Vermittler „zumindest“ die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für einen erteilten Rat angibt. Die Formulierung zeigt deutlich, dass an dieser Stelle der Richtliniengeber nur Mindestvorgaben in Bezug auf die vorvertraglichen Pflichten der Versicherungsvermittler gemacht hat. Aufgrund dieser Formulierung kann auch nicht aus Art. 12 Abs. 5, wonach die Mitgliedsstaaten hinsichtlich der nach Art 12 Abs. 1 zu erteilenden Auskünfte strengere Vorschriften beibehalten oder erlassen dürfen, der Schluss gezogen werden, dass die Vorgaben des Art. 12 im Übrigen abschließender Natur sind.

Dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG kann somit nur die Pflicht entnommen werden, die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren. Soweit der Richtlinie darüber hinaus eine Pflicht zur Frage und Beratung entnommen werden soll, muss dafür auf weitere bei der Auslegung zu berücksichtigende Umstände abgestellt werden.

(bb.) Entstehungsgeschichte

Aus der Entstehungsgeschichte der RL 2002/92/EG und den hierzu veröffentlichten Materialien⁹³⁴ ergeben sich weitere Anhaltspunkte für den Regelungsgehalt des Art. 12 Abs. 3.

In dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung⁹³⁵ heißt es in Erwägungsgrund 16, der dem späteren Erwägungsgrund 18 der RL 2002/92/EG entspricht:

„Für den Verbraucher kommt es entscheidend darauf an, zu wissen, ob er es mit einem Vermittler zu tun hat, der ihn über Produkte eines breiten Spektrums von Versicherungsunternehmen oder über Produkte einer bestimmten Anzahl von Versicherungsunternehmen berät.“⁹³⁶

Weiter heißt es in Erwägungsgrund 17, der dem Erwägungsgrund 20 der RL 2002/92/EG ähnelt:

⁹³⁴ Nur veröffentlichte Gesetzgebungsmaterialien können bei der Auslegung von Richtlinien Berücksichtigung finden, vgl. *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 11, Rn. 34.

⁹³⁵ KOM (2000) 511 endg. – 2000/0213(COD), ABl. EG C 29E vom 30.1.2002, S. 245-250; ebenfalls abgedruckt in BR-Drucks. 652/00, S. 15ff

⁹³⁶ Vgl. KOM (2000) 511 endg. – 2000/0213(COD), ABl. EG C 29E vom 30.1.2002, S. 245 (246).

„Erklärt der Vermittler, dass er über Produkte eines breiten Spektrums von Versicherungsunternehmen berät, so sollte er eine unparteiische und ausreichend breitgefächerte Untersuchung der auf dem Markt angebotenen Produkte durchführen. Alle Vermittler sollten erläutern, aus welchen Gründen sie zu bestimmten Produkten raten“⁹³⁷

Sowohl aus den den Erwägungsgründen des ursprünglichen Richtlinienentwurfs als auch denen der RL 2002/65/EG geht hervor, dass der Richtliniengeber das Berufsbild eines Versicherungsvermittlers voraussetzt, der den Versicherungsnehmer vor Abschluss eines Versicherungsvertrages berät.

Problematisch an diesem Berufsbild des Versicherungsvermittlers ist jedoch, dass in den Mitgliedsstaaten unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen für Versicherungsvermittler existierten und damit auch unterschiedliche Anforderungen an die von diesen bei der Anbahnung eines Versicherungsvertrages zu erfüllenden Pflichten. Deutlich wird dies mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland und hier insbesondere im Hinblick auf weit verbreiteten Vermittlertyp des Versicherungsvertreter. Nach bisherigem Recht waren weder der Versicherer noch der Versicherungsvertreter verpflichtet, die Risikolage des Versicherungsnehmers zu untersuchen bzw. diesen bei der Entscheidung für oder gegen ein Versicherungsprodukt zu beraten. Ausnahmsweise konnte zwar der Versicherer verpflichtet sein, den Versicherungsnehmer über bestimmte Umstände aufzuklären und zur Erfüllung dieser Pflichten setzte er den Versicherungsvertreter als seinen Erfüllungsgehilfen ein⁹³⁸. Eigene Sorgfaltspflichten trafen diesen jedoch nur unter den engen Voraussetzungen der Sachwalterhaftung (vgl. § 311 Abs. 3 BGB)⁹³⁹. Das vom Richtliniengeber vorausgesetzte Berufsbild traf daher auf den Versicherungsvertreter in Deutschland nicht zu.

Zwar spricht der Richtliniengeber die unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten an, allerdings nur in Bezug auf die beruflichen Anforderungen sowie die Eintragung von Versicherungsvermittlern und damit hinsichtlich ihrer beruflichen Qualifikation als Voraussetzung zur Ausübung des Berufes als Versicherungsvermittler. In Erwägungsgrund 4 des ursprünglichen Richtlinienentwurfes⁹⁴⁰ und auch in Erwägungsgrund 4 der RL 2002/92/EG weist er darauf hin, dass die Empfehlung 92/48/EWG der Kommis-

⁹³⁷ Vgl. KOM (2000) 511 endg. – 2000/0213(COD), ABl. EG C 29E vom 30.1.2002, S. 245 (246).

⁹³⁸ Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 33 und 36.

⁹³⁹ Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 42; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 55; *Schirmer*, RuS 1999, S. 177 (181).

⁹⁴⁰ Vgl. KOM (2000) 511 endg. – 2000/0213(COD), ABl. EG C 29E vom 30.1.2002, S. 245.

sion vom 18. Dezember 1991⁹⁴¹ von den Mitgliedsstaaten weitgehend befolgt worden sei und zur Angleichung der einzelstaatlichen Vorschriften über die beruflichen Anforderungen und die Eintragung von Versicherungsvermittlern beigetragen habe. Diese Empfehlung sieht jedoch ausschließlich Vorgaben in Bezug auf die berufliche Qualifikation des Versicherungsvermittlers und dessen Eintragung in ein Register vor, trifft indes keine Bestimmungen darüber, welche Pflichten der Versicherungsvermittler gegenüber dem Versicherungsnehmer zu erfüllen hat. Überdies ist diese Empfehlung in Deutschland nie umgesetzt worden⁹⁴².

Es ist daher ein Versäumnis des Richtliniengebers darin zu sehen, dass er als Ausgangsbasis das Berufsbild eines Versicherungsvermittlers vorausgesetzt hat, der verpflichtet ist, den Versicherungsnehmer zu beraten, ohne dass dieses Berufsbild flächendeckend den tatsächlichen Gegebenheiten in der Europäischen Gemeinschaft entsprach, da entsprechende nationale Bestimmungen über eine Pflicht zur Beratung nicht in allen Mitgliedsstaaten für jeden Versicherungsvermittlertyp existierten. Vielmehr hätte der Richtliniengeber dieses Berufsbild durch die Anordnung einer allgemeinen Beratungspflicht in der RL 2002/92/EG für alle Versicherungsvermittler verbindlich vorschreiben müssen. Zwingende Vorgaben für die Mitgliedsstaaten und damit hinsichtlich der in nationales Recht umzusetzenden Pflichten können nämlich nicht aus den Erwägungsgründen einer Richtlinie abgeleitet werden, sondern müssen im normativen Teil der Richtlinie ihren Ausdruck finden⁹⁴³. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Eine Beratungspflicht hat der Richtliniengeber ausdrücklich nur in Art. 12 Abs. 2 der RL 2002/65/EG für den Spezialfall normiert, dass ein Vermittler erklärt, auf der Grundlage einer objektiven Untersuchung zu beraten. Im Übrigen hat er jedoch keine allgemeine Beratungspflicht vorgeschrieben, denn aus Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/65/EG lässt sich eine solche in Anbetracht der Entstehungsgeschichte dieser Norm nicht ableiten:

In Art. 10 Abs. 3 des ursprünglichen Richtlinienentwurfes, aus dem später Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG geworden ist, heißt es:

„Vor Abschluss eines Versicherungsvertrages haben Versicherungsvermittler wenigstens die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden und die Gründe für ihren Rat anzugeben“⁹⁴⁴

⁹⁴¹ Empfehlung 92/48/EWG der Kommission vom 18. Dezember 1991 über Versicherungsvermittler, ABl. EG L19 vom 28.1.1992, S. 32.

⁹⁴² Vgl. BR-Drucks. 652/00, S. 5.

⁹⁴³ Vgl. *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 11, Rn. 37.

⁹⁴⁴ Vgl. . KOM (2000) 511 endg. – 2000/0213(COD), ABl. EG C 29E vom 30.1.2002, S. 245 (249).

Diese Bestimmung führt dazu, dass die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden sowie die Gründe für einen Rat anzugeben sind, jedoch ist weder eine Beratung als solche vorgeschrieben, noch wird ersichtlich, an welchem Maßstab sich diese zu orientieren hat. Dass mit dieser Norm keine allgemeine Beratungspflicht vorgeschrieben werden sollte, zeigt auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu Art. 10 Abs. 3 des Richtlinienentwurfes. Dort ist in Bezug auf Art. 10 Abs. 3 nur von einer *Aufzeichnungspflicht* des Vermittlers die Rede⁹⁴⁵. Diese Pflicht hat der Wirtschafts- und Sozialausschuss überdies als bürokratische Last empfunden und sollte daher dahin abgeschwächt werden, dass nur auf Wunsch des Kunden eine *Protokollierung* erfolgen sollte⁹⁴⁶. Mit einer allgemeinen Pflicht zur Beratung ist ein solcher Vorschlag nicht zu vereinbaren. Ebenso wie der Wirtschafts- Sozialausschuss hat auch das Europäische Parlament die Regelung des Art. 10 Abs. 3 augenscheinlich als unnötig empfunden, zumindest hat es als „Abänderung 42“ vorgeschlagen, diese Bestimmung komplett zu streichen⁹⁴⁷. Auch dieser Vorschlag spricht dafür, dass Art. 10 Abs. 3 des Richtlinienentwurfes nicht als allgemeine Regelung einer Beratungspflicht verstanden wurde.

Der Europäische Rat ist dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments indes nicht gefolgt. Vielmehr hat er Art. 10 Abs. 3 des ursprünglichen Richtlinienvorschlages als Art. 11 Abs. 3 unter redaktionellen Änderungen übernommen und entsprechend dem heutigen Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG formuliert. So hat der Rat die Formulierung eingeführt, dass „insbesondere anhand der vom Kunden gemachten Angaben“ zumindest die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für jeden erteilten Rat anzugeben sind. Darüber hinaus hat er auch die Bestimmung des heutigen Art. 12 Abs. 3 S. 2 eingefügt, wonach die Angaben der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages anzupassen sind.

Zu Irritationen führt jedoch die Begründung dieser Änderungen. Diese lässt sich mit dem vorangegangenen Vorschlag des Parlaments, Art. 10 Abs. 3 des Richtlinienvorschlages zu streichen („Abänderung 42“), nicht in Einklang bringen. In der Begründung heißt es:

„Abänderung 42, Artikel 10 Abs. 3 (jetzt Art. 11)

Das Erfordernis einer Erklärung entsprechend den Bedürfnissen des Kunden ist dem Gemeinsamen Standpunkt durch die Aufnahme eines Hinweises auf die

⁹⁴⁵ Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung“, ABl. EG C 221 vom 7.8.2001, S. 121 (124).

⁹⁴⁶ Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung“, ABl. EG C 221 vom 7.8.2001, S. 121 (128).

⁹⁴⁷ Vgl. ABl. EG C 140 vom 13.6.2002, S. 294 (303).

Komplexität des Produktes und die vom Kunden selbst bereitgestellten Informationen geklärt worden. Mit dieser Änderung werden in diesem Absatz allgemeine Anforderungen in Bezug auf produktspezifische Informationen festgelegt, die mit anderen rechtlichen Anforderungen in Zusammenhang gesetzt werden müssen.“⁹⁴⁸

Was mit einer Erklärung entsprechend den Bedürfnissen des Kunden und den allgemeinen Anforderungen in Bezug auf produktspezifische Informationen gemeint sein soll, bleibt im Unklaren, insbesondere weil der vom Rat in Bezug genommene Kritikpunkt des Parlaments („Abänderung 42“) nur die Streichung von Art. 10 Abs. 3 des Richtlinienentwurfes vorsah⁹⁴⁹. Zu denken wäre zwar daran, dass in Abs. 3 über eine Dokumentationspflicht hinaus weitergehende Pflichten normiert werden sollten. Was der Rat mit seinen Ausführungen jedoch gemeint haben dürfte, wird deutlicher, wenn die vom Europäischen Parlament geforderte „Abänderung 41“ berücksichtigt wird, wonach Art. 10 Abs. 2 des Richtlinienentwurfes wie folgt gefasst werden sollte:

„Erklärt der Versicherungsvermittler, dass er im Sinne von Abs. 1 Buchstabe b über den Versicherungsschutz eines breiten Spektrums von Versicherungsunternehmen berät, so hat er seinen Rat wenigstens auf eine ausgewogene Untersuchung der auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträge zu stützen, *so dass er dem Kunden nach bestem Wissen und Gewissen eine Empfehlung für einen Versicherungsvertrag geben kann, der den von dem Kunden bekundeten Bedürfnissen entspricht. Darüber hinaus darf die Wahl des geeigneten Produktes nicht direkt durch die Höhe der dem Vermittler vom Unternehmen gezahlten Provision beeinflusst werden.*“⁹⁵⁰

Der Rat hat demgegenüber Art. 10 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags als Art. 11 Abs. 2 wie folgt gefasst:

„Teilt der Versicherungsvermittler dem Kunden mit, dass er auf der Grundlage einer ausgewogenen Untersuchung berät, so ist er verpflichtet, seinen Rat auf eine Untersuchung einer hinreichenden Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen zu stützen, *so dass er dem Kunden einen Versicherungsvertrag empfehlen kann, der dessen Bedürfnissen entspricht.*“⁹⁵¹

⁹⁴⁸ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 34/2002 vom Rat festgelegt am 18. März 2002, ABl. EG C 145 E vom 18.6.2002, S. 1 (15).

⁹⁴⁹ Vgl. ABl. EG C 140 vom 13.6.2002, S. 294 (303).

⁹⁵⁰ ABl. EG C 140 vom 13.6.2002, S. 294 (303). Hervorhebung nicht im Original.

⁹⁵¹ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 34/2002 vom Rat festgelegt am 18. März 2002, ABl. EG C 145 E vom 18.6.2002, S. 1 (8). Hervorhebung nicht im Original.

Hierzu stellt der Rat in der Begründung zu Abs. 2 fest, dass vermieden werden solle, einen Standard nach bestem Wissen und Gewissen vorzugeben, da dies kaum durchsetzbar sei⁹⁵².

Angesichts der vom Europäischen Parlament vorgeschlagenen „Abänderung 42“ und der vom Europäischen Rat in Abs. 2 des Richtlinienentwurfes getroffenen Regelung sowie der dazu abgegebenen Begründung wird deutlich, dass die Ausführungen des Rates zu Abs. 3 sinnvollerweise die in Abs. 2 geregelte Beratungspflicht des Vermittlers betreffen und daher jene Erklärung den Bedürfnissen des Versicherungsnehmers entsprechen soll. Die Bedürfnisse des Versicherungsnehmers werden schließlich in Abs. 2 ausdrücklich erwähnt. Folglich hätte auch die in Abs. 3 eingefügte Passage „insbesondere anhand der vom Kunden gemachten Angaben“ in Abs. 2 verankert werden müssen, wenn durch diesen Zusatz das Erfordernis einer Erklärung entsprechend den Bedürfnissen des Kunden durch den Hinweis auf die vom Kunden selbst bereit gestellten Informationen geklärt werden soll, wie in der Begründung zu Abs. 3 ausgeführt.

Das gleiche gilt auch für die Bestimmung, dass die Angaben der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages anzupassen sind, denn auch durch diesen Hinweis soll das Erfordernis einer Erklärung entsprechend den Bedürfnissen des Kunden geklärt werden. Zudem passt das Kriterium der Komplexität des Versicherungsvertrages in erster Linie zu einer Beratungspflicht, wenn man davon ausgeht, dass ein komplexer Vertrag nur schwer verständlich ist und daher auf Seiten des Kunden ein größeres Maß an Beratung erforderlich ist. Für eine Dokumentationspflicht ergibt diese Vorgabe nur insoweit Sinn, als konsequenterweise der Umfang einer Dokumentation maßgeblich von dem erforderlichen Beratungsaufwand abhängt.

Wenn die Änderungen des Abs. 3 richtigerweise in Abs. 2 hätten verankert müssen und die Begründung zu Abs. 3 auf die Beratungspflicht des Abs. 2 bezogen wird, dann leuchtet auch die Aussage ein, dass allgemeine Anforderungen in Bezug auf produktspezifische Informationen festgelegt werden, denn vor allem eine Beratung über einen Versicherungsvertrag stellt eine produktspezifische Information dar, weniger aber deren Dokumentation.

Im Ergebnis ist damit Art. 11 Abs. 3 des Richtlinienentwurfes in der Fassung des gemeinsamen Standpunktes des Rates trotz der vom Rat vorgenommenen Änderungen und dessen missverständlichen Ausführungen in der Begründung zu Abs. 3 allein der Regelungsgehalt einer Dokumentationspflicht beizumessen. Die Entstehungsgeschichte der RL 2002/92/EG spricht somit dafür, in Art. 12 Abs. 3 eine Regelung zu sehen, welche die Dokumentation einer *erfolgten* Beratung vorschreibt, nicht aber eine allgemeine Pflicht zur Frage und Beratung des Ver-

⁹⁵² Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 34/2002 vom Rat festgelegt am 18. März 2002, ABl. EG C 145 E vom 18.6.2002, S. 1 (15).

sicherungsnehmers. Solche Pflichten werden vielmehr als nach nationalem Recht bereits bestehend vorausgesetzt.

(cc.) Systematik

Art. 12 Abs. 1 der RL 2002/92/EG schreibt detaillierte Pflichten des Versicherungsvermittlers zur Information über seinen Vermittlerstatus vor, während Art. 12 Abs. 2 eine Beratungspflicht für den Fall vorsieht, dass der Vermittler erklärt, auf der Grundlage einer objektiven Untersuchung zu beraten. Dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 lässt sich demgegenüber nur eine Dokumentationspflicht über die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für einen erteilten Rat entnehmen.

Aus systematischen Gründen hätte es somit nahe gelegen, eine allgemeine Pflicht zur Frage und Beratung in Art. 12 Abs. 2 zu regeln, da dieser sich bereits mit dem Problem der Beratung des Versicherungsnehmers für einen Spezialfall auseinandersetzt. Zudem wäre es für die Regelungssystematik der RL 2002/92/EG ungewöhnlich, in Art. 12 Abs. 3 Pflichten zu verankern, die dort nicht ausdrücklich benannt sind. Sowohl Art. 12 Abs. 1 als auch Art. 12 Abs. 2 sind nämlich aus sich heraus verständlich und folgen damit dem Art. 249 Abs. 3 EG zugrunde liegenden Prinzip, die Regelungsziele einer Richtlinie verbindlich vorzuschreiben⁹⁵³, was zugleich eine entsprechende Bestimmtheit und Klarheit der Regelungsvorgaben erfordert. Insoweit sprechen systematische Erwägungen dagegen, aus Art. 12 Abs. 3 eine Pflicht zur Frage und Beratung über den Wortlaut hinaus herleiten zu wollen.

Gleichwohl ist in systematischer Hinsicht zu überlegen, welche Bedeutung Art. 4 Abs. 3 zukommt, wonach der Versicherungsvermittler grundsätzlich verpflichtet ist, eine für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft geltende Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen. Die Regelung über die Berufshaftpflichtversicherung setzt eine persönliche Haftung des Vermittlers wegen der Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten voraus, wie dies im Wortlaut des Art. 4 Abs. 3, aber auch schon in der Begründung des Richtlinienentwurfes⁹⁵⁴ zum Ausdruck kommt. Dennoch kann aus dieser Regelung nicht abgeleitet werden, dass die Richtlinie eine allgemeine Frage- und Beratungspflicht begründen soll. Zum einen kommt ihr ein eigener Regelungszweck mit Blick auf die Folgen der Verletzung der Sorgfaltspflichten zu, die unmittelbar in der Richtlinie festgelegt sind, wie etwa die spezielle Beratungspflicht des Art. 12 Abs. 2. Zum anderen ist die Pflicht, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen, vor dem Hintergrund der Annahme des Richtliniengebers zu sehen, wonach der Vermittler bereits nach nationalem Recht berät⁹⁵⁵ und diesen daher eigene berufliche Sorg-

⁹⁵³ Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249, Rn. 45; *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 249, Rn. 69.

⁹⁵⁴ Vgl. BR-Drucks. 652/00, S. 2.

⁹⁵⁵ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (bb.).

faltspflichten und somit auch ein eigenes Haftungsrisiko treffen.

Im Ergebnis lässt sich auch aus einer systematischen Auslegung der Richtlinie nicht der Schluss ziehen, diese normiere in Art. 12 Abs. 3 eine allgemeine Frage- und Beratungspflicht.

(dd.) Teleologische Auslegung

Schließlich ist mit Blick auf den Regelungszweck der Richtlinie zu fragen, inwieweit dieser für die Normierung einer Frage- und Beratungspflicht in Art. 12 Abs. 3 spricht. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F. sieht der deutsche Gesetzgeber den Zweck des Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG darin, eine sachgerechte Beratung durch den Versicherungsvermittler zu erreichen. Aus dieser Zweckannahme leitet er die Notwendigkeit ab, eine Frage- und im Ergebnis auch eine Beratungspflicht zu normieren⁹⁵⁶. Ob dieser Schluss aus dem angenommenen Regelungszweck gerechtfertigt ist, begegnet jedoch Zweifeln. Aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie wird deutlich, dass der Richtliniengeber eine allgemeine Beratung durch den Vermittler auf nationaler Ebene voraussetzt, ohne diese selbst zur Pflicht zu machen. Hierfür bestand für den Richtliniengeber auf Grund der von ihm insoweit vorausgesetzten Beratung auch kein Regelungsanlass. Der Zweck des Art. 12 Abs. 3 ist daher ausgehend von dieser Regelungsabsicht zu bestimmen.

Die Dokumentation führt dazu, dass der Versicherungsnehmer eine erfolgte Beratung anhand von Aufzeichnungen rekapitulieren kann, so dass er nicht allein auf seine Erinnerung angewiesen ist. Insoweit bietet die Dokumentation zum einen eine Entscheidungshilfe für den Versicherungsnehmer bei der Auswahl eines bestimmten Versicherungsprodukts, weswegen sie gemäß Art. 12 Abs. 3 auch vor dem Abschluss eines Versicherungsvertrages zu übermitteln ist. Zum anderen wirkt sich dieser Umstand im Idealfall so aus, dass die Qualität einer Beratung verbessert wird, da aufgrund der Dokumentation un schlüssige oder unzutreffende Empfehlungen leichter aufgedeckt werden können. Ebenso erleichtert sie die Beweisführung über Fehler im Beratungsvorgang und damit auch die Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche, wodurch ebenfalls eine Verbesserung der Beratungsqualität eintreten dürfte. Der Zweck der Regelung des Art. 12 Abs. 3 ist daher darin zu sehen, den Versicherungsnehmer bei seiner Entscheidung über den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu unterstützen, die Qualität einer Beratung zu verbessern sowie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu erleichtern. Obwohl die Richtlinie somit unter anderem die Beratungsqualität verbessern soll, kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass eine allgemeine Frage- und Beratungspflicht begründet werden soll. Art. 12 Abs. 3 ist vor dem Hintergrund der Annahme nationaler

⁹⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

Beratungsstandards getroffen worden und der angesprochene Regelungszweck bezieht sich damit auch nur auf diese durch den Richtliniengeber vorausgesetzte Beratung des Versicherungsnehmers.

(ee.) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG zwar die Pflicht begründet, die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren, nicht aber die Pflicht, ihn grundsätzlich zu befragen und zu beraten. Die Richtlinie setzt derartige Pflichten voraus, und diese können daher, soweit sie nicht bereits auf nationaler Ebene bestehen, vom Mitgliedsstaat eingeführt werden. Eine Pflicht hierzu besteht aufgrund der RL 2002/92/EG indes nicht, da eine entsprechende Anordnung im normativen Teil der Richtlinie fehlt.

(b.) Reichweite der Richtlinienvorgaben

Fraglich ist die inhaltliche Reichweite der Pflicht, die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe eines erteilten Rates zu dokumentieren.

Art. 12 Abs. 3 S. 2 bestimmt hierzu, dass die Angaben der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages anzupassen sind. Wie bereits erwähnt⁹⁵⁷, passt dieses Kriterium in erster Linie zu einer Beratungspflicht. Vor dem Hintergrund, dass Art. 12 Abs. 3 S. 2 auf Vorschlag des Europäischen Rates aufgenommen wurde, die hierfür maßgeblichen Erwägungen sich jedoch richtigerweise auf die Beratungspflicht des Art. 12 Abs. 2 beziehen⁹⁵⁸ und daher die Aufnahme dieser Bestimmung in Abs. 3 verfehlt ist, bedeutet dies für die Dokumentationspflicht des Art. 12 Abs. 3 S. 1, dass deren Umfang durch diese Vorgabe nur insoweit beeinflusst wird, als sie an das Ausmaß einer tatsächlich erfolgten Beratung anknüpft. Für die Reichweite der Dokumentationspflicht des Abs. 3 folgt daraus, dass die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu dokumentieren sind, soweit sie dem Vermittler zur Kenntnis gelangt sind, und dass die Gründe für einen erteilten Rat insoweit anzugeben sind, soweit eine Beratung in Anbetracht der Komplexität eines Versicherungsvertrages stattgefunden hat.

Beschränkungen können jedoch aus dem Zweck der Dokumentationspflicht folgen. Die Dokumentation versetzt den Versicherungsnehmer in die Lage, eine Beratung durch den Versicherungsvermittler nachvollziehen und damit überprüfen zu können, warum ein bestimmtes Versicherungsprodukt angeraten worden ist. Damit bietet sie eine Entscheidungshilfe vor Abschluss eines Versicherungsvertrages. Darüber hinaus ermöglicht die Dokumentation einer Beratung, Fehler

⁹⁵⁷ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (bb.).

⁹⁵⁸ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (bb.).

im Beratungsvorgang aufzudecken und damit die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vermittler zu erleichtern. Dies bedeutet, dass sie nicht als wörtliches Protokoll zu verstehen ist, sondern als ein Ergebnisprotokoll, weswegen die für die Beratung maßgeblichen Wünsche und Bedürfnisse des Kunden sowie die Gründe für einen erteilten Rat nur insoweit anzugeben sind, als sie sich auf einen empfohlenen Vertrag beziehen.

b. Formale und zeitliche Vorgaben der RL 2002/92/EG

Hinsichtlich der äußeren Form der Dokumentation bestimmt Art. 13 Abs. 1, dass diese gemäß lit. a auf Papier oder einem anderen, dem Kunden zur Verfügung stehenden und zugänglichen, dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen ist, wobei der Begriff des dauerhaften Datenträgers in Art. 2 Nr. 12 legaldefiniert wird. Ferner muss die Dokumentation gemäß lit. b in einer klaren, genauen und für den Kunden verständlichen Form sowie gemäß lit. c in einer Amtssprache des Mitgliedsstaates, in dem die Verpflichtung eingegangen wird oder in einer anderen vereinbarten Sprache, übermittelt werden.

Als Ausnahme von Abs. 1 lit. a sieht Art. 13 Abs. 2 vor, dass die in Art. 12 genannten Auskünfte mündlich erteilt werden dürfen, wenn der Kunde dies wünscht oder wenn eine Sofortdeckung erforderlich ist. In diesen Fällen werden die Auskünfte dem Kunden gemäß Abs. 1 lit. a unmittelbar nach Abschluss des Versicherungsvertrages erteilt.

In zeitlicher Hinsicht ist die Pflicht, dem Kunden dessen Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für einen erteilten Rat mitzuteilen, gemäß Art. 12 Abs. 3 S. 1 in der Form des Art. 13 Abs. 1 „vor Abschluss eines Versicherungsvertrages“ zu erfüllen. Bei wörtlichem Verständnis dieser Formulierung könnte die vom Vermittler zu erstellende Dokumentation auch nach der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers übermittelt werden, denn entweder kommt der Vertrag erst mit dem Zugang der Erklärung des Versicherungsnehmers beim Versicherer zustande (im Falle eines Angebots des Versicherers) oder wenn eine Annahmeerklärung des Versicherers dem Versicherungsnehmer zugeht (im Falle eines Angebots des Versicherungsnehmers). Zweifelhaft ist aber, ob eine derartige Auslegung in Anbetracht des Zwecks der Dokumentationspflicht in Frage kommt.

Soweit darauf abgestellt wird, dass anhand der Dokumentation Fehler einer etwaigen Beratung aufgedeckt werden können und sie somit Beweiszwecken bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen dient, könnte sie dem Versicherungsnehmer erst nach Abgabe seiner Vertragserklärung übermittelt werden. Da sich Beweisprobleme für den Versicherungsnehmer erst bedeutend später stellen, wäre es sogar möglich, die Dokumentation erst nach Vertragsschluss zur Verfügung zu stellen. Auf diesen Zeitpunkt stellt die Richtlinie für die Ü-

bermittlung einer Dokumentation allerdings ausdrücklich nur für den Fall des Art. 13 Abs. 2 ab.

Unter Berücksichtigung der zweiten Funktion der Dokumentation, dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit zu eröffnen, eine erfolgte Beratung nachvollziehen zu können, um die dort gewonnenen Erkenntnisse bei einer Auswahlentscheidung für ein Versicherungsprodukt zu berücksichtigen, liegt es daher näher, den Zeitpunkt „vor Abschluss eines Versicherungsvertrages“ dahin zu konkretisieren, dass damit der Zeitpunkt vor der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers gemeint ist. Anderenfalls könnte dieser seine bereits getroffene Entscheidung lediglich revidieren. Insbesondere in den Fällen, in denen zwischen einer Beratung und der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers ein längerer Zeitraum liegt, etwa weil dieser sich nicht sofort für den Abschluss eines Versicherungsvertrages entscheiden kann, ist eine Dokumentation in der Form des Art. 12 Abs. 1 lit. a. von Vorteil, um das Beratungsergebnis rekapitulieren zu können.

Darüber hinaus ist es jedoch auch mit Blick auf die Beweisfunktion der Dokumentation angebracht, ihre Erstellung und Übermittlung zeitlich eng an das Gespräch zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsvermittler anzubinden, denn je mehr Zeit vergeht, desto eher wird ihr Beweiswert auf Grund etwaiger Erinnerungslücken des Versicherungsvermittlers gemindert. Auch aus diesem Grunde ist die Formulierung „vor Abschluss eines Versicherungsvertrages“ dahin auszulegen, dass damit der Zeitpunkt vor der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers gemeint ist.

Kommt demgegenüber ausnahmsweise Art. 13 Abs. 2 zum Tragen, sind dem Kunden dessen Wünsche und Bedürfnisse und die Gründe für einen erteilten Rat zunächst mündlich mitzuteilen, und zwar gemäß Art. 12 Abs. 3 S. 1 vor Abschluss eines Versicherungsvertrages, worunter wiederum der Zeitpunkt vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu verstehen ist. Die den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 lit. a. genügende Dokumentation ist in diesen Fällen unmittelbar nach Abschluss des Vertrages nachzureichen.

4. Alte Rechtslage

In der Gesetzesbegründung zum neuen VVG heißt es zur bisherigen Rechtslage, dass das geltende VVG keine Vorschriften über die Beratung des Versicherungsnehmers vor Abschluss eines Versicherungsvertrages enthalte. Der Versicherer und die in seinen Vertrieb eingeschalteten Vermittler schuldeten dem Versicherungsnehmer nicht schon deswegen, weil sie einen Versicherungsvertrag anbieten, einen umfassenden, sachkundigen und bedarfsorientierten Rat. Allerdings werde sich ein Verbraucher vielfach an einen Versicherungsvermittler mit der Bitte um eine fachkundige Beratung wenden; dann werde es wie

schon bisher zu einer vertraglichen Beratungspflicht kommen, für deren Erfüllung derjenige Versicherer haftet, der den Vermittler mit der Vermittlung betraut hat⁹⁵⁹.

Den Entstehungsgrund dieser Pflichten hat die Rechtsprechung *nicht* in einem konkludent geschlossenen, unentgeltlichen Beratungsvertrag⁹⁶⁰ gesehen, auch wenn in der Rechtsprechung und Literatur gelegentlich darauf hingewiesen wurde, dass ein solcher durchaus geschlossen werden könnte⁹⁶¹. Zwar dürfte insoweit bereits zweifelhaft sein, inwieweit die auf Seiten der Versicherer tätigen selbstständigen Versicherungsvertreter und angestellten Vertriebskräfte, für deren Vertretungsmacht die §§ 43 ff VVG a.F. direkt oder analog galten⁹⁶², hierzu überhaupt bevollmächtigt waren. Diese Problematik wurde jedoch weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung näher erörtert. Für die Rechtsprechung stellte sich diese Frage auch nicht. Sie leitete, ohne terminologisch im Einzelnen zwischen Aufklärungs- und Beratungspflichten zu unterscheiden⁹⁶³, derartige Pflichten des Versicherers aus § 242 BGB bzw. nach der Schuldrechtsreform aus § 241 Abs. 2 BGB her⁹⁶⁴. Verletzten die vom Versicherer als Erfüllungsgehilfen eingesetzten Versicherungsvertreter diese Pflichten, führte dies zu einer Haftung aus „culpa in contrahendo“ bzw. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB⁹⁶⁵. Da diese Pflichten unmittelbar den Versicherer trafen, trifft es genau genommen nicht zu, wenn es in der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F., wo es um die Beratungspflichten der Versicherungsvermittler geht, heißt, dass im Ergebnis hier die bereits entwickelte Rechtsprechung kodifiziert werden solle⁹⁶⁶. Trotz dieser Ungenauigkeit zeigt die Gesetzesbegründung, dass der Gesetzgeber sich an der bisherigen Rechtsprechung zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers bei der Normierung der Pflichten der Versicherungsvermittler hat orientieren wollen. Dies wirkt sich wiederum auf die Regelung des § 6 Abs. 1 VVG aus, die ihrerseits an die Pflichten der Vermittler aus § 42c VVG a.F. bzw. nun § 61 VVG anknüpft. Im Folgenden soll daher die bisherige Rechtspre-

⁹⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.

⁹⁶⁰ Vgl. *Ihle*, S. 203; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (237); *Rehberg*, S. 126; *Römer*, in: *VersWissStud* (11. Bd.), S. 23 (28).

⁹⁶¹ Vgl. OLG Stuttgart VersR 2007, 1069 (1070); *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (45); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (194); *Römer*, S. 16f; *ders.*, VersR 1998, S. 1313 (1315f); *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, § 18, Rn. 48.

⁹⁶² Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 11; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 15f; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 30f.

⁹⁶³ Vgl. BGH VersR 1992, 217 (218); KG VersR 2007, 1649; OLG Hamm RuS 2001, 335 (336); OLG Köln VersR 1996, 1265; OLG Saarbrücken VersR 1999, 1367 (1369); RuS 1997, 208 (209f); *Ihle*, S. 231.

⁹⁶⁴ Vgl. BGH VersR 1963, 768 (769); VersR 1981, 621 (623); KG VersR 2007, 1649; OLG Hamm RuS 2001, 335 (336); OLG München NVersZ 2000, 176; OLG Saarbrücken RuS 1997, 208 (209f); *Heiss*, *ZVersWiss* 2003, S. 339 (342); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 36; *Prölss*, in: *P/M*, Vorbem. II, Rn. 9.

⁹⁶⁵ Vgl. BGHZ 40, 22 (26), VersR 1981, 621 (623); OLG Frankfurt VersR 2006, 406; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 47; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 36; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 94.

⁹⁶⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

chung zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten der Versicherer näher untersucht werden.

a. Grundsatz: Keine Pflicht zur Aufklärung und Beratung

Eine spontane Pflicht des Versicherers, den Versicherungsnehmer über seinen Versicherungsbedarf sowie über Möglichkeiten, diesen zu decken, aufzuklären oder zu beraten, hat die Rechtsprechung nie angenommen. In einer viel zitierten⁹⁶⁷ Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 1995 heißt es, dass es grundsätzlich Sache des Versicherungsnehmers selbst sei, sich um den von ihm benötigten Versicherungsschutz in eigener Verantwortung zu kümmern. Zu diesem Zweck könne er sich z. B. anhand von Werbebroschüren oder einschlägigen Versicherungsbedingungen, die er sich bei Versicherungsunternehmen oder deren Agenten beschaffen könne, über einzelne Versicherungsarten informieren; er könne sich aber auch von einem Mitarbeiter oder einem Agenten des Versicherers im Einzelnen über Inhalt und Umfang des Versicherungsschutzes bei bestimmten Versicherungsarten beraten lassen. Das setze jedoch voraus, dass er den Wunsch nach Beratung deutlich zum Ausdruck bringe und dabei auch klarstelle, gegen welche Gefahren er im Einzelnen versichert und über welche anderen Punkte er noch besonders beraten werden wolle. Eine spontane Aufklärungs- und Beratungspflicht bestehe dagegen für Versicherungsagenten grundsätzlich nicht, insbesondere brauche der Agent nicht auf alle Einzelheiten des Deckungsumfanges oder auf alle Ausschlussbestimmungen von sich aus aufmerksam zu machen. Soweit die AVB keine Deckung vorsehen, brauche der Agent auch nicht ohne weiteres auf die Lücke im Versicherungsschutz hinzuweisen.⁹⁶⁸

Indem das OLG Köln die grundsätzliche Eigenverantwortlichkeit des Versicherungsnehmers bei der Ermittlung und Deckung seines Versicherungsbedarfs betonte, hat es keinen versicherungsrechtlichen Sonderweg eingeschlagen, sondern nur den allgemein im Vertragsrecht geltenden Grundsatz unterstrichen, wonach es Sache einer jeden Partei ist, sich über ihre Bedürfnisse, das Marktangebot und die Risiken des Geschäfts Kenntnis zu verschaffen⁹⁶⁹.

Gleichwohl macht die Rechtsprechung im allgemeinen Vertragsrecht Ausnahmen von diesem Grundsatz und nimmt Aufklärungspflichten hinsichtlich solcher Umstände an, die für die andere Partei erkennbar von wesentlicher Bedeutung

⁹⁶⁷ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (40f); Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339 (342); Ihle, S. 233; Kieninger, AcP 199, S. 190 (196); Miittinen, S. 41; Römer, S. 22; ders., VersR 1998, S. 1313 (1317).

⁹⁶⁸ Vgl. OLG Köln VersR 1996, 1265. In der Sache ähnlich: BGH VersR 1956, 790 (791); NJW 1964, 244 (245); VersR 1981, 621 (623); OLG Frankfurt VersR 1987, 579; OLG Hamm VersR 1988, 51; RuS 2000, 108 (109); RuS 2001, 335 (336); OLG Köln VersR 1974, 990; VersR 1997, 1530; OLG Saarbrücken ZfS 2000, 165 (166); OLG Stuttgart VersR 1999, 1268 (1269).

⁹⁶⁹ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (40).

sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann⁹⁷⁰. Auch im Versicherungsrecht hat es die Rechtsprechung nicht bei der von ihr betonten Eigenverantwortlichkeit des Versicherungsnehmers belassen und in einer Reihe von Fällen ausnahmsweise Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers anerkannt⁹⁷¹. Die Gründe für diese Ausnahmen kehren in den einschlägigen Entscheidungen regelmäßig wieder und lassen sich zu Fallgruppen zusammenfassen, die sich teils überschneiden und ineinander übergehen⁹⁷².

b. Ausnahmen

aa. Falsche Tatsachenmitteilungen

In der Rechtsprechung zum Versicherungsrecht ist im Zusammenhang mit falschen Tatsachenmitteilungen von Versicherungsvertretern des Öfteren die Rede gewesen von der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten⁹⁷³. So führte das OLG Köln in einem Urteil aus dem Jahre 1974 aus, dass der Versicherungsagent nicht verpflichtet sei, den Versicherungsnehmer von sich aus über alle Einzelheiten des Vertrages aufzuklären sowie auf mögliche Schadensfälle, die von der Versicherung nicht erfasst werden. Die Beratungspflicht des Versicherungsagenten beschränke sich darauf, dass er beim Versicherungsnehmer nicht durch falsche Auskünfte und Ratschläge unrichtige Vorstellungen erwecken darf⁹⁷⁴. Das OLG Hamm nahm in einer Entscheidung aus dem Jahre 1988 eine Aufklärungspflichtverletzung des Versicherers an, da der Versicherungsvertreter unzutreffende Auskünfte über die steuerliche Absetzbarkeit von Prämien für eine Lebensversicherung gegeben hatte⁹⁷⁵. Auf die Möglichkeit der Verletzung einer Beratungspflicht wies in diesem Zusammenhang auch das OLG Karlsruhe hin⁹⁷⁶.

Bei näherer Betrachtung ging es in den genannten Fällen jedoch nicht um die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten, zumindest waren entsprechende Ausführungen in den Entscheidungen unnötig⁹⁷⁷. Vielmehr betrafen diese Fälle die Verletzung der sog. „allgemeinen Wahrheitspflicht“⁹⁷⁸. Allgemein besteht bei der Anbahnung von Verträgen eine Pflicht der Parteien, erfragte oder

⁹⁷⁰ Vgl. RGZ 103, 47 (50); 111, 223 (234f); BGHZ 47, 207 (210f); 71, 386 (396); 96, 302 (311); 123, 126 (128ff); BGH NJW 2002, 1042 (1043); NJW 2003, 1811 (1812).

⁹⁷¹ Vgl. *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339 (342); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (197); *Miettinen*, S. 41.

⁹⁷² Vgl. *Römer*, S. 22.

⁹⁷³ Vgl. OLG Hamm VersR 1988, 623; OLG Karlsruhe VersR 1996, 1001 (1002); OLG Köln VersR 1974, 990; OLG Oldenburg und LG Osnabrück VersR 1998, 220 (221f); LG München I RuS 1994, 156.

⁹⁷⁴ Vgl. OLG Köln VersR 1974, 990.

⁹⁷⁵ Vgl. OLG Hamm VersR 1988, 623. Ähnlich, aber im Ergebnis ablehnend: LG München I RuS 1994, 156.

⁹⁷⁶ Vgl. OLG Karlsruhe VersR 1996, 1001 (1002).

⁹⁷⁷ Vgl. *S. Lorenz*, S. 409; *Miettinen*, S. 263f.

⁹⁷⁸ Vgl. zur Terminologie: *Huber*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 5 (8f); *Ihle*, S. 206; *S. Lorenz*, S. 412.

aus eigenem Antrieb gegebene Auskünfte richtig und vollständig zu erteilen, und zwar unabhängig davon, ob den jeweiligen Vertragspartner eine Aufklärungs- oder Offenbarungspflicht trifft⁹⁷⁹. Eine positivrechtliche Ausprägung findet diese Pflicht, bei der es sich der Sache nach um eine Unterlassungspflicht handelt⁹⁸⁰, in § 123 Abs. 1 BGB⁹⁸¹, der für den Fall der vorsätzlichen Vorspiegelung falscher Tatsachen, ein Anfechtungsrecht gewährt. Darüber hinaus lässt sich diese Pflicht auch als Schutzpflicht im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB begreifen, deren Verletzung zu Schadensersatzansprüchen führen kann⁹⁸².

Die „allgemeine Wahrheitspflicht“, die somit von den Aufklärungs- und Beratungspflichten zu trennen ist⁹⁸³, überschneidet sich allerdings mit diesen Pflichten, soweit diese im konkreten Fall ebenfalls zur Entstehung gelangen⁹⁸⁴. Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass ein Verstoß gegen die „Wahrheitspflicht“ nicht in Frage kommt, soweit es um die Äußerung von Meinungen und Werturteilen geht, da diese einer Bewertung nach den Kategorien richtig und falsch entzogen sind. Verstöße gegen die „allgemeine Wahrheitspflicht“ kommen folglich nur in Frage, soweit es um Tatsachenbehauptungen geht⁹⁸⁵.

bb. Tatsächliche Übernahme einer Beratung

Aufklärungs- und Beratungspflichten sind in der Rechtsprechung dann angenommen worden, wenn der Versicherer tatsächlich eine Beratung des Versicherungsnehmers übernommen hat⁹⁸⁶. In der Regel ging es hier um solche Fälle, in denen der Versicherer dem Versicherungsnehmer bei der Ermittlung des richtigen Versicherungswertes vor Vertragsabschluss behilflich gewesen ist. So nahm der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 1964 eine Pflicht des Versicherers an, den Versicherungsnehmer mit der erforderlichen Sorgfalt hinsichtlich der richtigen Form und des gebotenen Umfangs der Nachversicherung zu beraten, nachdem er einen Fachmann für Industrie-Feuerversicherungen entsandt hatte, der den erforderlichen Feuerversicherungsschutz ermitteln sollte⁹⁸⁷. Entsprechend urteilte das OLG Saarbrücken, wonach der Versicherer verpflichtet sei, den Ver-

⁹⁷⁹ Vgl. RGZ 91, 80 (81f); BGH NJW 1996, 451 (452); NJW-RR 1997, 144 (145); NJW 1998, 302; Huber, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 5 (9f); Ihle, S. 206; S. Lorenz, S. 412; Miettinen, S. 263.

⁹⁸⁰ Vgl. Ihle, S. 206.

⁹⁸¹ Vgl. Huber, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 5 (9f); Ihle, S. 206f; S. Lorenz, S. 409.

⁹⁸² Vgl. BGH NJW 1996, 451 (452); NJW-RR 1997, 144 (145); NJW 1998, 302; Grüneberg, in: Palandt, § 311, Rn. 40; Ihle, S. 238f; Miettinen, S. 264.

⁹⁸³ Vgl. Breidenbach, S. 3; Ihle, S. 206; S. Lorenz, S. 409.

⁹⁸⁴ Vgl. Breidenbach, S. 3; Ihle, S. 206. Einige der eingangs zitierten Entscheidungen werden daher auch in den nachfolgenden Fallgruppen relevant.

⁹⁸⁵ Vgl. Ihle, S. 208; S. Lorenz, S. 413.

⁹⁸⁶ Vgl. BGH NJW 1964, 244 (246); KG VersR 2007, 1649; OLG Frankfurt NVersZ 2002, 272 (273); VersR 2006, 406 (407); OLG Hamm VersR 1992, 49 (50); OLG Saarbrücken VersR 2003, 195 (196); Armbrüster, VersR 1997, S. 931 (936); Schirmer, RuS 1999, S. 133 (136); Kollhoser, in: P/M, § 43, Rn. 36 und § 56, Rn. 27.

⁹⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1964, 244 (246).

sicherungsnehmer sachgerecht zu beraten, wenn er ihm eine fachkundige Beratung hinsichtlich des „Versicherungswertes 1914“ durch seinen Versicherungsvertreter anbiete⁹⁸⁸.

Die Besonderheit dieser Beratungspflichten besteht darin, dass ihr Geltungsgrund in einer tatsächlichen Übernahme des Versicherers zu sehen war und diese daher ohne eine entsprechende Übernahmehandlung nicht entstanden wären. Hierin unterscheiden sich diese Pflichten von den Aufklärungs- und Beratungspflichten, welche die Rechtsprechung in den nachstehend erörterten Fallgruppen angenommen hat. Deutlich wird dieser Unterschied auch an einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1988 zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers bei der Ermittlung des zutreffenden „Versicherungswertes 1914“ in der Gebäudeversicherung, in der das Gericht ausführte, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer auf die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des richtigen Versicherungswertes hinzuweisen und ggf. die Hinzuziehung eines Sachverständigen zu empfehlen habe oder selbst eine fachkundige Beratung anbieten könne⁹⁸⁹.

cc. Fragen des Versicherungsnehmers

Eine Pflicht zur Aufklärung des Versicherungsnehmers ist in der Rechtsprechung für den Fall angenommen worden, dass dieser dem Versicherer konkrete Fragen zu der angebotenen Versicherung stellte und er somit seinen Aufklärungs- und Beratungsbedarf offen legte⁹⁹⁰. In diesen Fällen musste der Versicherer die Frage wahrheitsgemäß und vollständig beantworten⁹⁹¹ oder aber deutlich sagen, dass er bestimmte Antworten nicht geben kann oder möchte⁹⁹². Letzteres dürfte für den Versicherer allerdings regelmäßig nicht in Frage gekommen sein, schließlich setzt die Verweigerung von Auskünften die Vertragsverhandlungen mit dem Versicherungsnehmer der Gefahr des Scheiterns aus⁹⁹³.

dd. Wunsch nach umfassender Sicherung

Die Rechtsprechung hat des Weiteren eine Pflicht zur Aufklärung des Versicherungsnehmers angenommen, wenn dieser den Wunsch nach umfassender Siche-

⁹⁸⁸ Vgl. OLG Saarbrücken 2003, 195 (196).

⁹⁸⁹ Vgl. BGH VersR 1989, 472 (473).

⁹⁹⁰ Vgl. BGH VersR 1963, 768 (769); VersR 1986, 329; VersR 1992, 217; OLG Düsseldorf VersR 1998, 843 (844); LG Osnabrück und OLG Oldenburg VersR 1998, 220 (221).

⁹⁹¹ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (50); Ihle, S. 240; Römer, S. 30; ders., VersR 1998, S. 1313 (1320); Schirmer, RuS 1999, S. 133 (135). Genau genommen betrifft diese Konstellation nicht eine Aufklärungs- und Beratungspflicht, sondern wiederum die „allgemeine Wahrheitspflicht“ des Versicherers, vgl. oben unter C. IV. 4. b. aa.

⁹⁹² Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (45); Ihle, S. 240; Rehberg, S. 168.

⁹⁹³ Vgl. Ihle, S. 240f; Rehberg, S. 175f.

zung zum Ausdruck brachte⁹⁹⁴. In diesen Fällen sei ein Versicherer verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass nahe liegende Gefahren und Risiken von dem angestrebten Versicherungsvertrag nicht erfasst werden und sich insoweit Deckungslücken ergeben. So hatte ein Versicherungsvertreter das Haus eines Versicherungsnehmers nebst dem in der Garage aufgestellten Heizöltank besichtigt. Der Versicherungsnehmer wünschte umfassenden Haftpflichtversicherungsschutz, jedoch nahm der abgeschlossene Versicherungsvertrag das Anlagerisiko für die gesetzliche Haftpflicht aus Gewässerschäden vom Versicherungsschutz aus. In diesem Fall hielt das OLG Köln den Versicherer für verpflichtet, wegen des Wunsches des Versicherungsnehmers nach umfassendem Versicherungsschutz auf den Ausschluss des Anlagerisikos hinzuweisen⁹⁹⁵. In einem anderen Fall hatte eine Versicherungsnehmerin beim Abschluss einer privaten Krankenversicherung den Wunsch geäußert, dass von der Versicherung auch die Kosten für Heilpraktiker umfassend abgedeckt sein sollten. Der abgeschlossene Vertrag sah jedoch nur eine teilweise Erstattungsfähigkeit von Heilpraktikerkosten vor. Das OLG Köln hielt den Versicherer auf Grund des Wunsches der Versicherungsnehmerin für verpflichtet, auf die beschränkte Erstattungsfähigkeit von Heilpraktikerkosten hinzuweisen⁹⁹⁶. Schließlich nahm das OLG Hamm eine Pflicht des Versicherer an, den Versicherungsnehmer auf die Möglichkeit des Abschlusses einer Hagelversicherung hinzuweisen, wenn dieser einen umfassenden Versicherungsschutz für ein Gebäude verlange und auf Grund der regionalen Gegebenheiten die Gefahr von Hagelschäden nicht unwahrscheinlich sei⁹⁹⁷.

ee. Erkennbare Verfehlung des Vertragszwecks

Eine weitere Ausnahme hat die Rechtsprechung in den Fällen gemacht, in denen ein Versicherungsnehmer Gefahr lief, mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages den für den Versicherer erkennbar verfolgten Vertragszweck zu verfehlen⁹⁹⁸. Insoweit zeigen sich deutliche Überschneidungen mit den vorangegangenen Fallgruppen, schließlich kann der Zweck des beabsichtigten Vertragsschlusses für den Versicherer durch Fragen des Versicherungsnehmers erkennbar werden und ebenso lässt der Wunsch nach umfassender Absicherung den verfolgten Vertragszweck deutlich hervortreten. So hielt der BGH einen Versicherer für verpflichtet, einen Versicherungsnehmer, der beim Abschluss eines Vertrages

⁹⁹⁴ Vgl. BGH VersR 1975, 77 (78); OLG Köln RuS 1986, 273; VersR 1991, 1279 (1280); VersR 1993, 1385 (1386); OLG Hamm VersR 1984, 853; RuS 2001, 334 (336); *Ihle*, S. 242; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (198); *Miettinen*, S. 45.

⁹⁹⁵ Vgl. OLG Köln VersR 1993, 1385 (1386).

⁹⁹⁶ Vgl. OLG Köln VersR 1991, 1279 (1280).

⁹⁹⁷ Vgl. OLG Hamm RuS 2001, 335 (336).

⁹⁹⁸ Vgl. BGH VersR 1978, 457 (458); VersR 1981, 621 (623); OLG Hamm VersR 1988, 623; OLG Köln VersR 1998, 180 (180f); RuS 1996, 337 (338f); *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (54); *Ihle*, S. 243-253; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (199f); *Römer*, S. 32f, *ders.*, VersR 1998, S. 1313 (1321).

erkennbar sofortigen Versicherungsschutz anstrebe, darauf hinzuweisen, dass mit dem Einreichen des Antrags noch kein Versicherungsschutz besteht und daher eine vorläufige Deckungszusage erforderlich sei⁹⁹⁹. In einem anderen Fall nahm das OLG Hamm eine Pflicht des Versicherers an, einen Versicherungsnehmer, der die Prämien zu einer Lebensversicherung als betriebliche Ausgaben steuerlich geltend machen wollte, entweder richtig über die steuerliche Anerkennung zu beraten oder an einen Steuerberater zu verweisen¹⁰⁰⁰.

ff. Erkennbarer Irrtum des Versicherungsnehmers

Ferner hat die Rechtsprechung eine Aufklärungspflicht des Versicherers dann angenommen, wenn der Versicherungsnehmer sich in einem erkennbaren Irrtum über den Inhalt und Umfang des von ihm beantragten Versicherungsschutzes befand oder aber der Versicherer mit der nahe liegenden Möglichkeit eines solchen Irrtums rechnen musste. In diesen Fällen musste er auf den Irrtum hinweisen und über den Deckungsumfang der Versicherung aufklären¹⁰⁰¹. Auch diese Fallgruppe steht in einem engen Zusammenhang zu den Fällen der Verfehlung des Vertragszweckes, insbesondere weil ein Irrtum des Versicherungsnehmers Aufschluss über den von ihm verfolgten Vertragszweck gibt. Einen entsprechenden Grenzfall betraf eine Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahre 1985. Das Gericht hielt unter Hinweis auf die Pflicht des Versicherers, Irrtümer des Versicherungsnehmers richtig zu stellen, jenen für verpflichtet, eine türkische Versicherungsnehmerin, von der der Versicherungsvertreter wusste, dass sie regelmäßig in den außereuropäischen Teil der Türkei reiste, darauf hinzuweisen, dass die von ihr beantragte Insassenunfallversicherung nicht für den asiatischen Teil der Türkei gelte, jedoch der Abschluss einer Zusatzversicherung in Frage komme¹⁰⁰².

gg. Komplexität der Materie

Weiterhin hat die Rechtsprechung ausnahmsweise Aufklärungspflichten angenommen, wenn aufgrund besonderer versicherungstechnischer und -rechtlicher Schwierigkeiten das Risiko nicht bedarfsgerechter Versicherung besteht¹⁰⁰³. So

⁹⁹⁹ Vgl. BGH VersR 1978, 457 (458).

¹⁰⁰⁰ Vgl. OLG Hamm VersR 1988, 623.

¹⁰⁰¹ Vgl. BGHZ 2, 87 (90); BGH VersR 1963, 768 (769); OLG Frankfurt VersR 1987, 579 (579f); OLG Koblenz ZfS 1998, 261; OLG Köln VersR 1990, 1381 (1382); RuS 1992, 220 (221); VersR 1996, 1265; OLG Saarbrücken ZfS 2000, 165 (166); *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (50 und 53); *Ihle*, S. 253f; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (199); *Miettinen*, S. 46f; *Römer*, S. 31f, *ders.*, VersR 1998, S. 1313 (1321); *Schirmer*, RuS 1999, S. 133 (137).

¹⁰⁰² OLG Frankfurt VersR 1987, 579 (579f). *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (55) und *Ihle*, S. 249f ordnen die sog. „Türkei-Fälle“ der Fallgruppe der erkennbaren Verfehlung des Versicherungszweckes zu. Demgegenüber wie hier *Miettinen*, S. 47.

¹⁰⁰³ Vgl. BGH VersR 1989, 472 (473); OLG Celle VersR 1995, 333 (333f); OLG Frankfurt NVersZ 2002, 272 (273); OLG Hamm VersR 1992, 49 (50); OLG Köln VersR 1994, 342 (342f); VersR 1997, 1530; OLG Oldenburg VersR 1993, 1226; *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39

ist die Rechtsprechung mit Blick auf Gebäudeversicherungen zwar grundsätzlich davon ausgegangen, dass es Sache des Versicherungsnehmers sei, die Versicherungssumme richtig zu bestimmen und das Risiko einer Unterversicherung zu vermeiden, schließlich sei er besser über das Versicherungsobjekt informiert als der Versicherer¹⁰⁰⁴. Wenn jedoch die Ermittlung des Versicherungswertes so schwierig sei, dass sie einem Laien unmöglich und selbst einem Sachverständigen erhebliche Schwierigkeiten bereite, wie die Bestimmung des „Versicherungswerts 1914“¹⁰⁰⁵ für eine gleitende Neuwertversicherung, musste der Versicherer nach Ansicht des BGH auf die Schwierigkeiten der richtigen sowie die Gefahren einer falschen Festsetzung aufmerksam machen, ihm die Hinzuziehung sachverständiger Hilfe empfehlen oder selbst fachkundige Beratung anbieten¹⁰⁰⁶. Ferner hielt das OLG Köln einen Versicherer für verpflichtet, darüber aufzuklären, welcher Versicherungswert (Neuwert, Zeitwert, gemeiner Wert) für die Gebäudeversicherung maßgeblich sei und welche Versicherungsformen in Frage kämen¹⁰⁰⁷.

hh. Initiativen des Versicherers

Ferner hat die Rechtsprechung Aufklärungspflichten angenommen, wenn infolge von Initiativen des Versicherers zur Abwerbung eines Versicherungsnehmers die Gefahr für diesen entsteht, einen unzureichenden oder interessenwidrigen Versicherungsschutz zu erhalten¹⁰⁰⁸. In einem vom BGH entschiedenen Fall hatte der Versicherungsvertreter einen Versicherungsnehmer von einem anderen Versicherer mit dem Versprechen eines besseren Versicherungsschutzes abgeworben, so dass dieser seinen bisherigen Versicherungsvertrag gekündigt hatte. In der Folgezeit kam es jedoch zu Verzögerungen beim Abschluss des neuen Vertrags und damit zu einer Lücke im Versicherungsschutz. Der BGH hielt den Versicherer für verpflichtet, auf die mit der Kündigung des alten Vertrages verbundenen Gefahren hinzuweisen, die Vertragsverhandlungen zu beschleunigen und nötigenfalls über die Möglichkeit der Vereinbarung einer vorläufigen Deckungszusage zu unterrichten¹⁰⁰⁹. In einem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall hatte eine Versicherungsvertreterin einem Kunden vorgeschlagen, das Auto seiner Ehefrau als seinen Zweitwagen zu versichern, wodurch eine Lücke im Versiche-

(53); *Ihle*, S. 254-257; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (201f); *Miettinen*, S. 43; *Schirmer*, RuS 1999, S. 133 (137).

¹⁰⁰⁴ Vgl. OLG Frankfurt, NVersZ 2002, 272 (273); OLG Hamm VersR 1992, 49 (50); OLG Köln VersR 1997, 1530.

¹⁰⁰⁵ Vgl. näher zum Versicherungswert 1914: *Kollhosser*, in: *P/M*, § 1 SGIN 79a, Rn. 3 ff.

¹⁰⁰⁶ Vgl. BGH VersR 1989, 472 (473).

¹⁰⁰⁷ Vgl. OLG Köln VersR 1997, 1530.

¹⁰⁰⁸ Vgl. BGH VersR 1979, 709 (710f); OLG Düsseldorf VersR 1963, 56 (58); OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 904 (905); *Ihle*, S. 257f; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (204f); *Miettinen*, S. 48f; *Römer*, S. 34; *ders.*, VersR 1998, S. 1313 (1322).

¹⁰⁰⁹ Vgl. BGH VersR 1979, 709 (710f).

rungsschutz hinsichtlich der Schäden entstand, welche die Ehefrau mit ihrem Wagen am Auto des Versicherungsnehmers verursachte. Hier hätte Versicherer der auf diese Deckungslücke hinweisen müssen¹⁰¹⁰.

ii. Versicherungswechsel

In einem engen sachlichen Zusammenhang zu der vorstehenden Fallgruppe „Initiativen des Versicherers“ sowie der Fallgruppe „Erkennbare Verfehlung des Vertragszwecks“ stehen die Fälle eines Versicherungswechsels, bei denen der Versicherungsnehmer gegenüber dem neuen Versicherer den Wunsch äußerte, Versicherungsschutz wie im bisherigen Umfang zu erhalten. So wies der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 2001 im Zusammenhang mit der Zurückverweisung der Sache an das OLG darauf hin, dass zu klären sei, ob der Versicherungsnehmer dem Versicherer das alternative Angebot seines bisherigen Versicherers über den Abschluss einer Gebäudeversicherung bei den Vertragsverhandlungen vorgelegt habe. Da der Versicherungsnehmer erklärt habe, einen Vertrag zu gleich lautenden Bedingungen abschließen zu wollen, hätte der Versicherer darüber aufklären müssen, dass das eigene Angebot im Hinblick auf einen in der Sache streitentscheidenden Unterversicherungsverzicht hinter dem des bisherigen Versicherers zurückbleibt¹⁰¹¹. In einem anderen Fall hielt das OLG Koblenz einen Versicherer für verpflichtet, einen Versicherungsnehmer, der bei Abschluss einer Kfz-Vollkaskoversicherung erklärt hatte, dass er denselben Schutz wie bei seinem bisherigen Versicherer haben wolle, darüber aufzuklären, dass das eigene Angebot hinter demjenigen des bisherigen Anbieters zurückbleibt¹⁰¹².

Erklärte der Versicherungsnehmer *nicht* ausdrücklich den Wunsch, den gleichen Versicherungsschutz wie bisher auch im Rahmen des neuen Vertrages zu erhalten, schied demgegenüber nach der Rechtsprechung eine Aufklärungspflichtverletzung aus. So hielt das OLG Stuttgart einen Versicherer ohne einen Wunsch nach entsprechender Beratung nicht für verpflichtet, eine bisher gesetzlich krankenversicherte Versicherungsnehmerin darüber aufzuklären, soweit der angebotene Vertrag über eine private Krankenversicherung hinter der gesetzlichen Krankenversicherung zurückbleibt¹⁰¹³.

c. Analyse der Fallgruppen

aa. Erkennbarkeit des Informationsbedarfs

Mit Ausnahme der Fälle der „falschen Tatsachenmitteilungen“ und der „tatsäch-

¹⁰¹⁰ Vgl. OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 904 (905).

¹⁰¹¹ Vgl. BGH VersR 2001, 1498 (1499).

¹⁰¹² Vgl. OLG Koblenz VersR 2007, 482 (484).

¹⁰¹³ Vgl. OLG Stuttgart VersR 1999, 1268 (1269). Ablehnend *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (51f).

lichen Übernahme einer Beratung“ lassen die aufgezeigten Fallgruppen eine Gemeinsamkeit erkennen, welche für die Entstehung von Aufklärungs- und Beratungspflichten maßgeblich gewesen ist. Entscheidend kam es für die Rechtsprechung darauf an, dass ein Informationsbedarf des Versicherungsnehmers dem Versicherer bekannt oder zumindest erkennbar war. Das Wissen über die hierfür maßgeblichen Umstände wurde dem Versicherer über seinen Versicherungsvertreter nach den Grundsätzen der sog. „Auge und Ohr Rechtsprechung“¹⁰¹⁴ zugerechnet¹⁰¹⁵. Die Erkennbarkeit des Informationsbedarfs war somit Voraussetzung für die Entstehung einer Aufklärungs- und Beratungspflicht des Versicherers¹⁰¹⁶.

Kenntnisse vom bzw. Anhaltspunkte für den Informationsbedarf des Versicherungsnehmers ergaben sich in den einzelnen Fallgruppen auf unterschiedliche Weise:

Eindeutige Kenntnis vom individuellen Informationsbedarf erlangte der Versicherer in der Fallgruppe „Fragen des Versicherungsnehmers“, in welcher dieser von sich aus seinen Beratungsbedarf offenbarte. Insoweit konnte auch von einer Nachfrage- oder Nachforschungsobliegenheit des Versicherungsnehmers gesprochen werden¹⁰¹⁷, schließlich hat die Rechtsprechung regelmäßig darauf hingewiesen, dass Aufklärungspflichten Nachfragen des Versicherungsnehmers voraussetzen¹⁰¹⁸. Aber auch in der Fallgruppe „Wunsch nach umfassender Sicherung“ war es der Versicherungsnehmer, der einen entsprechenden Wunsch zum Ausdruck bringen musste und damit Anhaltspunkte für die notwendige Aufklärung lieferte. Entsprechendes galt für die Fallgruppe „Versicherungswechsel“, bei der der Versicherungsnehmer ausdrücklich erklären musste, dass er Versicherungsschutz wie im bisherigen Umfang haben wollte.

Weniger eindeutig verhielt es sich in den Fallgruppen „Erkennbare Verfehlung des Vertragszwecks“ und „Erkennbarer Irrtum des Versicherungsnehmers“. Auch hier musste der Vertragszweck für den Versicherer ebenso erkennbar sein wie ein Irrtum über den Umfang des Deckungsschutzes, um Pflichten des Versicherers auszulösen. Dies war zunächst der Fall, wenn der Versicherungsnehmer durch entsprechende Mitteilungen den Vertragszweck klarstellte oder seine Nachfragen einen Irrtum offenbarten¹⁰¹⁹. Darüber hinaus konnten dem Versicherer bei der Besichtigung eines zu versichernden Objektes durch seinen Versiche-

¹⁰¹⁴ Vgl. BGHZ 102, 194; *Kollhossler*, in: *P/M*, § 43, Rn. 17 und § 44, Rn. 2; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 18f; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 76-80; *Weyers/Wandt*, Rn. 319f.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Römer*, S. 11; *ders.*, *VersR* 1998, S. 1313 (1315).

¹⁰¹⁶ Vgl. *Ihle*, S. 244; *Miettinen*, S. 48; *Römer*, S. 22; *Stöbener*, *ZVersWiss* 2007, S. 465 (468).

¹⁰¹⁷ Vgl. *Heiss*, *ZVersWiss* 2003, S. 339 (343); *Miettinen*, S. 41.

¹⁰¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf *VersR* 1998, 845; OLG Hamm *VersR* 1995, 1345; RuS 1993, 108 (109); LG Osnabrück und OLG Oldenburg *VersR* 1998, 220 (221); OLG Stuttgart *VersR* 1999, 1268 (1269); LG Bochum RuS 2000, 85; LG Oldenburg *VersR* 1982, 890.

¹⁰¹⁹ Vgl. *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (54); *Ihle*, S. 245; *Schirmer*, RuS 1999, S. 133 (137).

rungsvertreter¹⁰²⁰ oder sonst anlässlich eines Besuchs beim Versicherungsnehmer Umstände bekannt werden, die auf einen bestimmten Versicherungsbedarf hindeuteten¹⁰²¹. Schließlich genügte der Rechtsprechung eine typisierte Betrachtungsweise, wonach der Versicherer auf ein Beratungsbedürfnis des Versicherungsnehmers schließen musste, wenn dieser sich in einer Situation befand, in der erfahrungsgemäß ein Informationsbedarf bestand¹⁰²². So musste der Versicherer einen türkischstämmigen Versicherungsnehmer beim Abschluss einer Kfz-Haftpflicht- oder Kaskoversicherung auf eine Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs der Versicherung auf Europa und damit auf den europäischen Teil der Türkei hinweisen¹⁰²³, nicht aber einen Versicherungsnehmer deutscher Abstammung¹⁰²⁴. Ebenso hatte der Versicherer einen Versicherungsnehmer, der ein Dachdeckerunternehmen betreibt, beim Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung darauf hinzuweisen, dass Haftpflichttrisiken, die aus der Vermietung von Gerüsten resultieren, gesondert abgesichert werden müssen, weil die Vermietung von Gerüsten im Dachdeckergewerbe üblich ist¹⁰²⁵.

Grundsätzlich anders gelagert war die Frage der Erkennbarkeit des Informationsbedarfs in den Fallgruppen „Komplexität der Materie“ sowie „Initiative des Versicherers“. Soweit ausnahmsweise wegen der komplizierten versicherungstechnischen und versicherungsrechtlichen Lage eine Aufklärungspflicht des Versicherers angenommen wurde, ging die Rechtsprechung in diesen Fällen wiederum von einer rein typisierten Betrachtungsweise aus, ohne dass der Versicherungsnehmer ein individuelles Informationsbedürfnis zum Ausdruck bringen musste. Soweit Initiativen des Versicherers für die Entstehung von Pflichten für maßgeblich gehalten wurden, kam es ausschließlich darauf an, dass dieser den Versicherungsnehmer der Gefahr eines unzureichenden Versicherungsschutzes aussetzte und damit selbst dafür sorgte, dass ein Bedarf nach Information und Aufklärung entstand.

Indem die Rechtsprechung die Erkennbarkeit des Informationsbedarfs davon abhängig machte, dass der Versicherungsnehmer diesen aufdeckte, dieser sich aus einer typisierten Betrachtungsweise ergab oder anlässlich eines Ortstermins wahrgenommen bzw. vom Versicherer hervorgerufen wurde, knüpfte sie Aufklärungspflichten allein an Tatsachen, die dem Versicherer aufgrund der Umstände des Einzelfalles bekannt waren¹⁰²⁶. Die Rechtsprechung ging indes nicht

¹⁰²⁰ Vgl. OLG Köln VersR 1993, 1385 (1386).

¹⁰²¹ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (54); Ihle, S. 246; Schirmer, RuS 1999, S. 133 (137).

¹⁰²² Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (55); Ihle, S. 250f.

¹⁰²³ Vgl. OLG Frankfurt VersR 1987, 579; VersR 1998, 1103 (1104); OLG Karlsruhe VersR 1988, 486; Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (55); Ihle, S. 250.

¹⁰²⁴ Vgl. OLG Koblenz ZfS 1998, S. 261.

¹⁰²⁵ Vgl. BGH VersR 1975, 77 (78).

¹⁰²⁶ Vgl. OLG Saarbrücken RuS 1997, 208 (210).

soweit, dass sie vom Versicherer verlangte, den Versicherungsnehmer zu befragen und auf dieser Grundlage sich erst Kenntnisse zu verschaffen, aus denen dann der Schluss auf einen Informationsbedarf gezogen werden konnte¹⁰²⁷. So formulierte der BGH, dass es nicht Sache des Versicherers sein könne, umfangreiche Befragungen durchzuführen, um festzustellen, ob für den Versicherungsnehmer möglicherweise eine andere als die beantragte Versicherungsart vorteilhafter sei¹⁰²⁸. In ähnlicher Weise ging das OLG Hamm davon aus, dass der Versicherer und sein Agent auch nicht ohne Anlass und von sich aus Befragungen durchführen, Wünsche des Versicherungsnehmers erforschen und ungefragt über abdeckbare Gefahren belehren müssen¹⁰²⁹. Die ablehnende Haltung der Rechtsprechung gegenüber einer Frage- oder Nachforschungspflicht des Versicherers wird auch deutlich, wenn das OLG Oldenburg einen Versicherer nicht für verpflichtet hielt, bei einer der Gebäudeversicherung die zu versichernden Räume auf atypische Risiken zu untersuchen¹⁰³⁰, oder wenn wiederum das OLG Hamm ausführte, dass ein Versicherungsagent Angaben der Versicherungsnehmer als richtig unterstellen könne und insoweit keine Nachfragen stellen müsse¹⁰³¹. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung Pflichten des Versicherers an ein ihm erkennbares Informationsbedürfnis des Versicherungsnehmers anknüpfte, ohne ihn darüber hinaus mit einer Frage- oder Nachforschungspflicht zu belasten.

bb. Inhalt der Pflichten

Eine weitere Gemeinsamkeit der aufgezeigten Fallgruppen besteht in dem Inhalt der auferlegten Pflichten. Die Rechtsprechung nahm in den meisten Fällen eine Pflicht des Versicherers, den Versicherungsnehmer über bestimmte Umstände aufzuklären oder auf bestimmte Risiken hinzuweisen, etwa darauf, dass Risikoausschlüsse den Abschluss einer Zusatzversicherung bedingen¹⁰³² oder dass für einen sofortigen Versicherungsschutz eine vorläufige Deckung vereinbart werden müsse¹⁰³³. Der Sache nach handelte es sich insoweit nur um Aufklärungspflichten¹⁰³⁴. Von echten Beratungspflichten, also der Pflicht eine Empfehlung auszusprechen, ging die Rechtsprechung nur in wenigen Fällen aus, wenn sie etwa auf eine Pflicht erkannt hat, die Konsultation eines sachverständigen Dritten zu empfehlen¹⁰³⁵. Wenn dennoch in der Rechtsprechung weitgehend syn-

¹⁰²⁷ Vgl. *Kieninger*, AcP 199, 190 (243).

¹⁰²⁸ Vgl. BGH VersR 1981, 621 (623).

¹⁰²⁹ Vgl. OLG Hamm RuS 2001, 334 (336).

¹⁰³⁰ Vgl. OLG Oldenburg RuS 1996, 31 (32).

¹⁰³¹ Vgl. OLG Hamm NVersZ 2000, 125.

¹⁰³² Vgl. OLG Frankfurt VersR 1987, 579 (579f); OLG Hamm RuS 2001, 335 (336); OLG Köln VersR 1993, 1385 (1386).

¹⁰³³ Vgl. BGH VersR 1978, 457 (458).

¹⁰³⁴ Vgl. *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (475).

¹⁰³⁵ Vgl. BGH VersR 1989, 472 (473).

onym von Aufklärungs- und Beratungspflichten gesprochen wurde¹⁰³⁶ und auch in der Literatur auf eine Differenzierung weitgehend verzichtet wurde¹⁰³⁷, gab diese Terminologie den Inhalt der jeweiligen Pflichten nicht zutreffend wieder. Zwar besteht zwischen der Pflicht, den Versicherungsnehmer auf Deckungslücken und die Möglichkeit, eine Zusatzversicherung abschließen oder eine vorläufige Deckung zu vereinbaren, hinzuweisen und der Pflicht, eine dementsprechende Empfehlung auszusprechen, nur ein geringer Unterschied. Schließlich liegt es für den Versicherungsnehmer infolge einer solchen Aufklärung nahe, einen erweiterten Versicherungsschutz zu vereinbaren. Anders als bei einer Empfehlung des Versicherers ist es jedoch der Versicherungsnehmer, der die ihm gegebenen Informationen eigenverantwortlich bewerten muss.

cc. Grenzen der Pflichten

Unabhängig von dem Inhalt der Pflichten, ob Aufklärung oder Beratung, lassen sich in der Rechtsprechung auch bestimmte Grenzen hinsichtlich ihrer Reichweite ausmachen.

(1.) Eigene Sachkunde des Versicherungsnehmers

Eine Grenze für die Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers bestand in einer eigenen Sachkunde oder zumindest höheren Bildung des Versicherungsnehmers bzw. in einer sachverständigen Beratung durch Dritte. Infolgedessen nahm die Rechtsprechung Aufklärungspflichten nur in einem geminderten Umfang an oder schloss diese vollständig aus¹⁰³⁸. So hielt das OLG Oldenburg einen Versicherer nicht für verpflichtet, einem Versicherungsnehmer bei der Ermittlung des Versicherungswerts 1914 behilflich zu sein, wenn dieser von einem sachverständigen Dritten, nämlich einem geschulten Mitarbeiter einer Sparkasse, beraten worden ist¹⁰³⁹. Ferner ging das OLG Köln davon aus, dass ein Versicherungsnehmer nicht über die Möglichkeit der Versicherung gegen die Unterschlagung eines PKW aufzuklären war, weil beim Vertragsschluss auch sein Vater anwesend war, der seit über 27 Jahren gewerbsmäßig LKW vermietete und nach eigenem Bekunden über solch ein Risiko unterrichtet war¹⁰⁴⁰. Schließlich wiesen sowohl das OLG Hamm¹⁰⁴¹ als auch das OLG Düsseldorf¹⁰⁴²

¹⁰³⁶ Vgl. BGH VersR 1992, 217 (218); OLG Hamm RuS 2001, 335 (336); OLG Köln VersR 1996, 1265; OLG Saarbrücken VersR 1999, 1367 (1369); RuS 1997, 208 (209f).

¹⁰³⁷ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (45); Römer, S. 7; ders., VersR 1998, S. 1313 (1314); Schirmer, RuS 1999, S. 133 (133f).

¹⁰³⁸ Vgl. OLG Düsseldorf VersR 1998, 845; OLG Hamm RuS 2001, 334 (336); VersR 1998, 356; VersR 1992, 49 (50); OLG Köln VersR 1996, 1265; OLG Oldenburg VersR 1993, 1226 (1227); Römer, S. 20f; ders., VersR 1998, S. 1313 (1317); Schirmer, RuS 1999, S. 133 (137).

¹⁰³⁹ Vgl. OLG Oldenburg VersR 1993, 1226.

¹⁰⁴⁰ Vgl. OLG Köln VersR 1996, 1265.

¹⁰⁴¹ Vgl. OLG Hamm RuS 2001, 334 (336), wonach ein Rechtsanwalt als Versicherungsnehmer intellektuell in der Lage sei, ein Bedingungsmerk zu lesen, zu verstehen und sich daher ein Bild

darauf hin, dass der Bildungsgrad des Versicherungsnehmers den Umfang der Aufklärungspflichten eines Versicherers mindern oder ausschließen könne.

(2.) Beschränkung der Pflichten auf das eigene Versicherungsangebot

Inhaltlich sah die Rechtsprechung eine weitere Grenze für Aufklärungspflichten des Versicherers in seinem eigenen Angebot an Versicherungsprodukten. Eine Pflicht, über fremde Versicherungsangebote aufzuklären oder darauf hinzuweisen, dass ein bestimmter Deckungsschutz bei einem Mitbewerber erlangt werden könne, bestand nicht¹⁰⁴³. So hielt das OLG Saarbrücken einen Versicherer nicht für verpflichtet, darüber aufzuklären, dass die von ihm angebotene Reiserücktrittsversicherung keinen Ersatz für nicht genutzte Reiseleistungen nach Abbruch einer Reise bietet, jedoch möglicherweise ein Konkurrent dieses Risiko versichern würde¹⁰⁴⁴.

(3.) Abraten von Versicherungsprodukten

Ob darüber hinaus eine weitere Grenze für die Aufklärungs- und Beratungspflichten in einem Abraten von Versicherungsprodukten zu sehen war, ist in erster Linie in der Literatur diskutiert worden.

Einerseits ist die Ansicht vertreten worden, dass ein Versicherer über die Grenzen des Versicherungsschutzes aufklären, jedoch nicht von einem Produkt abraten müsse. Es sei ausreichend, wenn dem Kunden bewusst werde, in welchen Punkten der Versicherungsschutz von seiner Risikolage abweiche¹⁰⁴⁵.

Andererseits wurde auch die Ansicht geäußert, dass ein Versicherer durchaus verpflichtet sein könne, vom Abschluss eines Versicherungsvertrages abzuraten¹⁰⁴⁶. Römer verwies insoweit auf einen Fall aus der Praxis, in dem ein Versicherer mit einem alkoholkranken, arbeitslosen Versicherungsnehmer mehrere Verträge abschloss, für deren Prämien dieser mehr als 25% seiner Arbeitslosenhilfe aufwenden musste.

Demgegenüber hielt das OLG Frankfurt einen Versicherer auch bei Kenntnis der Einkommensverhältnisse des Versicherungsnehmers nicht für verpflichtet, die-

über den gewährten Deckungsschutz zu machen. Im konkreten Fall wurde dennoch die Verletzung einer Aufklärungspflicht angenommen.

¹⁰⁴² Vgl. OLG Düsseldorf VersR 1998, 845 (847), wonach bei einem Marketingmanager einiges an geistigen und geschäftlichen Fähigkeiten erwartet werden könne und dem daher die Bedeutung der Versicherungssumme in der Hausratsversicherung sowie die Risiken einer eigenen Ermittlung des Versicherungswertes bekannt sein durfte.

¹⁰⁴³ Vgl. OLG Hamm VersR 1995, 1345 (1346); OLG Köln RuS 1995, 1995, S. 45; OLG Saarbrücken VersR 1999, 1367 (1369); Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (49); Ihle, S. 232; Köndgen, in: VersWissStud (24. Bd.), S. 139 (146); Schirmer, RuS 1999, S. 133 (136).

¹⁰⁴⁴ Vgl. OLG Saarbrücken VersR 1999, 1367 (1369).

¹⁰⁴⁵ Vgl. Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339 (369).

¹⁰⁴⁶ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (56); Kieninger, AcP 199, S. 190 (244); Köndgen, in: VersWissStud (24. Bd.), S. 139 (146); Rehberg, S. 163; Römer, S. 21; ders., VersR 1998, S. 1313 (1317).

sen darüber aufzuklären, dass die Prämien für mehrere neu abgeschlossene Versicherungsverträge unter Umständen dessen finanzielle Leistungsfähigkeit übersteigen könnten¹⁰⁴⁷. Eine Pflicht, vom Abschluss eines Versicherungsvertrages abzuraten, lehnte das OLG Stuttgart in einer neueren Entscheidung ausdrücklich ab¹⁰⁴⁸. Es stellte sich die Frage, ob ein Versicherer verpflichtet war, einem nicht gesetzlich rentenversicherten Versicherungsnehmer vom Abschluss einer privaten Rentenversicherung abzuraten. Dabei war ihm bekannt, dass dieser bereits vier Jahre vor Abschluss des Vertrages einen Herzinfarkt erlitten hatte und deswegen die Gefahr weiterer Infarkte bestand. Eine Pflicht des Versicherers, vom Vertragsschluss mit dem Argument abzuraten, er könne bald sterben, hielt das Gericht für zu weit gehend. Aufgabe des Versicherers sei es, den Versicherungsnehmer über wichtige Umstände aufzuklären, damit dieser über eine ausreichende Grundlage für eine eigenverantwortliche Entscheidung verfüge. Da der Versicherer die zur Auswahl stehenden Versicherungen erläutert habe, sei es Sache des Versicherungsnehmers gewesen, seinen Gesundheitszustand in seine Überlegungen einzubeziehen.

Soweit die Rechtsprechung in anderen Fällen den Versicherer für verpflichtet gehalten hat, etwa auf Deckungslücken hinzuweisen, hat sie ihn zwar der gesteigerten Gefahr ausgesetzt, dass ein Versicherungsnehmer keinen Vertrag mit ihm abschließt¹⁰⁴⁹. Insoweit musste dieser jedoch die Informationen bewerten und für sich den Schluss ziehen, vom Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Eine dementsprechende ausdrückliche Empfehlung war mit diesen Auskünften gerade nicht verbunden.

Es ist daher festzuhalten, dass eine Pflicht des Versicherers, vom Abschluss eines Versicherungsvertrages abzuraten, in der Rechtsprechung ausdrücklich nicht angenommen worden ist.

d. Kritik

Die bisherige Rechtsprechung zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten betonte die Eigenverantwortlichkeit des Versicherungsnehmers. Indem sie es grundsätzlich als seine Sache ansah, sich anhand von Werbebroschüren und den AVB über am Markt angebotene Deckungskonzepte zu informieren, ging sie jedoch an dessen Schutzbedürfnis vorbei. Zum einen bot sie keine Hilfestellung bei der Ermittlung des eigenen Versicherungsbedarfs. Zum anderen war der Verweis auf eine selbständige Information bereits dem Grunde nach zweifelhaft, denn eine Lektüre der AVB wird den Versicherungsnehmer aufgrund der gesetzesähnlichen Sprache und ihres Umfangs mitunter schwer fallen¹⁰⁵⁰. Zwar mag

¹⁰⁴⁷ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2001, 1542 (1543).

¹⁰⁴⁸ Vgl. OLG Stuttgart VersR 2007, 1071 (1072).

¹⁰⁴⁹ Vgl. auch allgemeiner: *Rehberg*, S. 163.

¹⁰⁵⁰ Vgl. *S. Hoffmann*, S. 228.

eine Klausel in AVB für sich gesehen bei unbefangener Lesart verständlich sein. Ohne nähere Kenntnisse des Versicherungsrechts und der Versicherungstechnik erschließt sich dem Versicherungsnehmer jedoch nicht unbedingt die Tragweite der einzelnen Bestimmungen¹⁰⁵¹.

Ebenfalls erscheint die von der Rechtsprechung begründete Nachfrageobliegenheit zweifelhaft, denn eine Frage des Versicherungsnehmers setzt voraus, dass dieser weiß, worauf es bei einer Versicherung entscheidend ankommt und wonach er zu fragen hat¹⁰⁵². Zwar ließ es die Rechtsprechung genügen, dass ein Versicherungsnehmer den Wunsch nach umfassender Sicherung zum Ausdruck brachte und knüpfte daran Aufklärungspflichten des Versicherers an, jedoch führte dies ohne weitere Kenntnis der Risikosituation des Versicherungsnehmers alleine nicht weiter. Vor allem aber, weil die Rechtsprechung den Versicherer nicht für verpflichtet hielt, den Versicherungsnehmer zu seiner Risikosituation zu befragen und sich damit ein Bild von dessen Wünschen und Bedürfnissen zu machen, privilegierte sie den Versicherungsnehmer, der von sich aus seine Lage schilderte und den von ihm verfolgten Vertragszweck offen legte¹⁰⁵³. Nur soweit sie auf eine typisierte Betrachtungsweise abstellte, um Aufklärungspflichten zu begründen, und nur soweit sie, in erster Linie begrenzt auf die Fälle der Ermittlung des Versicherungswertes 1914 in der Gebäudeversicherung, wegen der Komplexität der Materie eine spontane Aufklärungs- und Beratungspflicht des Versicherers annahm, trug sie dem strukturellen Ungleichgewicht zwischen den Parteien Rechnung.

Angesichts dessen mehrten sich in der Vergangenheit Stimmen, die entgegen der bisherigen Rechtsprechungspraxis weitergehende und vor allem spontane Aufklärungspflichten begründen wollten. So wurde vorgeschlagen, die §§ 31 und 32 WpHG analog auf den Abschluss eines Versicherungsvertrages anzuwenden, da es sich bei der Versicherungsberatung um einen Unterfall der Anlageberatung handele und ebenso wie diese eine Geschäftsbesorgung im Sinne von § 675 BGB sei, woraus die Pflicht zu einer anleger- und objektgerechten Beratung folge¹⁰⁵⁴. Teils wurde eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken im Kapitalanlagerecht befürwortet¹⁰⁵⁵. Andere schlugen vor, in Anlehnung an die §§ 16 ff VVG a.F. spontane Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers zu begründen¹⁰⁵⁶. Im

¹⁰⁵¹ Vgl. Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339 (343f).

¹⁰⁵² Vgl. Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339 (346).

¹⁰⁵³ Vgl. Ihle, S. 264.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Schwintowski, in: BK, § 1, Rn. 33; ders., JZ 1996, S. 702 (705 und 710); ders., VuR 1997, S. 83 (86f). Kritisch hierzu: Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339 (352); Kieninger, AcP 199, S. 190 (218); Rehberg, S. 122; Römer, in: VersWissStud (11. Bd.), S. 23 (24).

¹⁰⁵⁵ Vgl. Kieninger, AcP 199, S. 190 (236-247); im Ansatz auch: S. Hoffmann, S. 238-241. Kritisch hierzu: Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (41-44); Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339 (357-361); Römer, in: VersWissStud (11. Bd.), S. 23 (28).

¹⁰⁵⁶ Vgl. Heiss, ZVersWiss, 2003, S. 351ff.

Einzelnen muss auf diese zum alten Recht entwickelten Alternativvorschläge nicht weiter eingegangen werden, da sie vom Gesetzgeber des neuen VVG nicht aufgegriffen worden sind.

e. Alternativen zur Aufklärung und Beratung durch den Versicherer

Einen umfassenden Beratungsstandard boten die in der Rechtsprechung entwickelten Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers nicht. Ein Versicherungsnehmer, der einen weiterreichenden Informationsschutz erfahren wollte, musste daher von einem Vertragsschluss, vermittelt durch einen Versicherungsvertreter als Erfüllungsgehilfen des Versicherers, Abstand und alternative Beratungsangebote in Anspruch nehmen. In Betracht kamen hier zum einen die Inanspruchnahme der Dienste eines Versicherungsberaters und zum anderen die Vermittlung eines Versicherungsvertrages über einen Versicherungsmakler.

aa. Versicherungsberater

Der Beruf des Versicherungsberaters ist bereits kurz nach dem Inkrafttreten des VVG im Jahre 1908 entstanden, als sich Angehörige der Versicherungswirtschaft selbständig machten und sich als „Versicherungsberater“ bezeichneten. Ihre Aufgabe sahen sie darin, aufgrund der immer komplexer werdenden Versicherungsprodukte und der fehlenden Markttransparenz dem Versicherungsnehmer eine von der Versicherungswirtschaft unabhängige und neutrale Beratung zu bieten¹⁰⁵⁷. Da die Versicherungsberatung auf die Verwirklichung und Gestaltung von Rechten zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gerichtet war und der Versicherungsberater, der seine Mandanten gegen Honorar berät und vertritt, geschäftsmäßig die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ausübte, gehörte die Tätigkeit mit der Einführung des Rechtsberatungsgesetzes (RBerG) im Jahre 1935 zu den nach dem Gesetz erlaubnispflichtigen Berufen¹⁰⁵⁸. Eine Novellierung des RBerG im Jahre 1980 führte dazu, dass für den Beruf des Versicherungsberaters keine Ausübungserlaubnis mehr erteilt werden konnte, wodurch der Zugang zu diesem Beruf versperrt war. Im Jahre 1987 entschied das BVerfG, dass die Neufassung des RBerG wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig war¹⁰⁵⁹. Ende 1989 wurde der Beruf des Versicherungsberaters wieder in das RBerG aufgenommen¹⁰⁶⁰. Eine weitere Gefährdung dieses Berufes zeigte sich wiederum im Jahre 2004, als der erste Entwurf des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG)¹⁰⁶¹, welches zum 1. Juli 2008 das RBerG abge-

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Durstin/Peters*, VersR 2007, S. 1456 (1458); *Falken*, in: *VersWissStud* (4. Bd.), S. 147; *Moll-Iffland*, VW 1996, S. 1238.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Falken*, in: *VersWissStud* (4. Bd.), S. 147; *Moll-Iffland*, VW 1996, S. 1238.

¹⁰⁵⁹ Vgl. BVerfGE 75, 284.

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Durstin/Peters*, VersR 2007, S. 1456 (1457); *Moll-Iffland*, VW 1996, S. 1238.

¹⁰⁶¹ Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz-RDG) vom 12.12.2007, BGBl. I, S. 2840.

löst hat, veröffentlicht wurde und den Beruf des Versicherungsberaters nicht mehr erfasste. Das für den Entwurf zuständige damalige Bundeswirtschafts- und Arbeitsministerium sah keinen Bedarf für eine Regelung und wollte diesen Beruf in der Tätigkeit des Versicherungsmaklers aufgehen lassen. Im Ergebnis ist es jedoch auf die Intervention von Interessenverbänden hin gelungen, den Beruf des Versicherungsberaters zu erhalten¹⁰⁶².

Seit dem 22.05.2007 beurteilt sich die Zulassung zum Beruf des Versicherungsberaters nicht mehr nach dem RBerG bzw. dem RDG, sondern nach § 34e GewO¹⁰⁶³, der durch das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts in die GewO eingefügt wurde¹⁰⁶⁴. Darüber hinaus im Zuge der VVG-Reform eine Regelung in §§ 59 Abs. 4, 68 VVG über den Versicherungsberater aufgenommen worden, wonach bestimmte Regelungen über den Versicherungsmakler entsprechend auf den Versicherungsberater anzuwenden sind.

Grundlage der Tätigkeit des Versicherungsberaters ist ein Vertrag mit dem Versicherungsnehmer gewesen, der seine Pflichten regelte, wozu unter anderem die Bereiche Risiko- und Bedarfsanalyse, Vorschläge für die finanzielle Absicherung von Risiken sowie die Ausarbeitung von Deckungskonzepten und Versicherungslösungen gehörten¹⁰⁶⁵. Wegen der vertraglichen Pflicht zur Risiko- und Bedarfsanalyse, musste er sich ein Bild von den Lebens- und Vermögensverhältnissen des Versicherungsnehmers machen. Er hatte mit ihm über dessen Bedarf zu sprechen und sich nach bestehenden Versicherungen zu erkundigen, um auch eventuelle Deckungslücken zu ermitteln. Bei einem gewerblichen Versicherungsnehmer hatte er ferner die Betriebsstätten zu besichtigen und in Abhängigkeit von Art und Umfang des Gewerbes bestehende Risiken zu analysieren und Schadensfälle aus der Vergangenheit auszuwerten, um den Versicherungsbedarf zutreffend zu ermitteln¹⁰⁶⁶. Daran anknüpfend war es die Aufgabe des Versicherungsberaters, den ermittelten Bedarf in Versicherungslösungen umzusetzen, die der Risikolage des Kunden sowie seinen wirtschaftlichen Möglichkeiten unter Berücksichtigung des gesamten Marktangebotes gerecht wurden¹⁰⁶⁷. An diesen Pflichten hat sich durch die im Zuge der VVG-Reform getroffene Regelungen §§ 59 Abs. 4, 68 VVG nichts geändert. Zwar verweist § 68 S. 1 VVG unter anderem hinsichtlich der Beratungspflichten auf § 61 VVG, jedoch betont § 68 S. 2 VVG, dass weitergehende Pflichten des Versicherungsberaters

¹⁰⁶² Vgl. *Durstin/Peters*, VersR 2007, S. 1456 (1457).

¹⁰⁶³ Kritisch zur Neuregelung insbesondere in Bezug auf die Anforderungen an die berufliche Qualifikation: *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 129f.

¹⁰⁶⁴ Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 19. Dezember 2006, BGBl. I, S. 3232.

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Falken*, in: VersWissStud (4. Bd.), S. 147 (150).

¹⁰⁶⁶ Vgl. *Falken*, in: VersWissStud (4. Bd.), S. 147 (150).

¹⁰⁶⁷ Vgl. *Falken*, in: VersWissStud (4. Bd.), S. 147 (151f); *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 124f.

aus dem Auftragsverhältnis unberührt bleiben.

Der bedeutend weiter reichende Pflichtenkatalog des Versicherungsberaters gegenüber den in der Rechtsprechung entwickelten Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers lässt deutlich werden, dass bereits unter der Geltung des alten VVG mit der Inanspruchnahme eines Versicherungsberaters eine Möglichkeit bestand, einen umfassenden Beratungsschutz zu erhalten. Gleichwohl hat sich diese Beratungsalternative nicht durchgesetzt. Dies liegt zum einen daran, dass es bislang nur eine geringe Zahl an Versicherungsberatern gab und gegenwärtig gibt¹⁰⁶⁸ und zum anderen, dass für seine Tätigkeit ein Honorar fällig wird. Dies führte und führt zu einer finanziellen Doppelbelastung des Versicherungsnehmers, denn wenn dieser etwa über einen Versicherungsvertreter einen vom Versicherungsberater empfohlenen Versicherungsvertrag abschließt, vergütet er zusätzlich dessen Tätigkeit über die in die Prämie einkalkulierten Vertreterprovisionen, ohne einen spürbaren Nutzen zu haben¹⁰⁶⁹.

bb. Versicherungsmakler

Eine weitere Alternative, einen umfassenderen Beratungsschutz zu erlangen, bestand für den Versicherungsnehmer in der Inanspruchnahme eines Versicherungsmaklers. Bei diesem handelte es sich, ebenso wie bei einem Versicherungsvertreter, um einen Versicherungsvermittler (vgl. nun auch § 59 Abs. 1 VVG)¹⁰⁷⁰. Im Unterschied zum Versicherungsvertreter war der Versicherungsmakler als Handelsmakler¹⁰⁷¹ im Sinne des § 93 Abs. 1 HGB dem Grunde nach vom Versicherer unabhängig¹⁰⁷². Er wurde für den Versicherungsnehmer auf der Grundlage eines ausdrücklich oder konkludent abgeschlossenen Maklervertrages tätig¹⁰⁷³.

Dieser Maklervertrag, ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB mit werk- und dienstvertraglichen Elementen, führte zu einem Dauerschuldverhältnis, auf Grund dessen der Makler verpflichtet war, nicht nur einmalig einen Versicherungsvertrag zu vermitteln, sondern darüber hinaus den Versicherungs-

¹⁰⁶⁸ Im Jahre 1987 gab es nur 7 oder weniger als 50 Versicherungsberater, vgl. *Falken*, in: *VersWissStud* (4. Bd.), S. 105 (122): 7; *BVerfGE* 75, 284 (295): weniger als 50. Deren Anzahl erhöhte sich bis Mitte der neunziger Jahre auf 50, vgl. *Falken*, in: *VersWissStud* (4. Bd.), S. 147 (148); *Taupitz*, in: *VersWissStud* (4. Bd.), S. 105 (122). Gegenwärtig wird von etwa 60 bis 300 Versicherungsberatern deutschlandweit ausgegangen, vgl. *Durstin/Peters*, *VersR* 2007, S. 1456 (1460): ca. 200-300; *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 59, Rn. 100; *Reiff*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 125: ca. 60; *ders.*, *VersR* 2007, 717 (729): ca. 100.

¹⁰⁶⁹ Vgl. *Rehberg*, S. 265.

¹⁰⁷⁰ Vgl. *BGHZ* 94, 356 (359); *Kollhosser*, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 1; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 171.

¹⁰⁷¹ Übt er seine Tätigkeit nicht gewerbsmäßig aus, ist er demgegenüber Zivilmakler gemäß § 653 BGB, vgl. *BGHZ* 94, 356 (359); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 3-4.

¹⁰⁷² Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 1; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 171.

¹⁰⁷³ Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 3; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 171.

nehmer laufend hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Interessen zu betreuen¹⁰⁷⁴. Auch wenn der Versicherungsmakler, anders als in § 93 HGB vorgesehen, *ständig* mit der Wahrnehmung der Interessen des Versicherungsnehmers betraut war, änderte dies an seiner Stellung als Handelsmakler nichts, da § 93 HGB in diesem Punkte disponibel ist¹⁰⁷⁵. Gerade die Stellung als Handelsmakler ließ ein gesetzliches Schuldverhältnis zum Versicherer entstehen und führte damit zu einer „Doppelrechtsstellung“, die den Versicherungsmakler insbesondere wegen § 98 HGB dazu verpflichtete, wenn auch in einem geringeren Umfang als gegenüber dem Versicherungsnehmer, auch die Interessen des Versicherers zu berücksichtigen¹⁰⁷⁶. Ferner ergab sich eine weitere rechtliche Besonderheit hinsichtlich seiner Rechtsstellung, deren genaue dogmatische Grundlage umstritten war. Die Vergütung seiner Tätigkeit wurde nämlich im Falle eines erfolgreichen Vertragsschlusses nicht vom Versicherungsnehmer als Vertragspartner des Maklers geschuldet, sondern vom Versicherer, obwohl dieser am Abschluss des Vertrages nicht beteiligt war¹⁰⁷⁷.

Unabhängig von der „Doppelrechtsstellung“ des Versicherungsmaklers und dessen Vergütung durch den Versicherer waren seine Pflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer sehr weitgehend. So heißt es in dem sog. „Sachwalterurteil“ des BGH aus dem Jahre 1985, der Versicherungsmakler habe als Vertrauter und Berater des Versicherungsnehmers individuellen, für das betreffende Objekt passenden Versicherungsschutz zu besorgen. Deshalb sei er dem Versicherungsnehmer gegenüber üblicherweise meist sogar zum Abschluss des gewünschten Versicherungsvertrages verpflichtet. Dem entspreche, dass der Versicherungsmakler von sich aus das Risiko untersucht, das Objekt prüft und den Versicherungsnehmer ständig, unverzüglich und ungefragt über die für ihn wichtigen Ergebnisse seiner Bemühungen, das aufgegebenes Risiko zu platzieren, unterrichten müsse. Wegen dieser umfassenden Pflichten könne der Versicherungsmakler als treuhänderischer Sachwalter des Versicherungsnehmers bezeichnet werden¹⁰⁷⁸. Aus dieser Entscheidung des BGH sowie einschlägigen Stellungnahmen in der Literatur ließen sich die Pflichten des Versicherungsmaklers mit Blick auf die Beratung des Versicherungsnehmers wie folgt zusammenfassen:

Der Versicherungsmakler hatte zunächst eine eingehende Risikoanalyse durchzuführen¹⁰⁷⁹. Hierzu musste er sich beim Versicherungsnehmer darüber infor-

¹⁰⁷⁴ Vgl. Gruber, in: BK, Anhang zu § 48, Rn. 3 und 5; Kollhosser, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 4; Matusche-Beckmann, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 227f.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Kollhosser, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 4; Matusche-Beckmann, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 201.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Gruber, in: BK, Anhang zu § 48, Rn. 12; Kollhosser, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 20f; Matusche-Beckmann, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 203 und 299 ff.

¹⁰⁷⁷ Vgl. Gruber, in: BK, Anhang zu § 48, Rn. 15; Kollhosser, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 28; Matusche-Beckmann, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 202 und 317f.

¹⁰⁷⁸ Vgl. BGHZ 94, 356 (359).

¹⁰⁷⁹ Vgl. Kollhosser, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 5.

mieren, welche Risiken bestehen, und beurteilen, ob die Absicherung durch eine Versicherung sinnvoll ist¹⁰⁸⁰. Insoweit übernahm der Versicherungsmakler die Funktion, festzustellen, ob ein Bedarf für den Erwerb von Versicherungsschutz besteht. Da die Grundlage für diese Pflichten der Maklervertrag war, beschränkten sich diese in erster Linie auf das vom Versicherungsnehmer in Auftrag gegebene Risiko, konnten aber auch darüber hinaus gehen, insbesondere, wenn eine umfassende Risikoabdeckung gewünscht wurde¹⁰⁸¹.

Hatte der Versicherungsmakler die Risikosituation des Kunden untersucht, musste er ein geeignetes Deckungskonzept entwickeln¹⁰⁸². Es war daher seine Aufgabe, für den Versicherungsnehmer aus den am Markt angebotenen Versicherungsverträgen das bestmögliche Angebot zu ermitteln¹⁰⁸³, also einen geeigneten und vor allem solventen Versicherer als Vertragspartner zu suchen¹⁰⁸⁴, der einen Versicherungsschutz anbot, der das Risiko in umfassender Weise zu einem möglichst günstigen Preis absicherte¹⁰⁸⁵. Es kam daher darauf an, das Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis zu ermitteln, nicht jedoch das mit den niedrigsten Prämien. Nur in diesem Sinne war das im Zusammenhang mit den Pflichten des Versicherungsmaklers bemühte Schlagwort des „best advice“ zu verstehen¹⁰⁸⁶.

Die weit reichenden Pflichten des Versicherungsmaklers verdeutlichen, dass der Versicherungsnehmer unter der Geltung des alten VVG auch durch die Beauftragung eines Versicherungsmaklers einen umfassenderen Beratungsschutz erlangen konnte. Gleichwohl dürfen die aufgezeigten Pflichten nicht darüber hinwegtäuschen, dass trotz der rechtlich eindeutigen Stellung des Maklers als treuhänderischer Sachwalter wegen der Vergütung durch den Versicherer Anreize bestehen konnten, seinen Pflichten nicht in der gleichen, unabhängigen Weise nachzukommen, wie dies bei einem Versicherungsberater der Fall war.

Fraglich ist allerdings, ob auch nach der VVG-Reform die bisherigen Maklerpflichten unverändert fortbestehen. Ebenso wie der Versicherungsberater hat auch der Versicherungsmakler eine Regelung im VVG erfahren, insbesondere enthält § 59 Abs. 3 VVG eine Legaldefinition. Hinsichtlich der Beratungspflichten des Versicherungsmaklers finden sich die einschlägigen Regelungen nunmehr in §§ 60 Abs. 1 und 2 sowie 61 Abs. 1 VVG. Gemäß § 60 Abs. 1 VVG ist er verpflichtet, seinem Rat eine hinreichende Anzahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen zu Grunde zu legen, so dass er gemäß fachlicher Kriterien eine Empfehlung dahin abgeben kann, welcher Versicherungsver-

¹⁰⁸⁰ Vgl. *Matusche*, S. 52f; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 234 und 236.

¹⁰⁸¹ Vgl. *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 233.

¹⁰⁸² Vgl. *Matusche*, S. 52f; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 236.

¹⁰⁸³ Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, Nach § 48, Rn. 5; *Matusche*, S. 56.

¹⁰⁸⁴ Vgl. *Matusche*, S. 56f; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 237.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Matusche*, S. 65-69; *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 239.

¹⁰⁸⁶ Vgl. *Werber*, *VersR* 1992, S. 917 (921f).

trag geeignet ist, die Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu erfüllen. Demnach ist der Versicherungsmakler nicht mehr gehalten, eine Empfehlung auf eine Untersuchung *sämtlicher* am Markt angebotener Versicherungsverträge und Versicherer zu stützen. Bei wörtlicher Lesart des § 61 Abs. 1 VVG scheint er auch nur noch verpflichtet zu sein, anlassbezogen zu befragen und zu beraten. Dies liefe unter anderem darauf hinaus, dass er nicht mehr verpflichtet ist, von sich aus eine Risikoanalyse durch Befragung des Versicherungsnehmers zu erstellen.

Im Einzelnen kann der aufgezeigten Problematik nicht nachgegangen werden. Zumindest was eine Einschränkung der Frage- und Beratungspflicht des Versicherungsmaklers angeht, passen bereits die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F.¹⁰⁸⁷ in erster Linie nur auf den Versicherungsvertreter, nicht aber auf den Versicherungsmakler, insbesondere soweit es heißt, dass im Ergebnis die bisherige Rechtsprechung kodifiziert werden solle¹⁰⁸⁸. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch weiterhin den Versicherungsmakler weitergehende vertragliche Pflichten treffen können¹⁰⁸⁹. So heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 42a Abs. 3 VVG a.F.¹⁰⁹⁰, der Versicherungsmakler sei Interessenwahrer und Sachwalter des Versicherungsnehmers¹⁰⁹¹. In der Begründung zu § 42b Abs. 1 VVG a.F.¹⁰⁹² wird überdies ausgeführt, die Beratung erfolge auf der Grundlage der auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträge¹⁰⁹³. Somit zeigt sich, dass der Gesetzgeber von der hergebrachten Rechtsstellung des Versicherungsmaklers auch im neuen VVG ausgeht.

5. Neue Rechtslage

Nachdem die Vorgaben der RL 2002/92/EG sowie die bisherige Rechtslage zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten untersucht worden sind, ist die Frage zu beantworten, welche Anforderungen die aus § 6 Abs. 1 VVG folgenden Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation an den Versicherer stellen und wie diese zu erfüllen sind.

a. Pflicht zur Frage

Es ist bereits erwähnt worden, dass die Ermittlung des eigenen Bedarfs an Versicherungsschutz für den Versicherungsnehmer eine schwer zu bewältigende Auf-

¹⁰⁸⁷ Nun § 61 VVG.

¹⁰⁸⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Matusche-Beckmann*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 5, Rn. 302; *Michaelis*, in: *PK-VVR*, § 61, Rn. 18-21; *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 61, Rn. 7-9; *Reiff*, S. 21, *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 69f.

¹⁰⁹⁰ Nun § 59 Abs. 3 VVG.

¹⁰⁹¹ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 22 re. Sp. und 23 li. Sp.

¹⁰⁹² Nun § 60 Abs. 1 VVG.

¹⁰⁹³ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 23 li. Sp.

gabe darstellt, die auch durch die Informationserteilung gemäß § 7 Abs. 1 VVG nicht gelöst werden kann¹⁰⁹⁴. Auch hat die Untersuchung der bisherigen Rechtsprechung gezeigt, dass die Ermittlung des eigenen Versicherungsbedarfs als ureigene Aufgabe des Versicherungsnehmers angesehen wurde¹⁰⁹⁵ und daher bislang keine Fragepflicht des Versicherers angenommen worden ist¹⁰⁹⁶. Daher geht die Normierung einer Fragepflicht nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers über die bisherige Rechtsprechung hinaus. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht die Aussage in der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F.¹⁰⁹⁷, an den die Pflichten des Versicherers nach § 6 Abs. 1 VVG angelehnt sind¹⁰⁹⁸ und derzufolge die bisherige Rechtsprechung kodifiziert werden solle¹⁰⁹⁹, nicht als eine Beschränkung auf die nach früherem Recht bestehenden Beratungsstandards verstanden werden¹¹⁰⁰. Vielmehr zeigt sich in diesem Punkt eine Annäherung an Beratungsabläufe, wie sie bei der Inanspruchnahme der Dienste von Versicherungsberatern und Versicherungsmaklern bestehen, zu deren wesentlichen Aufgaben eine Risikoanalyse und somit die Ermittlung des Versicherungsbedarfs gehört¹¹⁰¹. Der Gesetzgeber trägt somit dem von ihm erklärten Ziel Rechnung, durch die Neuregelung der Beratungspflichten in § 6 Abs. 1 VVG und der Informationspflichten in § 7 Abs. 1 VVG den Verbraucherschutz zu verbessern¹¹⁰².

Allerdings ist die Pflicht des Versicherers zur Frage nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers nicht unbedingt ausgestaltet worden. § 6 Abs. 1 VVG bestimmt, dass der Versicherer zu fragen hat, „soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation hierfür Anlass besteht“. Diese Einschränkungen der Fragepflicht sind im Gesetzgebungsverfahren sowohl zu § 42c VVG a.F. als auch zu § 6 Abs. 1 bzw. 61 Abs. 1 VVG insbesondere vom Bundesrat kritisiert worden, der eine Streichung dieser Bedingung der Fragepflicht erreichen wollte¹¹⁰³. Demgegenüber hat sich der Gesetzgeber bewusst für eine Einschränkung entschieden, um so einen Kompromiss zwischen Verbraucherschutzinteressen und dem Beratungsaufwand von Versicherungsvermittlern und Versicherern zu finden. Ziel sollte es sein, mit dem Anlassbezug die Möglichkeit

¹⁰⁹⁴ Vgl. oben unter C. IV. 2.

¹⁰⁹⁵ Vgl. oben unter C. IV. 4. a.

¹⁰⁹⁶ Vgl. oben unter C. IV. 4. c. aa.

¹⁰⁹⁷ Nun § 61 VVG.

¹⁰⁹⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

¹⁰⁹⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹¹⁰⁰ Vgl. im Ergebnis auch *Franz*, *VersR* 2008, S. 298; *Marlow/Spuhl*, S. 24; *Schimikowski/Höra*, S. 104; *Stöbener*, *ZVersWiss* 2007, S. 465 (473).

¹¹⁰¹ Vgl. *Abram*, *RuS* 2005, S. 137 (141) und oben unter C. IV. 4. e. Ähnlich *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 22 und 24, der von einer Pflicht des Versicherers zur Risikoanalyse ausgeht, welche aber anders aussehe, als die eines Versicherungsmaklers.

¹¹⁰² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

¹¹⁰³ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 32 li. Sp. und BT-Drucks. 16/3945, S. 125 re. Sp.

zu eröffnen, den erforderlichen Aufwand individuell anzupassen¹¹⁰⁴. Daher heißt es auch in der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F., die Neuregelung solle nicht auf die Erstellung einer allgemeinen Risikoanalyse hinauslaufen. Auch solle keine eingehende Ermittlungs- und Nachforschungstätigkeit mit der Pflicht zur Frage verbunden sein. Es solle eine angabenorientierte Beratung sichergestellt werden, insbesondere wenn der Versicherungsnehmer von sich aus keine oder nur unzureichende Angaben macht¹¹⁰⁵.

Es stellt sich daher das Problem, wie weit die Fragepflicht reicht. Hierzu ist zunächst zu klären, wonach der Versicherer zu fragen hat, was also der Gegenstand der Fragepflicht ist (unter aa.). Im Anschluss daran werden die Voraussetzungen erörtert, die zur Entstehung der Fragepflicht führen (unter bb.). Schließlich werden deren inhaltliche Reichweite und Grenzen (unter cc.) untersucht.

aa. Gegenstand der Fragepflicht

§ 6 Abs. 1 S. 1 VVG verpflichtet den Versicherer, nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu fragen. Fraglich ist jedoch, was mit den Wünschen und Bedürfnissen gemeint ist.

Unter einem „Wunsch“ ist kurz gefasst ein „Begehren, das jemand hegt“ zu verstehen¹¹⁰⁶. Nach den Wünschen des Versicherungsnehmers zu fragen, bedeutet somit, dass der Versicherer sich ein Bild von den persönlichen Vorstellungen und Zielen des Versicherungsnehmers machen muss, die dieser durch den Erwerb von Versicherungsschutz erreichen möchte¹¹⁰⁷.

Geht es bei der Frage nach den Wünschen um die subjektiven Vorstellungen des Kunden, schließt sich die Frage an, was unter einem „Bedürfnis“ zu verstehen ist. Der Begriff „Bedürfnis“ lässt sich als „Wunsch“, als „Verlangen nach etwas“ oder auch als „jemandes Gefühl, einer Sache zu bedürfen“ verstehen¹¹⁰⁸. So verstanden führte jedoch die Verwendung des Begriffes „Bedürfnis“ zu einer unnötigen Sinn Doppelung, da es wiederum um die subjektiven Vorstellungen des Versicherungsnehmers ginge. Näher liegt es daher, anstelle des Begriffes „Bedürfnis“, den des „Bedarfs“ zu verwenden¹¹⁰⁹. Unter dem Begriff „Bedarf“ ist „das in einer Lage Benötigte“ zu verstehen¹¹¹⁰, womit ein objektives Moment angesprochen wird. Liest man den Begriff des „Bedürfnisses“ als „Bedarf“, ergänzt dieser die Frage nach den subjektiven Vorstellungen um die Frage nach Umständen, die auf den objektiven Bedarf des Versicherungsnehmers schließen lassen. Dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffes „Bedürfnis“

¹¹⁰⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/2475, S. 4 und BT-Drucks. 16/3945, S. 130 re. Sp.

¹¹⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹¹⁰⁶ *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, Stichwort: Wunsch.

¹¹⁰⁷ Vgl. *Beenken/Sandkühler*, S. 64 zu § 42c VVG a.F.

¹¹⁰⁸ *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, Stichwort: Bedürfnis.

¹¹⁰⁹ Vgl. *Beenken/Sandkühler*, S. 65 zu § 42c VVG a.F.

¹¹¹⁰ *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, Stichwort: Bedarf.

tatsächlich etwas anderes als den objektiven Bedarf meint, dürfte nicht der Fall sein. Zum einen hat er sich bei der Formulierung des § 6 Abs. 1 VVG an der deutschen Übersetzung der RL 2002/92/EG orientiert, die zwar ebenfalls von „Wünschen“ und „Bedürfnissen“ spricht, in deren englischer Version jedoch von „demands“, also Wünschen und „needs“ die Rede ist, was sich als „dringende Notwendigkeit“ im Sinne von „nötig haben“ oder „brauchen“¹¹¹¹ übersetzen lässt und damit wiederum ein objektives Moment betrifft. Zum anderen knüpft eine Beratung sinnvollerweise nicht nur an die subjektiven Vorstellungen des Kunden an, sondern auch an dessen objektiven Bedarf¹¹¹². Ein Beispiel von *Scholl*¹¹¹³ erläutert den Unterschied: Ein Versicherungsnehmer, der aus seiner selbständigen Tätigkeit nur ein sehr geringes Einkommen erzielt, äußert den Wunsch, etwas für seine Rente zu tun und fragt nach einer privaten Rentenversicherung. Eine nennenswerte private Altersvorsorge könnte er jedoch nur bei einem höheren Einkommen aufbauen. Demgegenüber ist das Risiko, bis zum Renteneintritt berufsunfähig zu werden, ungleich größer. Der Versicherungsnehmer hat somit das Bedürfnis nach einer privaten Rentenversicherung, sein objektiver Bedarf entspricht demgegenüber eher dem Abschluss einer in seiner Situation finanzierbaren Berufsunfähigkeitsversicherung.

Zusammengefasst ist somit nach den subjektiven Vorstellungen des Kunden sowie nach Umständen zu fragen, die auf den tatsächlichen Bedarf des Versicherungsnehmers schließen lassen.

bb. Voraussetzungen der Fragepflicht

(1.) Anlass zur Frage

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG ist nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu fragen, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, der Person des Versicherungsnehmers sowie dessen Situation hierfür ein Anlass besteht. Nicht nach dem Wortlaut, wohl aber nach der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F. soll diese Aufzählung nur beispielhaft, also nicht abschließender Natur sein¹¹¹⁴. Folglich können sinngemäß auch solche Umstände herangezogen werden, die bereits bislang nach der Rechtsprechung für die Entstehung von Aufklärungs- und Beratungspflichten maßgeblich waren¹¹¹⁵, immerhin sind nach neuem Recht die Voraussetzungen der Fragepflicht die gleichen wie für die Entstehung der Pflicht zur Beratung¹¹¹⁶.

¹¹¹¹ Vgl. *Wildhagen/Heraucourt*, Stichwort „need“; ähnlich: *Beenken/Sandkühler*, S. 65; *Scholl*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 33 (40f).

¹¹¹² Vgl. im Ergebnis *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 20. Ähnlich *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 21, der zwischen „subjektiven Wünschen“ und „objektiven Bedürfnissen“ unterscheidet.

¹¹¹³ Vgl. *Scholl*, in: *Kollhosser* (Hrsg.), S. 39 (40f).

¹¹¹⁴ Vgl. *BT-Drucks.* 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹¹¹⁵ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 16; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 2.

¹¹¹⁶ Vgl. unten unter C. IV. 5. b. aa.

Die einzelnen Anlass gebenden Umstände bilden untereinander ein bewegliches System¹¹¹⁷, deren unterschiedliche Gewichtung nach den Umständen des Einzelfalls über die Entstehung und Reichweite der Fragepflicht des Versicherers entscheidet¹¹¹⁸. Deutlich wird dies zunächst anhand des im Gesetz genannten Merkmals der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen. Zum Beginn eines Beratungsgesprächs steht nämlich keineswegs fest, welche Versicherung dem Versicherungsnehmer angeboten werden kann. Insbesondere wenn der Versicherungsnehmer nicht von vornherein den Wunsch nach einer bestimmten Versicherung zum Ausdruck bringt, etwa nach einer Kfz-Haftpflichtversicherung fragt, um einen PKW anmelden zu können, ist der Versicherer *aufgrund der Person des Versicherungsnehmers* verpflichtet zu fragen, welche Wünsche dieser hat, um so zu ermitteln, ob und was für eine Versicherungslösung für ihn in Betracht kommt¹¹¹⁹. Umgekehrt kann aber der konkrete Wunsch nach einem bestimmten Produkt nicht für sich allein den Versicherer von der Pflicht befreien, Fragen zu stellen. Wenn ein Versicherungsnehmer den Wunsch nach einer privaten Haftpflichtversicherung äußert, weil er sich als Handwerksmeister selbständig machen will, ergibt sich *aus der Situation des Kunden* ein Anlass dafür zu fragen, ob er in der Tat nur private Haftpflichtrisiken abdecken will oder ob sein Bedarf nicht vielmehr darin besteht, eine Haftpflichtversicherung für seinen Betrieb abschließen zu wollen, um die gewerblichen Haftpflichtrisiken abzudecken. Es zeigt sich also, dass das Merkmal der Schwierigkeit, eine angebotene Versicherung zu beurteilen, gar nicht zum Tragen kommen muss, um eine Fragepflicht zu begründen.

Zugleich zeigt das Merkmal der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, die Verwobenheit dieses mit den anderen im Gesetz genannten Merkmalen. Einerseits kann die Schwierigkeit, eine angebotene Versicherung zu beurteilen, allein in objektiver Hinsicht bestehen, weil es sich bei der angefragten Versicherung um ein umfangreiches und komplexes Produkt handelt, dessen Zweck und Reichweite nicht allgemein bekannt sind¹¹²⁰. Andererseits kann eine Versicherung aber auch aufgrund von subjektiven Umständen schwierig zu beurteilen sein, vor allem was deren Nutzen und damit ihre Bedeutung für den Versicherungsnehmer angeht¹¹²¹. So sieht die Gesetzesbegründung eine Hundehaftpflichtversicherung als ein einfaches Produkt an¹¹²². Aufgrund der *Situation des Kunden* kann es jedoch im Einzelfall schwierig sein, ob der Kunde für diese

¹¹¹⁷ Vgl. zum Begriff des beweglichen Systems *Breidenbach*, S. 61f; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (231) jew. m.w.N.

¹¹¹⁸ Ähnlich *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 2 und 7, der auf eine Interessenabwägung abstellt.

¹¹¹⁹ Vgl. *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 8f.

¹¹²⁰ Vgl. *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 14.

¹¹²¹ Zweifelnd *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 14.

¹¹²² Vgl. *BT-Drucks.* 16/1935, S. 24 li. Sp.

Versicherung einen konkreten Bedarf hat. So ist es denkbar, dass ein Versicherungsnehmer den Abschluss mehrerer unterschiedlicher Versicherungen beabsichtigt und dieser sich unter anderem im Rahmen des geführten Gesprächs allgemein dahin äußert, schon mehrfach wegen seines Hundes Schwierigkeiten mit Nachbarn und Passanten gehabt zu haben. Wenn der Versicherungsnehmer sich wegen der wirtschaftlichen Belastung durch die einzelnen ins Auge gefassten Versicherungen im Hinblick auf den Abschluss der Hundehaftpflichtversicherung unschlüssig zeigt, ist der Versicherer verpflichtet, aufgrund der geschilderten Situation des Kunden zumindest nach der Hunderasse und der Art der bisherigen Vorkommnisse zu fragen, um so den individuellen Nutzen dieser Versicherung einschätzen zu können. Ziel muss es dann sein, den tatsächlichen Bedarf des Kunden abzuschätzen, um auf dieser Grundlage dem Versicherungsnehmer eine Empfehlung über den Abschluss dieser vermeintlich einfachen Versicherung zu geben.

Neben der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, nennt das Gesetz als weitere Anlässe für eine Fragepflicht des Versicherers die Person des Versicherungsnehmers sowie dessen Situation. Gründe, die in der Person des Versicherungsnehmers liegen und eine Fragepflicht des Versicherers begründen können, lassen sich den bisher in der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen entnehmen, wie etwa einem erkennbaren Irrtum des Versicherungsnehmers über die Bedeutung und Reichweite des angebotenen Versicherungsschutzes¹¹²³. Hier kann der Versicherer verpflichtet sein nachzufragen, was der Kunde überhaupt mit der angefragten Versicherung zu erreichen wünscht. Daher ist eine Fragepflicht nach dem Bedarf des Versicherungsnehmers anzunehmen, wenn dieser erkennbar türkischer Abstammung ist und nach einer Kfz-Versicherung fragt. Soweit die vom Versicherer angebotenen Versicherungen ihren räumlichen Geltungsbereich auf Europa beschränken¹¹²⁴ und damit den asiatischen Teil der Türkei ausnehmen, jedoch ein weiter gehender Versicherungsschutz durch eine entsprechende Vereinbarung erlangt werden kann, ist der Versicherer aufgrund der Person bzw. Situation des Versicherungsnehmers verpflichtet zu fragen, ob ein derartiger Bedarf besteht¹¹²⁵.

(2.) Erkennbarkeit des Anlasses

Nach der bisherigen Rechtsprechung war die Entstehung von Aufklärungs- und Beratungspflichten von einem für den Versicherer erkennbaren Umstand abhän-

¹¹²³ Vgl. im Ergebnis *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 18.

¹¹²⁴ Vgl. A. 1.4.1 AKB 2008 für die Kfz-Haftpflichtversicherung; A. 2.5 AKB 2008 für die Kaskoversicherung.

¹¹²⁵ Vgl. im Ergebnis *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 17. A.A. *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 34: Allein aus der fremden Staatsangehörigkeit eines in Deutschland lebenden Versicherungsnehmers ergebe sich noch kein Anlass anzunehmen, er könne sich jederzeit mit dem versicherten Fahrzeug in seine Heimat begeben.

gig¹¹²⁶. Im Wortlaut von § 6 Abs. 1 VVG ist demgegenüber nicht von einem *erkennbaren*, sondern nur von einem Anlass die Rede. Es ist somit zweifelhaft, ob der Anlass für die Fragepflicht erkennbar sein muss.

Im Zuge der Diskussion um die Entstehung des Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts wurde von Seiten der Versicherungswirtschaft zu § 42c VVG a.F. vorgeschlagen, das Merkmal „erkennbar“ in den Gesetzestext aufzunehmen¹¹²⁷. Infolge dieser fehlenden Klarstellung im Gesetz wird in der Literatur sowohl zu den Beratungspflichten des Versicherers als auch zu denen des Versicherungsvermittlers die Ansicht geäußert, für die Entstehung einer Frage- und Beratungspflicht komme es nicht auf die Erkennbarkeit eines Anlasses an, sondern dieser müsse nur objektiv gegeben sein¹¹²⁸.

Begründet wird diese Ansicht damit, dass die Erkennbarkeit ein Element der Fahrlässigkeit und somit des *Verschuldens* bei einer Pflichtverletzung des Versicherers sei. Käme es auf einen erkennbaren Anlass an, um eine Pflicht zu begründen, führte dies zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Versicherungsnehmers, da dieser bei der *Pflichtverletzung* die Erkennbarkeit des Anlasses darlegen und beweisen müsste. Das Verschulden und damit die Erkennbarkeit solle nach der Fassung des Gesetzes jedoch nicht vom Versicherungsnehmer zu beweisen sein, vielmehr habe sich der Versicherer zu exkulpieren¹¹²⁹. Darüber hinaus könne es bei § 6 Abs. 1 VVG deswegen nicht auf einen erkennbaren Anlass ankommen, weil dies zu einem Widerspruch zum Wortlaut des § 6 Abs. 4 VVG führte, wonach es für die Entstehung der nachvertraglichen Frage- und Beratungspflicht auf einen erkennbaren Anlass ankommt¹¹³⁰.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Ein Anlass lässt sich umschreiben als „Beweggrund“, „Triebfeder“ oder schlicht „Grund“¹¹³¹. Wenn eine Nachfrage des Versicherers durch einen „Grund“ oder „Beweggrund“ veranlasst sein soll, der gleichsam als „Triebfeder“ das Verhalten des Versicherers steuert, bedingt dies notwendigerweise, dass die Umstände, die für den Versicherer einen Anlass bilden, erkennbar sein müssen, damit dieser sein Verhalten hiernach ausrichten kann. Folglich gewinnt die Erkennbarkeit eines Umstandes bereits auf Tatbestands-ebene an Bedeutung, auch wenn zuzugeben ist, dass die Vorhersehbarkeit als Element der Fahrlässigkeit¹¹³² ebenfalls die Erkennbarkeit eines Umstandes bedingt, um zu einem Verschuldensvorwurf zu gelangen, sich hierin aber gerade

¹¹²⁶ Vgl. oben unter C. IV. 4. c. aa.

¹¹²⁷ Vgl. *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 80 m.w.N.

¹¹²⁸ Vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 6 und 10; *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 80; *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (468f).

¹¹²⁹ Vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 10 und 45; *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 80; *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (468f).

¹¹³⁰ Vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 6 und 35; *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (469).

¹¹³¹ *Duden*, Die sinn- und sachverwandten Wörter nach neuer Rechtschreibung, Stichwort: Anlass.

¹¹³² Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 276, Rn. 20.

wegen der anlassbezogenen Ausgestaltung der Fragepflicht nicht erschöpft. Dementsprechend begegnet auch die Behauptung einer Beweislastumkehr zu Lasten des Versicherungsnehmers Bedenken. Nach allgemeinen Regeln der Beweislast hat jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm darzulegen und zu beweisen¹¹³³, im Falle der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht also unter anderem, dass die verletzte Pflicht auch tatsächlich bestand¹¹³⁴. Indem sich die gesetzlich angeordnete Beweislastumkehr nur auf das Verschulden, nicht aber auf die Pflichtverletzung bezieht, lässt die Erkennbarkeit eines Anlasses als tatbestandliche Voraussetzung einer Fragepflicht die gesetzliche Beweislastverteilung unberührt. Zudem bringt die in § 6 Abs. 5 VVG geregelte Beweislastumkehr hinsichtlich der Verschuldens der Sache nach keine Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtslage, denn Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung der in der Rechtsprechung angenommenen Aufklärungs- und Beratungspflichten knüpften an § 280 Abs. 1 BGB an¹¹³⁵, weswegen bereits bislang gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Verschulden des Versicherers vermutet wurde. Schließlich kann nicht mit einem Verweis auf § 6 Abs. 4 VVG davon ausgegangen werden, dass es nur bei den nachvertraglichen Pflichten auf eine Erkennbarkeit ankomme, nicht aber bei den vorvertraglichen Pflichten des Abs. 1. Es leuchtet nicht ein, warum das eine Mal die Entstehung einer Frage- und Beratungspflicht von der Erkennbarkeit abhängen soll, das andere Mal jedoch nicht, schließlich müssten die Vertreter dieser Ansicht auch bei den Pflichten nach § 6 Abs. 4 VVG mit Blick auf die Regelung des § 6 Abs. 5 S. 2 VVG konsequenterweise den im Rahmen von § 6 Abs. 1 S. 1 VVG erhobenen Einwand der Beweislastumkehr geltend machen. In der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 4 VVG heißt es zwar, dass gemäß Abs. 4 S. 1 dem Versicherer die Pflicht nach Abs. 1 S. 1 auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses obliege, soweit hierfür objektiv ein Anlass bestehe, der für den Versicherer erkennbar sei¹¹³⁶. Dies deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass ein Pflichten begründender Anlass auch ohne Erkennbarkeit gegeben sein kann. Demgegenüber ist in der Begründung zu § 42c VVG a.F. im Hinblick auf die Pflichten des Versicherungsvermittlers, denen diejenigen des Versicherers nachgebildet sind¹¹³⁷, die Rede von einem *erkennbaren* Anlass, nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu fragen¹¹³⁸. Dieses Verständnis trägt zum einen der Bedeutung des Ausdrucks „Anlass“ Rechnung und steht zum anderen im Ein-

¹¹³³ Vgl. statt vieler Reichold, in: *T/P*, Vorbem. § 284, Rn 23.

¹¹³⁴ Vgl. Rixecker, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 47.

¹¹³⁵ Vgl. Kollhosser, in: *P/M*, § 43, Rn. 36; Reiff, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 94.

¹¹³⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 li. Sp.

¹¹³⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

¹¹³⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

klang mit der erklärten Absicht des Gesetzgebers, die bisherige Rechtsprechung zu kodifizieren, welche die Erkennbarkeit als Pflichten begründenden Umstand ansah. Folglich ist davon auszugehen, dass ein Anlass für den Versicherer erkennbar sein muss¹¹³⁹, wobei diesem gemäß § 70 S. 1 VVG das Wissen seines Versicherungsvertreters zugerechnet wird. Wegen der Umstände, aus denen die Erkennbarkeit des Anlasses für den Versicherer folgt, kann sinngemäß auf die Rechtsprechung zum alten Recht verwiesen werden¹¹⁴⁰.

cc. Reichweite und Grenzen der Fragepflicht

Der Gesetzgeber wollte zum einen keine Pflicht begründen, eine allgemeine Risikoanalyse zu erstellen¹¹⁴¹. Eine derartige Pflicht trifft schließlich auch Versicherungsberater und Versicherungsmakler nur dann, wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung getroffen worden ist. Der Ausschluss der Pflicht, eine *allgemeine* Risikoanalyse zu erstellen, führt in erster Linie dazu, dass sich Fragen des Versicherers nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers grundsätzlich auf den angefragten Versicherungsschutz beschränken können. Es ist jedoch bereits erwähnt worden, dass ein Versicherungsnehmer den Versicherer nicht immer mit konkreten Vorstellungen hinsichtlich eines bestimmten Versicherungsprodukts aufsuchen muss. In diesem Fall ist der Versicherer verpflichtet, zunächst allgemein nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu fragen, um herauszufinden, was für eine Versicherung für diesen überhaupt in Frage kommt¹¹⁴². Hat sich jedoch ein bestimmter Wunsch herauskristallisiert, beschränkt sich die Fragepflicht des Versicherers indes auf das nunmehr in Aussicht genommene Versicherungsprodukt. So ist der Versicherer in dem bereits genannten Beispiel des Handwerksmeisters¹¹⁴³ lediglich verpflichtet, Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen in Bezug auf das Thema Haftpflichtversicherung zu stellen, nicht aber was die Bereiche private Altersvorsorge oder Berufsunfähigkeit angeht. Insoweit besteht schließlich kein Anlass.

Gleichwohl weist ein Beratungsgespräch eine gewisse Dynamik auf, denn soweit ein Anlass zur Frage nach Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers besteht, können Umstände zu Tage treten, die auf einen weitergehenden Versicherungsbedarf hindeuten. In dieser Situation wird der Versicherer sich

¹¹³⁹ Vgl. *Franz*, VersR 2007, S. 298 (298f); *ders.*, DStR 2007, S. 303; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 16; *T. Schneider*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 1a, Rn. 20; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 272. Unklar *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 17 und 44, der einerseits auf die Erkennbarkeit des Anlasses für die Entstehung von Beratungspflichten abstellt, andererseits aber dem Versicherer wegen § 6 Abs. 5 S. 2 VVG die Beweislast für die fehlende Erkennbarkeit eines Beratungsanlasses auferlegt. Ebenso jetzt auch: *Reiff*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 5, Rn. 162 zu § 63 VVG.

¹¹⁴⁰ Vgl. oben unter C. IV. 4. c. aa.

¹¹⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

¹¹⁴² Vgl. *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 8.

¹¹⁴³ Vgl. oben unter C. IV. 5. a. bb. (1.).

nicht auf den Standpunkt stellen können, keine allgemeine Risikoanalyse durchführen zu müssen, sondern vielmehr ist er verpflichtet, den gegebenen Anlässen nachzugehen. Sollte sich herausstellen, dass besagter Handwerksmeister als Selbständiger über keinen Krankenversicherungsschutz verfügt, so muss der Versicherer nachfragen, inwieweit der Wunsch besteht, in diesem Bereich Versicherungsschutz zu erwerben. Möchte der Versicherungsnehmer hierzu keine Fragen beantworten, muss der Versicherer jedoch nicht weiter nachfragen.

Damit ist auch zugleich eine erste Schranke der Fragepflicht aufgezeigt. Ihr Ziel ist es, die Grundlage für eine sachgerechte, aber angabenorientierte Beratung sicherzustellen¹¹⁴⁴. Indem der Versicherer nur auf der Grundlage der Angaben des Versicherungsnehmers zu beraten hat, bedeutet dies, dass eine weitergehende Recherchepflicht des Versicherers nicht besteht, denn eine eingehende Ermittlungs- und Nachforschungstätigkeit soll er gerade nicht schulden¹¹⁴⁵. Insbesondere ist er daher nicht verpflichtet, Erkundigungen bei Dritten einzuziehen, um den Bedarf des Versicherungsnehmers zutreffend zu ermitteln. Vielmehr kann und darf er sich auf dessen Angaben verlassen und muss nur auf dieser Grundlage beraten. Sollten die Angaben für eine Beratung ausnahmsweise nicht ausreichen und kann oder möchte der Versicherungsnehmer auch keine weiteren Auskünfte geben, muss allerdings eine Pflicht des Versicherers angenommen werden, den Versicherungsnehmer auf diesen Punkt hinzuweisen. Anderenfalls würde das Ziel einer sachgerechten Beratung verfehlt.

Eine weitere Grenze der Fragepflicht ergibt sich unmittelbar aus § 6 Abs. 6 VVG. § 6 Abs. 6 HS 1 VVG schließt Versicherungsverträge über Großrisiken im Sinne des § 10 Abs. 1 S. 2 EGVVG vom Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 VVG aus, so dass in diesen Fällen keine Fragepflicht besteht. § 6 Abs. 6 HS 2 VVG bestimmt darüber hinaus, dass § 6 Abs. 1 VVG keine Anwendung findet, wenn der Vertrag über einen Versicherungsmakler vermittelt wird. Der Gesetzgeber sieht in diesen Fällen keinen Bedarf, den Versicherungsnehmer auch vom Versicherer befragen und beraten zu lassen, da der Versicherungsmakler aufgrund des Maklervertrages zur Erfüllung dieser Aufgaben verpflichtet ist¹¹⁴⁶. Entsprechend der Gesetzesbegründung¹¹⁴⁷ ist analog § 6 Abs. 6 HS 2 VVG eine Fragepflicht des Versicherers auch ausgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer durch einen Versicherungsberater betreut wird und danach der Vertrag unter Vermittlung durch einen Versicherungsvertreter geschlossen wird, da hier ebenfalls eine umfassende Beratung sichergestellt ist.

¹¹⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹¹⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹¹⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

¹¹⁴⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li Sp. und re. Sp.

dd. Kritik

Eine uneingeschränkte Pflicht des Versicherers, in umfassender Weise nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu fragen, hat der Gesetzgeber nicht normiert. Vom Standpunkt des Versicherungsnehmers aus betrachtet wäre die Begründung einer solchen Pflicht vorteilhafter gewesen, da der Versicherer auf diese Weise eine allgemeine Risikoanalyse zu erstellen hätte und damit der Versicherungsnehmer von der grundlegenden Last befreit gewesen wäre, seinen Bedarf an Versicherungsschutz zutreffend zu ermitteln. Zugleich wäre somit eine breitere Basis für eine auf die Befragung aufbauende Beratung geschaffen worden.

Mit Blick auf die Interessenlage des Versicherers hätte eine Pflicht zur Erstellung einer allgemeinen Risikoanalyse diesen unverhältnismäßig belastet, schließlich wäre sie kaum zu erfüllen gewesen und hätte zu einem ausufernden Haftungsrisiko geführt. Denkbar wäre der Fall, dass ein Versicherungsnehmer, der den Wunsch nach einer Kfz-Haftpflichtversicherung geäußert hat, sich darauf berufen könnte, nicht auch nach dem Bestehen einer privaten Haftpflichtversicherung gefragt worden zu sein, deren Fehlen sich nun für ihn nachteilig auswirkt und er daher Schadensersatz verlangt. Bei der Annahme der Pflicht zu einer umfassenden Risikoanalyse wäre eine angemessene Lösung allein in einem Mitverschulden des Versicherungsnehmers gemäß § 254 Abs. 1 BGB zu suchen. Es muss auch bezweifelt werden, ob jeder Versicherungsnehmer gewollt hätte, bei Abschluss eines Versicherungsvertrages aus einem bestimmten Anlass heraus, etwa einer Reisekrankenversicherung vor Antritt einer Urlaubsreise, vom Versicherer auch über Risiken befragt zu werden, die mit dem konkreten Anlass nichts zu tun haben.

Indem der Gesetzgeber die Pflicht zur Frage von einem erkennbaren Anlass abhängig macht, trägt er zunächst den Interessen des Versicherers Rechnung¹¹⁴⁸. Andererseits berücksichtigt die Neuregelung jedoch auch die Interessen des Versicherungsnehmers insoweit, als die Pflichten des Versicherers bereits auf der Ebene der Bedarfsermittlung ansetzen und damit dazu beitragen, eine Grundlage für eine Beratung zu schaffen. Zudem ist die Beschränkung der Fragepflicht auf das Vorliegen eines erkennbaren Anlasses nicht unverhältnismäßig restriktiv, da diese Pflicht nur dann nicht besteht, wenn der Versicherungsnehmer einen bestimmt formulierten Wunsch nach einem konkreten Versicherungsprodukt vorbringt und keine weiteren Umstände einen Anlass zur Nachfrage bieten¹¹⁴⁹.

Im Ergebnis verbessert die Normierung einer anlassbezogenen Fragepflicht den Schutz des Versicherungsnehmers, ohne den Versicherer unverhältnismäßig in

¹¹⁴⁸ Vgl. *Reiff*, S. 27; *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 79, wonach eine unbeschränkte Fragepflicht in vielen Fällen zu einer unnötigen und schädlichen Überregulierung führen würde.

¹¹⁴⁹ Vgl. *Reiff*, S. 27; *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 79 zu § 42c VVG a.F.

seiner Geschäftstätigkeit zu beeinträchtigen.

ee. Formale und zeitliche Anforderungen der Fragepflicht

Fraglich ist, wie die Fragepflicht in formaler und zeitlicher Hinsicht zu erfüllen ist. § 6 Abs. 2 VVG gibt hierauf keine Antwort. Die Norm bestimmt lediglich, dass der Versicherer den erteilten Rat und die Gründe hierfür vor dem Abschluss des Vertrages in Textform zu übermitteln hat und bezieht sich damit auf die Erfüllung der Dokumentationspflicht. Vorausgesetzt wird ein erteilter Rat und somit, dass Fragen bereits im Vorfeld mündlich gestellt worden sind. Die Fragepflicht ist damit vor der Beratungspflicht zu erfüllen, der ihrerseits, wie noch zu zeigen ist¹¹⁵⁰, vor der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers nachzukommen ist¹¹⁵¹.

b. Pflichten zur Beratung und Begründung

§ 6 Abs. 1 S. 1 VVG verpflichtet den Versicherer, den Versicherungsnehmer zu beraten und die Gründe für jeden erteilten Rat anzugeben. Fraglich ist, welche Anforderungen diese Pflichten an den Versicherer bei der Beratung stellen und wie sie zu erfüllen sind.

aa. Voraussetzungen der Pflichten zur Beratung und Begründung

§ 6 Abs. 1 S. 1 VVG verknüpft den ersten Satzteil, der die Fragepflicht regelt, mit dem zweiten Satzteil, der die Beratungspflicht betrifft, durch die Konjunktion „und“. Folglich gelten die für die Fragepflicht normierten Einschränkungen auch für die Beratungspflicht, weswegen diese ebenfalls anlassbezogen ausgestaltet ist. Die Pflicht, die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben, hängt demgegenüber nur mittelbar von einem Anlass ab, da sie nur dann zum Tragen kommt, wenn der Versicherer verpflichtet ist, den Versicherungsnehmer zu beraten.

Als Umstände, die einen Anlass für eine Pflicht zur Beratung und infolgedessen auch zur Begründung eines Rates bilden können, nennt § 6 Abs. 1 S. 1 VVG die Schwierigkeit, die angebotene Leistung zu beurteilen, die Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation. Genauso wie für die Fragepflicht gilt auch für die Beratungspflicht, dass der Gesetzgeber den gesetzlich genannten Merkmalen keinen abschließenden Charakter beimisst¹¹⁵². Daher können die in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen auch weiterhin herangezogen

¹¹⁵⁰ Vgl. unten unter C. IV. 5. b. dd.

¹¹⁵¹ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 274; *ders.*, Rn. 268.

¹¹⁵² Vgl. BT-Drucks. 1935, S. 24 li. Sp.

gen werden, um eine Beratungspflicht des Versicherers zu begründen¹¹⁵³. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang jedoch an die erwähnten Besonderheiten der Fallgruppen „Falsche Tatsachenmitteilungen“ und „Tatsächliche Übernahme einer Beratung“¹¹⁵⁴:

Erstere betrifft Verletzungen der „allgemeinen Wahrheitspflicht“, welche jeden Vertragspartner bei der Anbahnung eines Vertrages unabhängig von den Umständen des Einzelfalles trifft und somit bereits nach altem Recht von den Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers zu trennen war¹¹⁵⁵. Sie hängt somit nicht von einem Anlass ab und unterfällt daher nicht § 6 Abs. 1 VVG, sondern, wie nach altem Recht auch¹¹⁵⁶, den §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB¹¹⁵⁷. Entsprechendes gilt für die Beratungspflichten der Fallgruppe „Tatsächliche Übernahme einer Beratung“, da sie ihren Geltungsgrund in einer freiwilligen Übernahme haben und daher ebenfalls nicht von einem Anlass im Sinne des § 6 Abs. 1 VVG abhängen¹¹⁵⁸. Übernimmt ein Versicherer von sich eine Beratung des Versicherungsnehmers, obwohl hierzu auf Grund der Umstände des Einzelfalles kein Anlass besteht, begründet dies eine vorvertragliche Nebenpflicht gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 1 BGB¹¹⁵⁹.

Mit Blick auf die Beratungspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG kann wegen der Frage, ob der Anlass für deren Entstehung erkennbar sein muss, auf die entsprechenden Ausführungen zur Fragepflicht verwiesen werden¹¹⁶⁰.

bb. Reichweite und Grenzen der Pflichten zur Beratung und Begründung

Fraglich ist, welche Reichweite die Pflichten zur Beratung und Begründung haben und welche Grenzen ihnen gesetzt sind.

(1.) Pflicht zur Beratung

(a.) Beratung trotz Interessengegensatz

Eine Pflicht zur Beratung stellt nach der eingangs vorgenommenen Unterscheidung die am weitest reichende Pflicht zur Vermittlung von Wissen dar, denn neben der Verschaffung von Kenntnissen verpflichtet sie auch zu einer wertenden Stellungnahme, um eine Entscheidungshilfe für den Abschluss eines Vertra-

¹¹⁵³ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 17; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb.*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 2 und 7; *Schimikowski/Höra*, S. 104; *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 12ff; *Stöbener*, *ZVersWiss* 2007, S. 465 (468).

¹¹⁵⁴ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. aa. und C. IV. 4. b. bb.

¹¹⁵⁵ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. aa.

¹¹⁵⁶ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. aa.

¹¹⁵⁷ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 9. Anders *Rixecker*, in: *VersR-Hdb.*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 7, der die „allgemeine Wahrheitspflicht“ wohl als Beratungspflicht im Sinne des § 6 Abs. 1 VVG ansieht.

¹¹⁵⁸ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. bb.

¹¹⁵⁹ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 9; *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 15. Ebenso wohl *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (299); *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 11.

¹¹⁶⁰ Vgl. oben unter C. IV. 5. a. bb. (2.).

ges zu bieten¹¹⁶¹. Während des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Neu-
regelung des Versicherungsvermittlerrechts ist jedoch angezweifelt worden, ob
Versicherungsvertreter gemäß § 42c VVG a.F. verpflichtet sein können, zu bera-
ten. Diese Kritik lässt sich auf die Neuregelung in § 6 Abs. 1 S. 1 VVG übertra-
gen.

Teile der Literatur machten geltend, ein Versicherungsvertreter könne wohl ver-
pflichtet werden, den Versicherungsnehmer nach seinen Wünschen und Bedürf-
nissen zu befragen, woraufhin eine personenbezogene Aufklärung stattfinden
könne¹¹⁶². Eine Beratung könne indes nicht zu seiner Pflicht gemacht werden, da
sie auch den Versicherer verpflichten würde, eine Empfehlung zu einem Produkt
auszusprechen. Versicherer und Versicherungsnehmer stünden sich jedoch als
Vertragspartner auf zwei Seiten gegenüber und jeder sei daher bemüht, seine
Interessen soweit wie möglich wahrzunehmen. In dieser Situation könne unmög-
lich davon ausgegangen werden, dass der Versicherungsnehmer einen neutralen
Rat erhalte¹¹⁶³.

Zuzugeben ist dieser Kritik, dass zwischen Versicherer und Versicherungsneh-
mer zwar ein gewisser Interessengegensatz besteht, jedoch schließt dies nicht
zwingend eine Beratung durch den Versicherer aus¹¹⁶⁴. Vielmehr kommt es dar-
auf an, welche Qualität eine geschuldete Beratung haben muss, was also der
Gegenstand einer Empfehlung des Versicherers ist und welche Umstände hierbei
zu berücksichtigen sind.

(b.) Beratung über das eigene Versicherungsangebot

Mit Blick auf den angesprochenen Interessengegensatz kann eine neutrale und
unabhängige Beratung, wie sie bereits bislang durch die Inanspruchnahme von
Versicherungsberatern und -maklern erlangt werden konnte, von einem Versi-
cherer nicht erwartet werden. Als Unternehmer und Anbieter seiner Versiche-
rungsprodukte verfolgt er in erster Linie seine eigenen wirtschaftlichen Interes-
sen. Mit Blick auf den durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 3 GG gewährten
Schutz seiner gewerblichen Tätigkeit¹¹⁶⁵ stellte es einen bedenklich weit rei-
chenden Eingriff in seine Grundrechte dar, wenn er durch § 6 Abs. 1 S. 1 VVG
verpflichtet würde, sich einen Marktüberblick im Interesse des Versicherungs-
nehmers zu verschaffen, um auf dieser Grundlage eventuell das Angebot eines
Mitbewerbers empfehlen zu müssen, etwa weil dieses besser den Bedarf des
Versicherungsnehmers abdeckt als ein eigenes. Eine derart umfassende und

¹¹⁶¹ Vgl. oben unter C. IV. 1.

¹¹⁶² Vgl. *Miettinen*, VersR 2005, S. 1629 (1632).

¹¹⁶³ Vgl. *Miettinen*, VersR 2005, S. 1629 (1631f).

¹¹⁶⁴ Vgl. *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 82; *ders.*, WM 2006, S. 1701 (1704) zu § 42c
VVG a.F.

¹¹⁶⁵ Vgl. oben unter C. III. 4. d. cc. (1.) (f.) (aa.).

neutrale Beratung ist vielmehr die Aufgabe eines Versicherungsberaters oder -maklers, der auf Seiten des Versicherungsnehmers tätig wird. Ebenso wie die Rechtsprechung zum alten Recht eine Pflicht des Versicherers zur Aufklärung und Beratung über Angebote seiner Mitbewerber ausdrücklich abgelehnt hat¹¹⁶⁶, ist daher die gleiche Einschränkung auch für das neue Recht zu machen¹¹⁶⁷.

Zwar ist eine Pflicht zur Beratung über fremde Versicherungsangebote nicht geboten, dennoch kann eine Beratung in Bezug auf das eigene Angebot erfolgen. Augenscheinlich ist dies insbesondere dann, wenn ein Versicherer zur Abdeckung eines bestimmten Risikos mehrere Versicherungsprodukte mit unterschiedlich weit reichendem Versicherungsschutz anbietet. In dieser Situation ist es durchaus angebracht, ihn zu verpflichten, den Versicherungsnehmer anlassbezogen auf seine unterschiedlichen Angebote hinzuweisen und ein Produkt zu empfehlen, das den dargelegten bzw. vom Versicherer ermittelten Wünschen und Bedürfnissen am besten entspricht, auch wenn es von der Prämienhöhe her für ihn weniger attraktiv sein sollte. Insoweit hilft eine wertende Stellungnahme des Versicherers dabei, dem Versicherungsnehmer eine eigene Entscheidung für oder gegen den Abschluss eines bestimmten Vertrages zu treffen. Im Idealfall kommt diese Entscheidungshilfe auch dem Versicherer zu Gute, da eine an den Interessen des Kunden ausgerichtete Empfehlung in Bezug auf das eigene Angebot dessen Zufriedenheit mit den Beratungsleistungen des Versicherers steigert, womit zugleich ein werbender Effekt zu seinen Gunsten einhergeht.

Mit Blick auf die Interessen des Versicherungsnehmers führt eine auf das Angebot des Versicherers beschränkte Beratungspflicht allerdings zu dem Problem, dass auf dem Markt erhältliche Konkurrenzangebote die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden möglicherweise besser abdecken als das Angebot des kontaktierten Versicherers. Redlicherweise kann ein Versicherungsnehmer, der sich an einen bestimmten Versicherer wendet, aber nicht erwarten, von diesem über sein Angebot hinaus auch über Konkurrenzprodukte beraten zu werden¹¹⁶⁸. Es ist insoweit seine Sache, sich auch an weitere Versicherer zu wenden, um sich über deren Angebote zu informieren oder die Dienste eines Versicherungsmaklers oder -beraters in Anspruch zu nehmen.

(c.) Beratung im Verhältnis zur Aufklärung des Versicherungsnehmers

Bei der Pflicht zur Beratung handelt es um die weitest reichende Informationspflicht, welche auch Elemente der Aufklärung umfasst¹¹⁶⁹. Ferner ist in der

¹¹⁶⁶ Vgl. oben unter C. IV. 4. c. cc. (2.).

¹¹⁶⁷ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 25; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 22; *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 17; *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 24; *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 24.

¹¹⁶⁸ Vgl. in einem anderem Zusammenhang *Taupitz*, in: VersWissStud (4. Bd.), S. 105 (110).

¹¹⁶⁹ Vgl. oben unter C. IV. 1.

Rechtsprechung bislang zumeist allein eine Pflicht zur Aufklärung angenommen worden, etwa den Versicherungsnehmer auf Deckungslücken im angebotenen Versicherungsschutz oder auf die Notwendigkeit der Vereinbarung einer vorläufigen Deckung hinzuweisen¹¹⁷⁰. Eine derartige Aufklärung ist auch nach neuem Recht unumgänglich, etwa wenn sich herausstellt, dass der angebotene Versicherungsschutz den Bedarf des Versicherungsnehmers nicht vollständig abdeckt. Der Versicherer kann sich in dieser Lage daher nicht darauf beschränken, nur einen Vertrag zu empfehlen, der dem Bedarf des Versicherungsnehmers am nächsten kommt, sondern er hat auch darauf hinzuweisen und somit darüber aufzuklären, in welchen Punkten der in Frage kommende Vertrag hinter dessen Wünschen und Bedürfnissen zurückbleibt¹¹⁷¹. Aufklärung ist damit immer auch ein Teil der Beratung, was sich insbesondere daran zeigt, dass der Versicherer verpflichtet ist, die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben und somit die Hintergründe für eine Empfehlung aufzudecken. Denn nur die Kenntnis der Gründe für einen Rat ermöglicht es dem Versicherungsnehmer, diesen zu hinterfragen und bei der Entscheidung über den Abschluss eines Versicherungsvertrages entsprechend zu gewichten. Die Pflicht zur Beratung umfasst somit neben einer Empfehlung auch eine Aufklärung.

Allerdings kann sich eine Beratung unter Umständen auch allein in einer Aufklärung des Versicherungsnehmers erschöpfen. Denkbar ist die Situation, dass der Versicherer in seinem Angebot verschiedene Produkte hat, die den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers jeweils für sich gesehen nicht vollständig gerecht werden, aber jedes Vor- und Nachteile aufweist, die gegeneinander abzuwägen sind, ohne dass eine eindeutige Entscheidung für das eine oder andere in Frage kommt. In dieser Situation den Versicherer für verpflichtet zu halten, eine eindeutige Empfehlung zugunsten eines Vertrages auszusprechen, liefe darauf hinaus, die tatsächlich gegebene Entscheidungsalternativität zu verschleiern. Damit würde der vom Gesetzgeber mit den Beratungspflichten verfolgte Zweck, den Verbraucherschutz zu verbessern¹¹⁷², vereitelt und die Funktion der Beratung, dem Versicherungsnehmer begleitend zu den Informationen nach § 7 VVG eine informierte Auswahlentscheidung zu ermöglichen¹¹⁷³, in ihr Gegenteil verkehrt. Eine sachgerechte Beratung des Versicherungsnehmers kann in diesem Fall nur bedeuten, ihm die Entscheidungsalternativen offen darzulegen und die Vor- und Nachteile der jeweiligen Versicherungen zu erläutern, so dass er selbst eine Auswahlentscheidung treffen kann.

¹¹⁷⁰ Vgl. oben unter C. IV. 4. c. bb.

¹¹⁷¹ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVG, § 6, Rn. 23; *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 29.

¹¹⁷² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

¹¹⁷³ Vgl. oben unter C. IV. 2.

(d.) Beratung im Verhältnis zu den Informationspflichten gemäß § 7 VVG

Soweit eine Beratung auch Elemente der Aufklärung und somit die Verschaffung von Kenntnissen im Einzelfall umfasst, stellt sich die Frage, wie sich die Beratungspflicht nach § 6 Abs. 1 VVG zu den Informationspflichten gemäß § 7 Abs. 1 VVG verhält.

Die Pflicht zur Beratung ist von einem Anlass abhängig und umfasst damit nicht per se die Pflicht, einen angebotenen Versicherungsvertrag in seinen Einzelheiten zu erläutern¹¹⁷⁴. Zu diesem Zweck sind dem Versicherungsnehmer vielmehr die AVB und wesentlichen Merkmale des Versicherungsvertrages gemäß §§ 7 Abs. 1 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV zu übermitteln, weswegen diese Informationen im Rahmen von § 6 Abs. 1 S. 1 VVG nicht zwingend zu wiederholen sind¹¹⁷⁵. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Informationen, die Gegenstand der allgemeinen Informationspflichten des § 7 Abs. 1 VVG sind, nicht auch im Rahmen des § 6 Abs. 1 VVG relevant sein können. Die Beratungspflicht des Versicherers ergänzt die Informationspflichten, bei denen angesichts ihres Umfangs die Gefahr besteht, dass einzelne Informationen in der Masse untergehen. Soweit daher ein Anlass zur Beratung besteht, der Umstände betrifft, die Gegenstand der Information nach § 7 Abs. 1 VVG sind, schließt dies eine gleich lautende Aufklärung im Rahmen des § 6 Abs. 1 VVG nicht von vornherein aus. Es bietet sich daher für den Versicherer an, das Informationsmaterial in den Beratungsvorgang einzubeziehen, soweit sich das Beratungsgespräch bereits auf ein konkretes Versicherungsprodukt verengt hat und somit klar ist, welche Informationen zu erteilen sind.

(e.) Abraten von Versicherungsprodukten

Schließlich bleibt die Frage zu klären, ob der Versicherer auch verpflichtet sein kann, vom Abschluss eines Versicherungsvertrages abzuraten.

Soweit er auf Grund eines erkennbaren Anlasses verpflichtet ist, den Versicherungsnehmer bei der Beratung auf Defizite im angebotenen Versicherungsschutz hinzuweisen, also etwa über Deckungslücken aufzuklären, führt dies dazu, dass er sein eigenes Angebot relativieren muss. Zwar könnte darauf abgestellt werden, dass dem Versicherungsnehmer dennoch ein Vertrag empfohlen werden kann, der seine Wünsche und Bedürfnisse nur unzureichend berücksichtigt, wenn zugleich hierauf hingewiesen wird und er auf dieser Grundlage eine Entscheidung treffen kann. Wenn jedoch das Angebot überwiegend nicht mehr den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers entspricht, könnte eine dennoch ausgesprochene Empfehlung diesen zu der irrigen Annahme verleiten, dass der Vertrag trotz der aufgezeigten Unzulänglichkeiten seinen Interessen

¹¹⁷⁴ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 23.

¹¹⁷⁵ Vgl. Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 4 und 17.

genügt. Von einer Empfehlung im Sinne einer Entscheidungshilfe kann dann aber keine Rede sein. Vielmehr würde seine Entscheidung durch den Versicherer zu dessen Nachteil beeinflusst. Mit einem verbesserten Verbraucherschutz hat dies nichts zu tun.

Denkbar wäre es daher, den Versicherer allein dazu zu verpflichten, über die Defizite im Versicherungsschutz aufzuklären und von einer Empfehlung im Übrigen Abstand zu nehmen. Der Versicherungsnehmer müsste dann eine Auswahlentscheidung auf Grund der ihm gegebenen Informationen treffen, ohne als Entscheidungshilfe einen Rat des Versicherers zu erhalten.

Überzeugen kann diese Lösung jedoch nur in den bereits genannten Fällen, in denen eine Entscheidungsalternativität für den Versicherungsnehmer besteht und daher eine eindeutige Empfehlung ausscheidet¹¹⁷⁶. Darüber hinaus leuchtet es jedoch nicht ein, weswegen ein Versicherer nur verpflichtet sein soll, in Bezug auf sein Versicherungsangebot im positiven Sinne zu beraten, wenn der in Aussicht genommene Vertrag den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers weitgehend gerecht wird, jedoch eine Entscheidungshilfe im negativen Sinne ausgeschlossen sein soll, wenn sein Angebot eindeutig hinter diesen zurückbleibt. Insoweit kann nicht darauf abgestellt werden, dass der Gesetzgeber nur die bisherige Rechtslage habe kodifizieren wollen, jedoch die Rechtsprechung bislang keine Pflicht angenommen hat, dem Versicherungsnehmer vom Abschluss eines Vertrages abzuraten¹¹⁷⁷. Der Sache nach handelte es sich bei den in der Rechtsprechung anerkannten Pflichten in erster Linie um Aufklärungspflichten, während im Gesetz nunmehr ausdrücklich von einer Pflicht zur Beratung die Rede ist¹¹⁷⁸. Zudem ist es das erklärte Ziel des Gesetzgebers, die Position des Versicherungsnehmers durch die Normierung von Beratungspflichten zu verbessern, weswegen eine Beratung nicht nur eine Entscheidungshilfe im positiven Sinne für den Abschluss eines Versicherungsvertrages umfassen muss, sondern auch im negativen Sinne dagegen. Schließlich kann auch nicht argumentiert werden, dass es dem Versicherer im Hinblick auf seine durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 3 GG geschützte wirtschaftliche Betätigung von vornherein unzumutbar ist, ggf. von seinen eigenen Produkten abzuraten. Zu berücksichtigen ist, dass diese Pflicht alle am Markt vertretenen Versicherer gleichermaßen trifft, soweit ihr Angebot hinter den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden zurückbleibt. Zudem kann eine auf das eigene Angebot beschränkte, aber insoweit an den Interessen des Versicherungsnehmers orientierte Beratung dazu beitragen, den Ruf als seriöser Anbieter von Versicherungsschutz zu unterstreichen, was sich an anderer Stelle zugunsten des Versicherers auswirken kann.

¹¹⁷⁶ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. bb. (1.) (c.).

¹¹⁷⁷ Vgl. oben unter C. IV. 4. c. cc (3.).

¹¹⁷⁸ Vgl. *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (475).

Folglich ist davon auszugehen, dass dieser Versicherer gemäß § 6 Abs. 1 VVG auch verpflichtet sein kann, vom Abschluss eines Vertrages abzuraten¹¹⁷⁹.

(f.) Beratungsaufwand im Verhältnis zur Prämienhöhe

§ 6 Abs. 1 S. 1 VVG nennt als einschränkendes Kriterium ein angemessenes Verhältnis zwischen Beratungsaufwand und der zu zahlenden Prämie. Dem Wortlaut des Gesetzes nach könnte also eine sehr niedrige Prämie den Beratungsumfang unter Umständen auf ein Minimalmaß reduzieren oder sogar der Entstehung einer Beratungspflicht entgegenstehen.

Bereits im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts ist die entsprechende Einschränkung in § 42c Abs. 1 VVG a.F. sowohl von Verbänden¹¹⁸⁰ als auch vom Bundesrat¹¹⁸¹ kritisiert worden, die eine Streichung dieser Einschränkung im Gesetz erreichen wollten. So führt der Bundesrat in seiner Stellungnahme hierzu aus, dass dieses Merkmal in der Praxis dazu führen könnte, dass über eine Hausratsversicherung eingehender informiert werden müsse als über eine grundsätzlich bedeutsamere Privathaftpflichtversicherung. Zudem könnten auch relativ preisgünstige Versicherungen erhebliche finanzielle Risiken mit sich bringen, ohne dass diesen ein entsprechender Nutzen gegenüber stünde. Der Umfang der Beratung sollte daher an das Risiko des Versicherungsnehmers anknüpfen¹¹⁸². Die Gegenäußerung der Bundesregierung weist die Kritik zurück. Die Orientierung des Beratungsbedarfs an der Höhe der Prämie sei lediglich eines von mehreren Kriterien. Wenn anlassbezogen ersichtlich sei, dass Beratungsbedarf bestehe, müsse dem Rechnung getragen werden. Das Kriterium der Prämienhöhe sei wichtig, um zu verhindern, dass bei einfachen Produkten ein unverhältnismäßiger Beratungs- und Dokumentationsaufwand betrieben werden müsse, der die Prämie um ein vielfaches übersteige¹¹⁸³. Ähnlich heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F., regelmäßig werde es sich bei einer geringen Prämienhöhe um ein wenig komplexes Standardprodukt handeln. So werde z.B. die Vermittlung eines einfachen Standardproduktes mit einer jährlichen Prämie von 60 € meist keine langwierige Beratung erfordern. Auch bei einer Versicherung mit einer niedrigen Prämie könne ein erhöhter Beratungsaufwand aufgrund der übrigen in § 42c Abs. 1 genannten Kriterien erforderlich sein¹¹⁸⁴.

In seiner Stellungnahme zum neuen VVG hat der Bundesrat seine Kritik an dem

¹¹⁷⁹ Vgl. im Ergebnis *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 46. Anders, ohne nähere Begründung *Grote/Schneider*, *BB* 2007, S. 2689 (2690); *Stöbener*, *ZVersWiss* 2007, S. 465 (474).

¹¹⁸⁰ Vgl. *Reiff*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 78 m.w.N.

¹¹⁸¹ Vgl. *BT-Drucks.* 16/1935, S. 32 li. Sp.

¹¹⁸² Vgl. *BT-Drucks.* 16/1935, S. 32 li. Sp.

¹¹⁸³ Vgl. *BT-Drucks.* 16/2475, S. 4.

¹¹⁸⁴ Vgl. *BT-Drucks.* 16/1935, S. 24 re. Sp.

Kriterium der Prämienhöhe wiederholt¹¹⁸⁵, der die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung mit den gleichen Argumenten erneut entgegengetreten ist¹¹⁸⁶.

Dem Grunde nach scheint der Gesetzgeber von einer einfachen Gleichung auszugehen: Niedrige Prämie gleich einfaches Produkt gleich geringer Beratungsaufwand. Indem er aber betont, dass die übrigen zu einer Beratung Anlass gebenden Umstände auch bei einer geringen Prämie zu einem erhöhten Beratungsaufwand führen können, wird diese einfache Gleichung stark relativiert. Bei genauer Betrachtung kann das Kriterium der Prämienhöhe auch nicht überzeugen¹¹⁸⁷.

Der Komplexität eines Versicherungsproduktes trägt bereits das Merkmal der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, Rechnung, so dass dieser Umstand nicht noch einmal im Gewande der Prämienhöhe ein zweites Mal berücksichtigt werden muss. Unabhängig davon können in der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation Anlass gebende Umstände für eine umfassendere Beratung vorliegen. Deren Reichweite kann aber sinnvollerweise nicht von der Prämienhöhe, sondern allein vom Beratungsbedarf abhängen¹¹⁸⁸. Anderenfalls würden nämlich die erklärten Ziele einer angabenorientierten und sachgerechten Beratung sowie eines verbesserten Verbraucherschutzes verfehlt. Zugleich ist aber auch zu sehen, dass eine umfassende Beratung bei einer niedrigen Prämie einen unverhältnismäßigen und damit unwirtschaftlichen Aufwand bedeuten kann. Gleichwohl hat es der Versicherer in der Hand, den insgesamt gesteigerten Beratungsbedarf bei einem Produkt abzuschätzen und bei der Prämienkalkulation zu berücksichtigen, so dass einzelne, für sich gesehen unwirtschaftliche Vertragsschlüsse durch andere ausgeglichen werden. Dieser Notwendigkeit werden sich auch andere Anbieter am Versicherungsmarkt nicht entziehen können. Überdies ist zu berücksichtigen, dass eine ordnungsgemäße Beratung auch bei relativ günstigen Versicherungen einen Werbeeffect haben kann, der den Versicherungsnehmer dazu veranlasst, bei anderer Gelegenheit wieder auf den Versicherer zurück zu kommen, so dass hierdurch die geschäftliche Beziehung zwischen den Parteien intensiviert werden kann.

Insgesamt ist daher dem Kriterium der Prämienhöhe im Verhältnis zu den übrigen Anlass begründenden Merkmalen praktisch keine übermäßige Bedeutung beizumessen¹¹⁸⁹. Fraglich ist jedoch, ob insoweit mit Blick auf europarechtliche

¹¹⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 125 re. Sp.

¹¹⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 130 li. Sp.

¹¹⁸⁷ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 22; Dörner/Staudinger, WM 2006, S. 1710 (1711); Niederleithinger, VersR 2006, S. 437 (439); Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 16; ferner Beenken/Sandkühler, S. 67; Reiff, S. 28; ders., Versicherungsvermittlerrecht, S. 81; S. 28; ders., VersR 2007, S. 717 (725f) zu § 42c VVG a.F.

¹¹⁸⁸ Vgl. Franz, DSStR 2008, S. 303 (304); Marlow/Spuhl, S. 26.

¹¹⁸⁹ Vgl. Marlow/Spuhl, S. 26; Stöbener, ZVersWiss 2007, S. 465 (476). Zweifeln auch Niederleithinger, in: B/M, Einf. E., Rn. 87.

Vorgaben mit einer Änderung des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG zu rechnen ist.

Schwintowski geht davon aus, dass das einschränkende Kriterium der Prämienhöhe gegen die Vorgaben der RL 2002/92/EG verstoße, die eine Beratung orientiert an dem jeweiligen Versicherungsprodukt und dessen Komplexität verlange. § 6 Abs. 1 S. 1 VVG sei daher europarechtswidrig und somit nichtig¹¹⁹⁰. Abgesehen davon, dass sich der sachliche Anwendungsbereich der RL 2002/92/EG auf Versicherungsvermittler beschränkt¹¹⁹¹ und bereits daher ein Richtlinienverstoß des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG ausscheidet, der überdies nicht zur Nichtigkeit des nationalen Rechts führte¹¹⁹², ist auch unter dem Gesichtspunkt, dass der deutsche Gesetzgeber zwischen den Pflichten der Versicherers und denen des Versicherungsvermittlers einen Gleichlauf begründen wollte, nicht mit einer Änderung des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG wegen einer etwaigen Europarechtswidrigkeit der Parallelregelung des § 61 Abs. 1 S. 1 VVG zu rechnen, da nach der hier vertretenen Ansicht die RL 2002/92/EG keine allgemeine Pflicht zur Beratung durch den Versicherungsvermittler vorschreibt¹¹⁹³.

(g.) § 6 Abs. 6 VVG

(aa.) Ausschluss der Pflichten nach § 6 Abs. 1 VVG

Gemäß § 6 Abs. 6 VVG ist eine Pflicht zur Beratung ausgeschlossen, wenn es um den Abschluss eines Versicherungsvertrages über ein Großrisiko im Sinne des § 10 Abs. 1 S. 2 EGVVG geht oder wenn der Vertrag durch einen Versicherungsmakler vermittelt wird. Das gleiche ist im Wege eines Analogieschlusses zu § 6 Abs. 6 HS 2 anzunehmen, wenn auf Seiten des Versicherungsnehmers ein Versicherungsberater tätig wird. Problematisch ist jedoch, ob in diesen Fällen von vornherein jede Art von Beratung durch den Versicherer ausgeschlossen ist. Relevant ist diese Frage bei den hier interessierenden Fällen des Abschlusses eines Versicherungsvertrages unter Vermittlung eines Versicherungsvertreters für den Fall, dass der Versicherungsnehmer zusätzlich die Dienste eines Versicherungsberaters in Anspruch nimmt.

In der Literatur wird mit Blick auf die Regelung des § 6 Abs. 6 HS 2 VVG davon ausgegangen, dass eine Beratungspflicht gemäß § 242 BGB anzuerkennen sei, wenn der Versicherer eine Fehlvorstellung oder sonst einen Beratungsbedarf des Versicherungsnehmers erkenne¹¹⁹⁴. Unabhängig davon hafte er jedenfalls für eine falsche Aufklärung und Beratung gemäß §§ 280 Abs.1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, ohne dass es auf die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VVG an-

¹¹⁹⁰ Vgl. *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 27.

¹¹⁹¹ Vgl. oben unter C. IV. 3.

¹¹⁹² Vgl. oben unter C. III. 2. a.

¹¹⁹³ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (ee.).

¹¹⁹⁴ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 53; *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 48; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 21; *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 48; *Stöbener*, *ZVersWiss* 2007, S. 465 (479).

komme¹¹⁹⁵. Auch wenn diese Ausführungen in der Literatur sich auf den Fall der Vermittlung durch einen Versicherungsmakler beziehen, lassen sie sich auf den Fall der Inanspruchnahme eines Versicherungsberaters übertragen, da auch insoweit der Versicherungsnehmer von dritter Seite sachkundige Hilfe erhält. Uneingeschränkt ist dieser Ansicht jedoch nicht zu folgen. Soweit der Gesetzgeber in den Fällen des § 6 Abs. 6 VVG eine Beratungsverantwortlichkeit des Versicherers ausschließt, ist kein Raum für eine Beratungspflicht aus Treu und Glauben entsprechend den in der Rechtsprechung zum alten Recht entwickelten Fallgruppen. An diese wird jedoch angeknüpft, wenn etwa darauf abgestellt wird, dass der Versicherer zur Beratung verpflichtet sei, falls er eine Fehlvorstellung des Versicherungsnehmers erkenne (Fallgruppe „Erkennbarer Irrtum des Versicherungsnehmers“¹¹⁹⁶). Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 42c VVG a.F. sollen mit den Beratungspflichten des Versicherungsvermittlers die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze kodifiziert werden¹¹⁹⁷. Da § 6 Abs. 1 VVG sich an dessen Pflichten anlehnt, gilt entsprechendes für die Beratungspflichten des Versicherers. Es wäre daher widersprüchlich, einerseits die Beratungspflichten des § 6 Abs. 1 VVG auszuschließen, um diese andererseits über Treu und Glauben bzw. § 241 Abs. 2 BGB wieder einzuführen. Dem Ausschluss der Beratungspflichten des Versicherers kann auch nicht entgegengehalten werden, dass § 6 Abs. 1 VVG auf eine Verbesserung des Verbraucherschutzes abzielt¹¹⁹⁸. Wird ein Versicherungsnehmer von einem Versicherungsberater oder -makler beraten, erhält er einen umfassenderen Schutz als ihn ein Versicherer zu leisten verpflichtet ist, so dass es auf dessen Pflichten nicht weiter ankommen kann.

(bb.) Ausnahme: „Allgemeine Wahrheitspflicht“ des Versicherers

Anders zu beurteilen ist die Rechtslage jedoch mit Blick auf die Verletzung der „allgemeinen Wahrheitspflicht“, wenn der Versicherer also trotz des Ausschlusses seiner Beratungspflichten nach § 6 Abs. 1 VVG gegenüber dem Versicherungsnehmer unrichtige Tatsachen mitteilt. In diesen Fällen geht es nicht um die Verletzung einer Aufklärungs- oder Beratungspflicht, sondern der „allgemeinen Wahrheitspflicht“, die jeden Vertragspartner bei der Anbahnung eines Vertragsverhältnisses gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB trifft¹¹⁹⁹. Da diese Pflicht nicht unter § 6 Abs. 1 VVG fällt¹²⁰⁰, kann sie auch nicht unter den Voraussetzungen des Abs. 6 VVG ausgeschlossen sein.

¹¹⁹⁵ Vgl. Ebers, in: PK-VVG, § 6, Rn. 9 und 53; Münkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 11.

¹¹⁹⁶ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. ff.

¹¹⁹⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹¹⁹⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

¹¹⁹⁹ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. aa und C. IV. 5. b. aa.

¹²⁰⁰ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. aa.

(cc.) Ausnahme: „Tatsächliche Übernahme einer Beratung“

Ebenfalls anders gestaltet sich die Rechtslage in den Fällen, in denen der Versicherer von sich den Versicherungsnehmer berät¹²⁰¹. Die Pflicht zur Beratung hängt hier, anders als bei § 6 Abs. 1 VVG, nicht von einem Anlass ab, sondern führt zu einer Nebenpflicht im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB¹²⁰². Da diese Pflicht nicht unter § 6 Abs. 1 VVG fällt, kann sie somit, ebenso wie die „allgemeine Wahrheitspflicht“, nicht gemäß Abs. 6 VVG ausgeschlossen sein.

(2.) Pflicht zur Begründung

Gemäß § 6 Abs. 1 VVG ist der Versicherer auch verpflichtet, die Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat anzugeben. Soweit eine Beratungspflicht besteht, kann der Versicherer sich nicht nur auf die Empfehlung eines bestimmten Produktes beschränken, sondern er muss auch die Gründe für seine Empfehlung angeben sowie für jeden Hinweis, den er im Zuge einer geschuldeten Aufklärung erteilt. Bei einem aufklärenden Hinweis ist jedoch, anders als bei einem mit einer wertenden Stellungnahme verbundenen Rat, eine gesonderte Angaben von Gründen nicht erforderlich, wenn sich diese ohne weiteres aus dem Inhalt des Hinweises erschließen. Im Ergebnis ist somit etwa ein türkischstämmiger Versicherungsnehmer, der eine Kfz-Haftpflichtversicherung abschließen möchte und auf Befragen mitgeteilt hat, mit dem PKW auch in den außereuropäischen Teil der Türkei reisen zu wollen, im Hinblick auf A.1.4.1 AKB 2008 darüber aufzuklären, dass hierfür eine Erweiterung des angebotenen Versicherungsschutzes gemäß A. 1.4.2 AKB 2008 erforderlich ist, weswegen auch eine dahingehende Empfehlung auszusprechen ist. Der Grund für die Empfehlung ergibt sich aus dem ermittelten Versicherungsbedarf und des insoweit zunächst unzureichenden Deckungsschutzes. Nicht begründen muss der Versicherer hingegen, weswegen er den Abschluss eines Versicherungsvertrages aus seinem Angebot empfiehlt¹²⁰³, da dies letztlich eine Selbstverständlichkeit ist.

Mit der Begründung eines erteilten Rates schließt sich somit der Kreis zwischen der ursprünglichen Bedarfsermittlung und der abschließenden Empfehlung und es wird dem Versicherungsnehmer ermöglicht, diese nachzuvollziehen¹²⁰⁴. Fraglich ist jedoch, ob ein Rat oder ein Hinweis zu begründen ist, soweit dieser zwar nicht gemäß § 6 Abs. 1 VVG geschuldet ist, aber dennoch erteilt wird.

Vom Wortlaut des § 6 Abs. 1 VVG ist *jeder* Rat umfasst und somit auch ein Rat zu einer bestimmten Versicherung, sowie als Minus hierzu, jeder Hinweis, der aufgrund einer tatsächlich übernommenen Beratung oder im Rahmen der „all-

¹²⁰¹ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. bb. und C. IV. 5. b. aa.

¹²⁰² Vgl. oben unter C. IV. 5. b. aa.

¹²⁰³ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 re. Sp.

¹²⁰⁴ Vgl. *Beenzen/Sandkühler*, S. 76 zu § 42c VVG a.F.; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 25.

gemeinen Wahrheitspflicht“ gegeben wird. Gegen ein derartiges Verständnis der Begründungspflicht könnte jedoch in systematischer Hinsicht sprechen, dass diese in § 6 Abs. 1 VVG auf die dortige Beratungspflicht Bezug nimmt und daher unabhängig hiervon erteilte Ratschläge und Hinweise nicht erfasst werden. Entscheidend für ein weiter reichendes Verständnis der Begründungspflicht spricht demgegenüber deren Zweck. Der Versicherungsnehmer soll eine Beratung nachvollziehen können. Zum Inhalt des Beratungsgespräches gehören jedoch auch solche Ratschläge und Hinweise, die zwar nicht im konkreten Fall gemäß § 6 Abs. 1 VVG geschuldet waren, aber dennoch erteilt wurden. Es wäre weder für den Versicherungsnehmer verständlich, weswegen nur ein nach § 6 Abs. 1 VVG geschuldeter Rat zu begründen wäre, obwohl tatsächlich auch hiervon unabhängige Ratschläge und Hinweise auf seine Entscheidung eingewirkt haben, noch wäre es für den Versicherer bzw. seinen Vertreter möglich, sicher zu beurteilen, ob eine Mitteilung gemäß § 6 Abs. 1 VVG geschuldet und daher zu begründen ist oder nicht. Hieraus folgt zugleich, dass, soweit gemäß § 6 Abs. 6 VVG keine Beratung nach Abs. 1 VVG geschuldet ist, die dennoch erteilten Ratschläge und Hinweise zu begründen sind.

cc. Kritik

Eine spontane Beratungspflicht hat der Gesetzgeber nicht normiert, sondern diese, ebenso wie die Fragepflicht, anlassbezogen ausgestaltet. Die Umstände, die einen Anlass zur Beratung geben, sind vielfältig und können aufgrund ihrer unterschiedlichen Gewichtung umfassende Beratungspflichten des Versicherers auslösen. Eine Beratungspflicht entfällt daher erst, wenn der Versicherungsnehmer den konkreten Wunsch nach einem bestimmten Versicherungsvertrag äußert und auch sonst keine Umstände ersichtlich sind, die den Abschluss des in Aussicht genommenen Vertrages nicht bedarfsgerecht erscheinen lassen¹²⁰⁵. Insofern wirkt es sich zugunsten des Versicherungsnehmers aus, dass der Gesetzgeber den Versicherer verpflichtet, ihn anlassbezogen nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und sich damit die notwendigen Kenntnisse über seinen Versicherungsbedarf zu verschaffen. Zugleich wirkt es sich zu seinen Gunsten aus, dass der Gesetzgeber es nicht bei einer Aufklärungspflicht des Versicherers belassen hat, sondern ausdrücklich eine Beratung vorschreibt und damit neben rein tatsächlichen Informationen auch eine wertende Stellungnahme in Form einer Empfehlung verlangt, die über die Pflicht zur Begründung eines erteilten Rates nachvollziehbar wird. Dies ermöglicht es dem Versicherungsnehmer, zumindest mit Blick auf unterschiedliche Angebote eines Versicherers, das für ihn geeignete Produkt leichter auswählen zu können. Es ist somit von einer deutlichen Erweiterung der Beratungsverantwortlichkeit gegenüber der bisheri-

¹²⁰⁵ Vgl. Reiff, S. 27; ders., Versicherungsvermittlerrecht, S. 79 zu § 42c Abs. 1 VVG a.F.

gen Rechtslage und somit von einer dementsprechenden Verbesserung des Schutzes des Versicherungsnehmers auszugehen¹²⁰⁶.

dd. Formale und zeitliche Anforderungen

Neben den inhaltlichen Anforderungen der Pflichten zur Beratung und Begründung, stellt sich die Frage, wie diese in formaler und zeitlicher Hinsicht zu erfüllen sind.

Teilweise wird in der Literatur zur Beantwortung dieser Frage auf § 6 Abs. 2 S. 1 VVG abgestellt und der Schluss gezogen, dass die Beratung vor dem Abschluss des Versicherungsvertrages zu erfolgen habe¹²⁰⁷. Als Konsequenz wird aufgezeigt, dass der Gesetzeswortlaut eine Beratung des Versicherungsnehmer sogar noch nach der Abgabe seiner Willenserklärung zulasse, soweit der Vertrag erst mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Versicherers zustande kommt¹²⁰⁸.

Mit Rücksicht auf den Zweck der Beratungspflicht, den Versicherungsnehmer bei seiner Entscheidung zu unterstützen, wird demgegenüber vorgeschlagen, das Merkmal „vor Abschluss des Vertrages“ im Sinne von „vor der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers“ auszulegen¹²⁰⁹. Zwar könne der Versicherungsnehmer seine Willenserklärung gemäß § 8 Abs. 1 VVG widerrufen, wenn er sich aufgrund der Beratung gegen den Vertragsschluss entscheidet¹²¹⁰, allerdings wäre dies für ihn ungünstig, da er nun aktiv werden müsste, um den bereits geschlossenen Vertrag wieder zu beseitigen¹²¹¹.

Im Ergebnis ist den Stimmen in der Literatur zuzustimmen, welche die Beratung des Versicherungsnehmers vor Abgabe seiner Willenserklärung ansiedeln wollen. Es bedarf hierzu jedoch keiner entsprechenden Auslegung des § 6 Abs. 2 S. 1 VVG, denn die Norm bezieht sich ausschließlich auf die Dokumentationspflicht des Versicherers, da sie von der Übermittlung eines erteilten Rates und den Gründen hierfür in Textform spricht und damit einen bereits mündlich erteilten Rat des Versicherers voraussetzt. Dass die Beratungs- und Begründungspflicht vor der Abgabe der Vertragserklärung zunächst mündlich zu erfüllen sind¹²¹², folgt aus dem Sinn und Zweck dieser Pflichten. Eine Beratung dient dazu, eine Empfehlung zu geben, die aber nur dann sinnvoll ist, wenn der Versi-

¹²⁰⁶ Vgl. *Grote/Schneider*, BB 2007, S. 2689 (2690); *Marlow/Spuhl*, S. 24; *Schimikowski/Höra*, S. 104; *Stöbener*, ZVersWiss 2007, S. 465 (473).

¹²⁰⁷ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 26; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 32; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 28; ähnlich *Reiff*, S. 32 f, *ders.*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 87; zu § 42d Abs. 1 VVG a.F.

¹²⁰⁸ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 26; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 28. Im Ergebnis auch *Niederleithinger*, Teil A, Rn. 54.

¹²⁰⁹ Vgl. *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 32; *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 7.

¹²¹⁰ So *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 28; ähnlich *Niederleithinger*, Teil A, Rn. 54.

¹²¹¹ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 26f.

¹²¹² Vgl. *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 27; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 274; *ders.*, Rn. 268.

cherungsnehmer sich noch nicht durch die Abgabe seiner Willenserklärung für oder gegen ein Produkt entschieden hat. Das gleiche gilt für die Pflicht, die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben, da sie zu dessen Verständnis beitragen soll. Etwas Gegenteiliges folgt auch nicht aus der Möglichkeit, den Vertrag zu widerrufen, zumal das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 1 VVG gemäß Abs. 3 nicht in allen Fällen besteht, in denen eine Beratung geschuldet ist.

c. Pflicht zur Dokumentation

Neben den Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates ist der Versicherer gemäß § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG verpflichtet, den Beratungsvorgang zu dokumentieren. Fraglich ist, wie weit diese Dokumentationspflicht reicht und wie sie in formaler und zeitlicher Hinsicht zu erfüllen ist.

aa. Inhaltliche Anforderungen der Dokumentationspflicht

Hinsichtlich der vom Versicherer zu erstellenden Dokumentation bestimmt § 6 Abs. 1 S. 2 VVG, er habe *dies* unter Berücksichtigung der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages zu dokumentieren. In § 6 Abs. 2 S. 1 VVG heißt es demgegenüber, der Versicherer habe dem Versicherungsnehmer den erteilten Rat und die Gründe hierfür klar und verständlich vor dem Abschluss des Vertrages in Textform zu übermitteln. Indem § 6 Abs. 1 S. 2 VVG das Wort „dies“ verwendet, wird damit auf den vorangegangenen Satz 1 und die dort geregelten Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates Bezug genommen. Dies spricht dafür, die Dokumentationspflicht auf den gesamten Beratungsvorgang zu erstrecken, beginnend bei der Frage nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers und endend bei den Gründen für einen erteilten Rat¹²¹³. Bedenken bestehen jedoch, weil § 6 Abs. 2 S. 1 VVG nur von der Übermittlung des erteilten Rates und den Gründen hierfür spricht, so dass die Dokumentationspflicht auf diese Punkte beschränkt zu sein scheint¹²¹⁴. Fraglich ist daher, welche Punkte der Versicherer zu dokumentieren hat.

(1.) Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers

Eine eindeutige Antwort auf die Frage, was der Versicherer zu dokumentieren hat, kann der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 2 VVG nicht entnommen werden. Dort wird ausgeführt, dass die Pflicht des Versicherers nach Satz 1, dem Versicherungsnehmer den erteilten Rat und die hierfür maßgeblichen Gründe nach Abs. 1 Satz 1 als Dokumentation vor Vertragsschluss in Textform zu übermitteln, mit der Verpflichtung des Versicherungsvermittlers übereinstimme¹²¹⁵. Die

¹²¹³ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 29; Munkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 26; Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 28; ferner Michaelis, in: PK-VVR, § 61, Rn. 14 zu § 61 VVG.

¹²¹⁴ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 29.

¹²¹⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 re. Sp.

Gesetzesbegründung scheint daher vordergründig dafür zu sprechen, dass nur der erteilte Rat und die dazu gehörenden Gründe zu dokumentieren sind. Gleichwohl soll diese Pflicht mit derjenigen des Versicherungsvermittlers nach § 62 Abs. 1 VVG übereinstimmen.

§ 62 Abs. 1 VVG bestimmt, dass dem Versicherungsnehmer die Informationen nach § 61 Abs. 1 VVG vor dem Abschluss des Vertrages klar und verständlich in Textform zu übermitteln sind. § 61 Abs. 1 S. 1 VVG entspricht der Regelung des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG und in § 61 Abs. 1 S. 2 VVG heißt es wiederum, er habe *dies* unter Berücksichtigung der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages nach § 62 VVG zu dokumentieren. Anders als § 6 Abs. 2 S. 1 VVG spricht § 62 Abs. 1 VVG nicht nur von dem erteilten Rat und den Gründen hierfür, sondern von den Informationen nach § 61 Abs. 1 VVG. Die dortige Regelung zur Dokumentation in § 61 Abs. 1 S. 2 VVG nimmt wiederum mit der Wendung „dies“ auf den Abs. 1 S. 1 Bezug und kann daher bei wörtlicher Lesart so verstanden werden, dass neben dem erteilten Rat und den dazu gehörenden Gründen auch die Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers zu dokumentieren sind. Demgegenüber scheint die Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers und damit auch die des Versicherers nicht die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu umfassen. Diese Einschätzung begegnet allerdings mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben des Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG Bedenken.

Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG begründet für den Versicherungsvermittler die Pflicht, die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren. Folgt man indes streng dem Wortlaut von § 61 Abs. 1 S. 2 VVG mit der Wendung „dies“, wird hierdurch auf die Pflicht des Versicherungsvermittlers, nach den Wünschen und Bedürfnissen zu fragen, Bezug genommen. Somit wären die Fragen des Versicherungsvermittlers zu dokumentieren. Den europarechtlichen Vorgaben entspricht ein derart beschränkte Dokumentation nicht, da hiernach die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden zu dokumentieren sind, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherungsvermittler nach diesen gefragt hat. Folglich ist, unabhängig von der Notwendigkeit einer entsprechenden Klarstellung durch den Gesetzgeber, § 61 Abs. 1 S. 2 VVG bis zu einer Gesetzesänderung richtlinienkonform dahin auszulegen, dass auch die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu dokumentieren sind. Aus der richtlinienkonformen Auslegung des § 61 Abs. 1 S. 2 VVG folgt für die §§ 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 VVG, dass auch die Dokumentationspflicht des Versicherers die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers umfasst. Zwar gelten die Vorgaben der RL 2002/92/EG unmittelbar nur für Versicherungsvermittler, jedoch hat der Gesetzgeber die Pflichten des Versicherers an

denen des Vermittlers orientieren wollen¹²¹⁶ und somit die Richtlinie überschießend umgesetzt. Daher sind die für den Versicherer maßgeblichen Bestimmungen aufgrund des gesetzgeberischen Willens, einen Pflichtengleichlauf zwischen Versicherungsvermittler und Versicherer zu begründen, in gleicher Weise „quasirichtlinienkonform“ auszulegen. Folglich hat der Versicherer auch die Wünsche und Bedürfnisse zu dokumentieren¹²¹⁷.

(2.) Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen

Fraglich ist, ob der Versicherer neben den Wünschen und Bedürfnissen auch die Fragen nach diesen zu dokumentieren hat. Wie zu § 61 Abs. 1 S. 2 VVG ausgeführt, legt eine wörtliche Lesart der Norm eine Pflicht des Versicherungsvermittlers nahe, die Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen zu dokumentieren. Entsprechend könnte auch § 6 Abs. 1 S. 2 VVG verstanden werden.

Die praktischen Folgen einer solchen Dokumentationspflicht wären sehr weit reichend. Für den Versicherer bzw. dessen Vertreter kann bei einem Gespräch mit dem Versicherungsnehmer mitunter schwer zu beurteilen sein, ob er gemessen an den gesetzlichen Kriterien verpflichtet ist, eine bestimmte Frage nach den Wünschen und Bedürfnissen zu stellen oder ob er sich im konkreten Fall jenseits des gesetzlich Geschuldeten bewegt. Im Zweifel würde daher ein Versicherer alle von ihm gestellten Fragen nebst Antworten dokumentieren. Demgegenüber sollen die Angaben in der Dokumentation der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages anzupassen sein, womit der Gesetzgeber das gleich lautende Kriterium aus Art. 12 Abs. 3 S. 2 der RL 2002/92/EG übernommen hat. Wie auch bei der Auslegung der Richtlinienvorgaben stellt sich das Problem, dass die Komplexität eines Versicherungsvertrages in erster Linie den Umfang einer Beratungspflicht begrenzt und sich insoweit nur mittelbar die Dokumentationspflicht auswirkt¹²¹⁸. Dennoch kommt in dieser Einschränkung die Regelungsabsicht zum Ausdruck, dass der Umfang der Dokumentation sich in Grenzen halten soll. Zu überlegen ist daher, ob nicht eine Aufzeichnung der Fragen entbehrlich ist.

Einerseits könnte argumentiert werden, dass die Dokumentation nach § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG, ebenso wie die Dokumentationspflicht aus Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG, dazu dient, dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit zu verschaffen, eine erfolgte Beratung nachzuvollziehen, um diese bei der Auswahlentscheidung für ein bestimmtes Versicherungsprodukt berücksichtigen zu

¹²¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.

¹²¹⁷ Vgl. Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 28; ferner *Beenken/Sandkühler*, S. 80; *Belz/Beenken*, VW 2006, S. 747; *Reiff*, S. 28; *ders.*, VersR 2007, S. 717 (726) zu § 42c VVG a.F.; *Michaelis*, in: PK-VVR, § 61, Rn. 14 zu § 61 VVG.

¹²¹⁸ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (bb.).

können¹²¹⁹. Da die Beratung maßgeblich von den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers abhängt, käme es somit darauf an, diese zu dokumentieren. Ob und inwieweit diese Beratungsgrundlage durch Nachfragen erarbeitet worden ist, interessiert demgegenüber weniger. Zudem spricht eine strenge Orientierung an den Vorgaben der RL 2002/92/EG dafür, von der Dokumentationspflicht die Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen auszunehmen¹²²⁰.

Andererseits lässt eine solche Argumentation außer Betracht, dass ausweislich der Begründung zu § 42d Abs. 1 VVG a.F.¹²²¹ der Gesetzgeber der Dokumentation die Bedeutung beimisst, dass diese dem Versicherungsnehmer bei der Geltendmachung seiner Rechte dienen soll¹²²². Da der Gesetzgeber hinsichtlich der Dokumentationspflicht des Versicherers von einem Gleichlauf dieser Pflicht mit derjenigen des Versicherungsvermittlers ausgeht¹²²³, trifft diese Zweckerwägung auch auf § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG zu. Gemäß § 6 Abs. 5 VVG soll der Versicherungsnehmer wegen der Verletzung der Pflichten nach Abs. 1 VVG, zu denen auch die Befragungspflicht gehört, Schadensersatz verlangen können. Damit die Dokumentation bei der Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs von Nutzen ist, muss diese auch die Fragen des Versicherers umfassen, um den Nachweis einer entsprechenden Pflichtverletzung erbringen zu können¹²²⁴. Anderenfalls liefe diese Zweckerwägung des Gesetzgebers leer.

Vor diesem Hintergrund ist auch die teilweise in der Literatur vertretene Auffassung, wonach zwischen einer internen Dokumentation des Versicherers nach § 6 Abs. 1 S. 2 VVG und einer externen, dem Versicherungsnehmer zu übermittelnden Dokumentation, zu unterscheiden sei¹²²⁵, abzulehnen. Vielmehr ist § 6 Abs. 2 S. 1 VVG i.V.m. Abs. 1 S. 2 VVG und angesichts der Vorstellungen des Gesetzgebers über die Funktion der Dokumentation so zu verstehen, dass der erteilte Rat und die Gründe hier nur stellvertretend für den gesamten Inhalt der Beratungsdokumentation stehen, die auch die Wünsche und Bedürfnisse sowie die Fragen nach diesen umfasst¹²²⁶. Das eingangs angesprochene Ziel der Begrenzung des Umfangs der Dokumentationspflicht ist daher nicht dadurch zu erreichen, dass auf eine Dokumentation der Fragen des Versicherers verzichtet wird.

¹²¹⁹ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (dd.).

¹²²⁰ Vgl. im Ergebnis *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 29; ferner wohl auch *Beenken/Sandkühler*, S. 80; *Belz/Beenken*, VW 2006, S. 747; *Reiff*, S. 28; *ders.*, VersR 2007, S. 717 (726) zu § 42c VVG a.F.

¹²²¹ Nun § 62 VVG.

¹²²² Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 li Sp.

¹²²³ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 58 re. Sp.

¹²²⁴ Vgl. *Michaelis*, in: PK-VVR, § 61, Rn. 14 zu § 61 VVG.

¹²²⁵ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 29. In diese Richtung auch *Neuhaus/Kloth*, S. 38 und 41.

¹²²⁶ Vgl. im Ergebnis *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 28; *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 28; *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 31; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 269; ferner *Michaelis*, in: PK-VVR, § 61, Rn. 14 zu § 61 VVG.

(3.) Rat und Begründung

Neben den Wünschen und Bedürfnissen sowie den Fragen hiernach sind sowohl der zu einer bestimmten Versicherung erteilte Rat als auch die Gründe hierfür zu dokumentieren¹²²⁷. Ebenso wie die Pflicht zur Beratung nicht nur auf die Empfehlung eines bestimmten Produktes beschränkt ist, sondern auch Elemente der Aufklärung umfasst, bedeutet dies, dass auch diese Hinweise des Versicherers zu dokumentieren sind¹²²⁸.

Zweifelhaft ist aber, ob nur diejenigen Ratschläge und Hinweise der Dokumentationspflicht unterliegen, zu deren Erteilung der Versicherer gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG verpflichtet ist, oder auch diejenigen, die aus einer tatsächlich übernommenen Beratung resultieren bzw. die entsprechend der „allgemeinen Wahrheitspflicht“ erteilt worden sind.

Bei der Begründungspflicht ist dargelegt worden, dass auch diejenigen Ratschläge und Hinweise zu begründen sind, die nicht gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG geschuldet werden¹²²⁹. Da mit der Dokumentationspflicht unter anderem bezweckt wird, die erfolgte Beratung nachvollziehen zu können, um diese bei einer Auswahlentscheidung zu berücksichtigen¹²³⁰, ist davon auszugehen, dass nicht nur die gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG erteilten Ratschläge und Hinweise sowie deren Gründe zu dokumentieren sind, sondern auch die hiervon unabhängig erteilten, weil sie in gleicher Weise auf die Entscheidung des Versicherungsnehmers einwirken.

Zweifelhaft ist weiterhin, wie detailliert die Angaben des Versicherers in der Dokumentation sein müssen. Um den Aufwand in Grenzen zu halten, stellt der Gesetzgeber gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 VVG auf die Komplexität des angebotenen Vertrages ab. Demgegenüber ist bereits dargelegt worden, dass dieses Kriterium in erster Linie nur geeignet ist, eine Pflicht zur Beratung zu beschränken, und sich daher nur mittelbar auf eine Dokumentationspflicht auswirkt¹²³¹. Der Umfang der erforderlichen Angaben wird daher vorrangig durch den Zweck der Dokumentationspflicht vorgegeben. Zum einen soll mit dem dokumentierten Beratungsvorgang der Versicherungsnehmer in die Lage versetzt werden, die erfolgte Beratung nachvollziehen zu können. Dies leuchtet insoweit ein, als er vor Abgabe seiner Willenserklärung zwar die Informationen nach § 7 VVG in Textform zur Verfügung stehen, er jedoch hinsichtlich der Beratung allein auf sein Erinnerungsvermögen angewiesen wäre. Zum anderen soll die Dokumentation es ihm erleichtern, etwaige Rechte wegen der Verletzung von Pflichten nach

¹²²⁷ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 29; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 26; *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18a, Rn. 28.

¹²²⁸ Vgl. *Belz/Beenken*, VW 2006, S. 747 (748).

¹²²⁹ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. bb. (2.).

¹²³⁰ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. aa. (2.).

¹²³¹ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (bb.) und C. IV. 5. c. aa. (2.).

§ 6 Abs. 1 VVG geltend machen zu können¹²³². Folglich muss die Dokumentation so ausführlich sein, dass die erfolgte Beratung und deren Gründe aus sich heraus verständlich sind. Dies wird auch durch § 6 Abs. 2 S. 1 VVG unterstrichen, wonach Rat und Gründe klar und verständlich sein müssen.

Zu erreichen ist dieses Ziel über ein Ergebnisprotokoll¹²³³, welches neben den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers sowie den Fragen hiernach in kurzen Sätzen sowohl eine konkret ausgesprochene Empfehlung als auch sonstige aufklärende Hinweise umfasst und deren Gründe angibt. Durch Beratungsformulare, die es dem Versicherungsvertreter erlauben, *allein* stichwortartig gefasste Punkte anzukreuzen, kann der Dokumentationspflicht demgegenüber nicht nachgekommen werden, da insoweit die Dokumentation die Besonderheiten des Einzelfalles unberücksichtigt ließe¹²³⁴. Zwar geht der Gesetzgeber davon aus, dass Beratungsprotokolle in Formularform von der Praxis entwickelt werden können, jedoch verzichtet er auf nähere inhaltliche Vorgaben¹²³⁵. Um den Besonderheiten der jeweiligen Beratungssituation Rechnung zu tragen, müssen diese Formulare zumindest um individuelle Angaben ergänzt werden können, da anderenfalls die Formularvorgaben von vornherein eine wirklichkeitsgetreue Abbildung des erfolgten Beratungsvorgangs verhindern. Darüber hinaus ist ohnehin zu bezweifeln, ob allein das Ankreuzen standardisierter Stichworte klar und verständlich im Sinne von § 6 Abs. 2 S. 1 VVG ist.

bb. Formale und zeitliche Anforderungen

(1.) Formale Anforderungen

Bezüglich der äußeren Form einer Dokumentation bestimmt § 6 Abs. 2 S. 1 VVG, dass diese klar und verständlich in Textform zu übermitteln ist. Mit der Textform im Sinne des § 126b BGB entspricht der Gesetzgeber den formalen Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/92/EG und wird damit seinem selbst gesetzten Ziel gerecht, die Pflichten des Versicherers an denen des Versicherungsvermittlers zu orientieren. Im Hinblick auf den Einsatz von elektronischen Speichermedien wie CD-ROM, USB-Stick etc. gelten mit Blick auf Dokumentation die gleichen einschränkenden Bedenken wie bei § 7 Abs. 1 S. 1 VVG zu den vorvertraglichen Informationen¹²³⁶. Es ist daher für den Versicherer unumgänglich, zumindest auch die Möglichkeit einer Dokumentation in Papierform bereit zu halten, sei es, dass der Versicherungsvertreter diese handschriftlich fertigt und sie in Kopie oder Durchschrift zur Verfügung stellt oder dass er

¹²³² Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 li. Sp. zu § 42d VVG a.F.

¹²³³ Vgl. *Beenken/Sandkühler*, S. 81; *Belz/Beenken*, VW 2006, S. 747; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl. § 18a, Rn. 28.

¹²³⁴ Vgl. *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 28.

¹²³⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 li. Sp. zu 42d VVG a.F.

¹²³⁶ Vgl. oben unter C. III. 4. f. aa.

die notwendigen Angaben am PC erfasst und diese für den Versicherungsnehmer ausdrückt.

(2.) Zeitliche Anforderungen

In zeitlicher Hinsicht ist die Dokumentation gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 VVG vor dem Abschluss des Vertrages zu übermitteln. Dieser Zeitpunkt weicht von der Formulierung des § 7 Abs. 1 VVG ab, wonach die vorvertraglichen Informationen rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers zu übermitteln sind. Fraglich ist daher, inwieweit sich in der Sache Unterschiede wegen der verschiedenen Formulierungen ergeben.

Vom Wortlaut her könnte die Dokumentation dem Versicherungsnehmer auch noch nach Abgabe seiner Vertragserklärung übermittelt werden¹²³⁷. In der Tat gehen der Gesetzgeber und Teile der Literatur¹²³⁸ davon aus, dass die Dokumentation dem Versicherungsnehmer erst nach Abgabe seiner Willenserklärung zur Verfügung stehen muss. In der Gesetzesbegründung zu § 42d VVG a.F., welcher § 62 Abs. 1 VVG entspricht und der als maßgeblichen Zeitpunkt, ebenso wie § 6 Abs. 2 S. 1 VVG, „vor dem Abschluss des Vertrages“ bestimmt, heißt es, dass hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem die Mitteilungen und Angaben dem Kunden spätestens übermittelt werden müssen, sich die Umsetzung an den Vorgaben in Artikel 12 Abs. 1 und 3 der RL 2002/92/EG orientiere. Eine Vorverlegung bereits auf den Zeitpunkt der Abgabe der Vertragserklärung würde die Versicherungsvermittler vor eine praktisch kaum lösbare Aufgabe stellen, da diese ständig umfassende Materialien für alle von ihnen vermittelten Versicherungsprodukte bei sich führen müssten, um diese den Kunden gegebenenfalls bei Abgabe einer Vertragserklärung übergeben zu können. Es entspreche der allgemeinen Praxis, dass der Kunde zum Zeitpunkt seiner Vertragserklärung in zusammengefasster Weise über das Versicherungsprodukt informiert wird. In Anbetracht der Befragungspflicht des Versicherungsvermittlers sei der Kunde hinreichend geschützt, wenn er die vollständigen Angaben erst zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erhält, die ihm dann als Grundlage zur Geltendmachung etwaiger Rechte dienen¹²³⁹. Diese Ausführungen in der Gesetzesbegründung überzeugen aus mehreren Gründen nicht:

Der Gesetzgeber lehnt sich mit der Formulierung „vor dem Abschluss des Vertrages“ an Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG an, wo als maßgeblicher Zeitpunkt „vor Abschluss eines Versicherungsvertrages“ bestimmt wird. Die Auslegung

¹²³⁷ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. dd.; ferner *Reiff*, S. 32; *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 90; zu § 42d VVG a.F.

¹²³⁸ Vgl. *Ebers*, PK-VVR, § 6, Rn. 31; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 29; *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 31; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 277; *ders.*, Rn. 271; ferner *F. Baumann*, in: *MAH*, § 4, Rn. 65; *Michaelis*, in: PK-VVR, § 63, Rn. 4 zu § 62 VVG.

¹²³⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 li. Sp.

von Art. 12 Abs. 3 hat jedoch ergeben, dass damit der Zeitpunkt vor der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers gemeint ist¹²⁴⁰. Entscheidend für dieses Auslegungsergebnis ist dabei die Überlegung, dass der Versicherungsnehmer mit der Beratungsdokumentation in die Lage versetzt werden soll, die Beratung nachzuvollziehen, um sie bei seiner Auswahlentscheidung für ein bestimmtes Produkt berücksichtigen zu können¹²⁴¹.

Diesen Aspekt lässt der Gesetzgeber indes außer Betracht. Vielmehr betont er, dass der Versicherungsnehmer die Dokumentation zur Grundlage der Geltendmachung etwaiger Rechte machen kann. Im Anschluss daran wird auch in der Literatur vornehmlich auf die Beweisfunktion der Dokumentation abgestellt¹²⁴². Ginge es allerdings nur darum, erscheint es zweifelhaft, weswegen die Dokumentation spätestens bei Vertragsschluss vorliegen muss. Insoweit könnte es auch ausreichen, sie nach Vertragsschluss zu übermitteln. Dies sieht der Gesetzgeber indes nur für den Fall des § 6 Abs. 2 S. 2 VVG vor. Schließlich überzeugt auch die Überlegung des Gesetzgebers nicht, wonach die Übermittlung der Dokumentation vor der Abgabe der Vertragserklärung zu einer für den Vermittler praktisch kaum lösbaren Aufgabe führen soll. Die Dokumentation kann im Gespräch mit dem Kunden entweder handschriftlich oder am PC erstellt werden, und zwar nicht nur in den Geschäftsräumen des Vermittlers, sondern unter Einsatz von Notebook und tragbarem Drucker auch vor Ort beim Kunden. Folglich kann es nicht darum gehen, umfassende Materialien für alle zu vermittelnden Produkte mit sich zu führen¹²⁴³. Dieser Umstand wäre vielmehr bei den Informationspflichten nach § 7 Abs. 1 VVG von Bedeutung, wird dort aber erst gar nicht thematisiert.

Wie bereits erwähnt, trägt die Dokumentation dazu bei, dass der Versicherungsnehmer die Inhalte der Beratung rekapitulieren kann. In gleicher Weise wie ihm die vorvertraglichen Informationen in Textform vor Abgabe seiner Vertragserklärung vorliegen, muss ihm ebenso das Beratungsprotokoll zur Verfügung stehen, damit er dieses bei seiner Auswahlentscheidung für ein Versicherungsprodukt berücksichtigen kann. Von Bedeutung ist dies vor allem dann, wenn zwischen der Beratung und der Abgabe der Vertragserklärung ein längerer Zeitraum liegt, etwa weil der Versicherungsnehmer sich entschließt, in Ruhe zu Hause die vorvertraglichen Informationen durchzugehen.

Hinsichtlich der Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers sprechen somit die bereits bei der Auslegung der Richtlinienvorgaben maßgeblichen Gesichtspunkte¹²⁴⁴ dafür, die Formulierung „vor Abschluss des Vertrages“ im We-

¹²⁴⁰ Vgl. oben unter C. IV. 3. b.

¹²⁴¹ Vgl. auch *Reiff*, S. 32; *ders.*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 90 zu § 42d VVG a.F.

¹²⁴² Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 277; *ders.*, Rn. 271.

¹²⁴³ Vgl. *Abram*, RuS 2005, S. 137 (141f); *Reiff*, Versicherungsvermittlerrecht, S. 90.

¹²⁴⁴ Vgl. oben unter C. IV. 3. b.

ge einer richtlinienkonformen Auslegung auf den Zeitpunkt vor Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu konkretisieren. Mit Blick auf die Pflicht des Versicherers gilt auf Grund einer „quasirichtlinienkonformen Auslegung“ nichts anderes¹²⁴⁵, da der Gesetzgeber zwischen den Pflichten des Vermittlers und denen des Versicherers einen Gleichlauf begründen wollte.

Für diese Auffassung spricht auch ein weiterer Gesichtspunkt, der mit der Beweisfunktion der Dokumentation zusammenhängt. Je mehr Zeit zwischen dem Beratungsgespräch und der Dokumentation liegt, desto eher besteht die Gefahr, dass infolge von Erinnerungslücken beim Dokumentationspflichtigen sich Ungenauigkeiten einschleichen und damit der Beweiswert der Dokumentation abnimmt. Deshalb sollte möglichst zeitnah dokumentiert werden, was am sichersten erreicht wird, wenn dies noch vor der Abgabe der Willenserklärung geschieht¹²⁴⁶.

Abweichend vom gesetzlichen Regelfall ist die Dokumentation gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 VVG dem Versicherungsnehmer unverzüglich nach Vertragsschluss zu übermitteln, wenn der Versicherungsnehmer dies wünscht oder soweit es um den Abschluss eines Versicherungsvertrages über eine vorläufige Deckung geht. In diesen Fällen genügt zunächst eine mündliche Übermittlung der Informationen. Insoweit entspricht die getroffene Regelung auch den Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 der RL 2002/92/EG. Ferner kann die Pflicht zur Übermittlung der Dokumentation in Textform nach Vertragsschluss gemäß § 6 Abs. 2 S. 3 HS 2 VVG auch ganz unterbleiben, wenn der Versicherungsvertrag nicht zustande kommt oder es um den Abschluss eines Vertrages über eine sofortige Deckung bei Pflichtversicherungen geht. Im letztgenannten ist aber die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Vorgaben der RL 2002/92/EG.

Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie sieht eine entsprechende Ausnahme nicht vor¹²⁴⁷. Zwar meint der Gesetzgeber, bei Vereinbarung einer sofortigen Deckung für Pflichtversicherungen reiche eine Dokumentation nach dem Zweck der Richtlinie für den später abgeschlossenen Hauptvertrag wegen der engen Verknüpfung beider Verträge aus¹²⁴⁸. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass sich an den Abschluss eines Vertrages über eine sofortige Deckung zwar regelmäßig der Abschluss eines Hauptvertrages anschließt, sich aber nicht anschließen muss¹²⁴⁹. Zwar gilt die RL 2002/92/EG nicht unmittelbar für die Pflichten des Versicherers, so dass der Gesetzgeber insoweit eine abweichende Regelung treffen könnte. Um jedoch den von ihm verfolgten Pflichtengleichlauf zwischen Versicherer und Versicherungsvermittler aufrecht zu erhalten, müsste er § 6 Abs. 1 S. 3 HS 2

¹²⁴⁵ Vgl. im Ergebnis auch *Marlow/Spuhl*, S. 27; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 32.

¹²⁴⁶ Vgl. *Schimikowski*, VW 2005, S. 1912 (1916).

¹²⁴⁷ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 279; *ders.*, Rn. 273.

¹²⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 re. Sp. zu § 42d VVG a.F.

¹²⁴⁹ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 279; *ders.*, Rn. 273.

VVG in diesem Punkt ändern, so wie dies für die Parallelregelung des § 62 Abs. 2 S. 2 HS 2 VVG infolge des Richtlinienverstößes notwendig ist.

d. Erfüllung der Pflichten durch den Versicherungsvertreter

Mit Blick auf die Neuregelung der Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten ist bislang ausschließlich von dem Versicherer als Verpflichteten gesprochen worden und davon, dass dieser die ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen hat. Da jedoch der Versicherer nicht persönlich mit dem Versicherungsnehmer in Kontakt tritt, sondern über seinen Versicherungsvertreter, stellt sich die Frage, welche Rolle dieser bei der Erfüllung der Pflichten des § 6 Abs. 1 und 2 VVG hat.

Hinsichtlich der Informationspflichten nach § 7 VVG ist die Rolle des Versicherungsvertreters klar definiert, denn diese Pflichten treffen ausschließlich den Versicherer, weswegen der Versicherungsvertreter insoweit als Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB auftritt. Entsprechendes galt auch nach alter Rechtslage hinsichtlich der Aufklärungs- und Beratungspflichten des Versicherers. Mit Blick auf die Pflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 VVG ist jedoch zu differenzieren: Soweit der Versicherungsvertreter Angestellter des Werbeaufendienstes ist, unterfällt dieser nicht den versicherungsvertragsrechtlichen Bestimmungen der §§ 61, 62 VVG, so dass er selbst keine eigenen Pflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer zur Frage, Beratung und Dokumentation zu erfüllen hat. Folglich tritt dieser im Hinblick auf die Pflichten des Versicherers als dessen Erfüllungsgehilfe auf.

Handelt der Versicherungsvertreter jedoch gewerbsmäßig im Sinne des § 59 Abs. 2 VVG, so treffen diesen gemäß §§ 61 Abs. 1, 62 Abs. 1 VVG die gleichen Pflichten wie den Versicherer nach § 6 Abs. 1 und 2 VVG. Versicherer und gewerbsmäßiger Versicherungsvertreter sind daher Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff BGB¹²⁵⁰. Erfüllt der Versicherungsvertreter seine Pflichten gegenüber dem Versicherungsnehmers, erfüllt er gemäß § 422 Abs. 1 S. 1 BGB auch die des Versicherers¹²⁵¹. Es kommt somit auf eine Stellung als Erfüllungsgehilfe nicht an. Fraglich ist jedoch, welche Folgen eintreten, wenn die Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt werden.

§ 425 Abs. 1 BGB begründet für die Gesamtschuld den Grundsatz, dass andere als in den §§ 422 bis 424 BGB bezeichnete Tatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt. § 425 Abs. 2 BGB nennt hierbei insbesondere das Verschulden. Vereinzelt ist daher die Ansicht geäußert worden, dass

¹²⁵⁰ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 23; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 32; *Werber*, *VersR* 2007, S. 1153 (1154); *ders.*, *VersR* 2008, S. 285.

¹²⁵¹ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 23; *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 3; *Werber*, *VersR* 2007, S. 1153 (1154); *ders.*, *VersR* 2008, S. 285 (286).

bei einer Verletzung der Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten nur der Versicherungsvertreter hafte, nicht aber der Versicherer. Insoweit könne nicht auf § 278 BGB zurückgegriffen werden, da der Vertreter nicht nur in Erfüllung der Pflichten des Versicherers, sondern auch in Wahrnehmung eigener Pflichten tätig geworden sei¹²⁵².

Es ist zweifelhaft, ob die in § 425 Abs. 2 BGB angeordnete Einzelwirkung des Verschuldens tatsächlich nur eine Haftung des Versicherungsvertreters begründet. Wegen seiner Schlechtleistung tritt keine Erfüllungswirkung ein, weswegen auch der Versicherer nicht über § 422 Abs. 1 S. 2 BGB befreit wird. Ergreift dieser keine eigenen Aktivitäten, um seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, haftet er möglicherweise wegen Nichterfüllung seiner Pflichten.

Unabhängig von derartigen alternativen Ansätzen, um eine Haftung des Versicherers zu begründen, überzeugt es vor allem wegen seiner Vertriebsorganisation nicht, eine Einzelwirkung beim Verschulden des Versicherungsvertreters anzunehmen. Der Versicherer setzt ihn im Rahmen seines Vertriebsnetzes ein, um Versicherungsverträge zu vermitteln. Es ist also von vornherein nicht vorgesehen, dass er sich anderweitig um die Erfüllung seiner Pflichten aus § 6 Abs. 1 und 2 VVG kümmert. Somit nimmt der Versicherungsvertreter nicht nur seine eigenen Pflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer wahr, sondern immer auch die des Versicherers. Der Versicherungsvertreter ist daher „der Mann des Versicherers vor Ort“, weswegen es auch der Erwartungshaltung des Versicherungsnehmers entspricht, dem Versicherer dessen Verschulden zuzurechnen¹²⁵³. Eine Einzelwirkung des Verschuldens kommt vor diesem Hintergrund nicht in Betracht. Fraglich ist jedoch, wie die Verschuldenszurechnung dogmatisch zu begründen ist.

Eine Variante wäre es, darauf abzustellen, dass sich aus dem Schuldverhältnis mit dem Versicherungsnehmer „ein anderes“ im Sinne von § 425 Abs. 1 BGB ergibt. Insoweit könnten die vorgenannten Gesichtspunkte herangezogen werden, um aus den bestehenden Pflichten von Versicherungsvertreter und Versicherer eine Gesamtwirkung des Verschuldens abzuleiten. Ein solcher argumentativer Aufwand ist jedoch entbehrlich, wenn neben § 425 BGB eine Verschuldenszurechnung auch über § 278 BGB in Frage kommt.

In der Kommentierung zu § 425 BGB wird eine Zurechnung des Verschuldens auch ohne Rückgriff auf die in § 425 Abs. 1 BGB formulierte Ausnahme für möglich erachtet, wenn ein Gesamtschuldner zugleich als Erfüllungsgehilfe eines anderen Gesamtschuldners tätig wird¹²⁵⁴. Auch in der Rechtsprechung ist

¹²⁵² Vgl. *Werber*, *VersR* 2007, S. 1153 (1154). In *VersR* 2008, S. 285 (287) weist *Werber* jedoch darauf hin, „dass ein Verharren bei dem in § 425 BGB vorgesehenen Grundsatz der Einzelwirkung wohl doch nicht der Weisheit letzter Schluss sein kann.“

¹²⁵³ Vgl. *Werber*, *VersR* 2008, S. 285 (288).

¹²⁵⁴ Vgl. *Noack*, in: *Staudinger*, § 425, Rn. 8; ähnlich: *Ehmann*, in: *Erman*, § 425, Rn. 16.

eine Zurechnung des Verschuldens eines Gesamtschuldners über § 278 BGB im Rahmen einer Haftung wegen „culpa in contrahendo angenommen worden“¹²⁵⁵. Zweifelhafte ist aber, ob eine Zurechnung des Verschuldens von Gesamtschuldner untereinander mit der Rechtsfigur des Erfüllungsgehilfen vereinbar ist.

Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit tätig wird¹²⁵⁶. Voraussetzung für die Stellung als Erfüllungsgehilfe ist somit die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners. Problematisch ist aber, ob nicht der Stellung als Erfüllungsgehilfe entgegensteht, dass diesen als Gesamtschuldner die gleichen Pflichten treffen wie die übrigen Gesamtschuldner¹²⁵⁷.

Kein Erfüllungsgehilfe ist, wer *nur* seine eigenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger erfüllt¹²⁵⁸. Dies schließt jedoch nicht aus, dass ein Erfüllungsgehilfe im Rahmen seiner Tätigkeit *auch* seine eigenen Verbindlichkeiten erfüllen will. Es drängt sich vielmehr eine Parallele zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag an, wo nach der Rechtsprechung auch derjenige Geschäftsführer sein kann, der zugleich eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Geschäftsherrn erfüllt¹²⁵⁹. Zudem spricht der hinter der Erfüllungsgehilfenhaftung stehende Gedanke dafür, dass auch ein Gesamtschuldner Erfüllungsgehilfe eines anderen Gesamtschuldners sein kann: Der Geschäftsherr haftet gemäß § 278 BGB, weil er sich durch den Einsatz des Erfüllungsgehilfen die Vorteile der Arbeitsteilung zunutze macht und er daher auch das Personalrisiko tragen soll¹²⁶⁰. Entsprechendes muss auch für einen Gesamtschuldner gelten, der sich eines anderen Gesamtschuldners bedient, um seine Pflichten zu erfüllen, anstatt selber tätig zu werden. Folglich ist davon auszugehen, dass eine Zurechnung des Verschuldens eines Gesamtschuldners über § 278 BGB in Frage kommt, wenn dieser zugleich auch Erfüllungsgehilfe ist¹²⁶¹.

6. Verzicht auf Beratung und Dokumentation

a. Reichweite und formale Anforderungen des Verzichts

§ 6 Abs. 3 VVG sieht vor, dass der Versicherungsnehmer auf die Beratung und Dokumentation nach den Abs. 1 und 2 durch eine gesonderte schriftliche Erklärung verzichten kann. Nicht ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut erfasst sind die

¹²⁵⁵ Vgl. OLG Frankfurt, BauR 2000, S. 1746 (1748f).

¹²⁵⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 278, Rn. 7.

¹²⁵⁷ Vgl. *Werber*, VersR 2007, S. 1153 (1154).

¹²⁵⁸ Vgl. *H. P. Westermann*, in: *Erman*, § 278, Rn. 18.

¹²⁵⁹ Vgl. *Sprau*, in: *Palandt*, § 677, Rn. 7 m.w.N.

¹²⁶⁰ Vgl. *Grundmann*, in: *MK*, § 278, Rn. 3; *Löwisch*, in: *Staudinger*, § 278, Rn. 1.

¹²⁶¹ Vgl. *Werber*, VersR 2008, S. 285 (288). Im Ergebnis auch: *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 6, Rn. 3; *Neuhaus/Kloth*, S. 36; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 32; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 5, Rn. 129.

Fragen nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers. Da jedoch mit diesen Fragen die Grundlage für eine Beratung geschaffen wird und sie daher Teil des Beratungsvorgangs sind, ist der Begriff der Beratung in einem weiteren Sinne zu verstehen, so dass die Pflicht zur Befragung ebenfalls vom Verzicht umfasst ist.

§ 6 Abs. 3 VVG stellt an einen Beratungsverzicht im Wesentlichen die gleichen Anforderungen wie § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG an einen Verzicht auf Vorabinformation. Mit Blick auf die Rechtsnatur des Verzichts sowie den formalen Anforderungen an eine Verzichtserklärung kann daher auf die entsprechenden Ausführungen zu § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG verwiesen werden¹²⁶². Ergänzend bestimmt § 6 Abs. 3 VVG lediglich, dass der Versicherungsnehmer in der Verzichtserklärung ausdrücklich darauf hinzuweisen ist, dass sich ein Verzicht nachteilig auf seine Möglichkeit auswirken kann, einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 5 VVG geltend zu machen.

Zu kritisieren ist an dieser Formulierung des Gesetzgebers, dass die Belehrung ungenau ist und damit zu Irritationen führen kann. Verzichtet der Versicherungsnehmer auf eine Beratung und Dokumentation, entsteht eine dahingehende Pflicht des Versicherers nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 VVG erst gar nicht, weswegen konsequenterweise auch kein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 5 VVG bestehen kann¹²⁶³. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Falle eines Verzichts Schadensersatzansprüche vollständig ausgeschlossen sind¹²⁶⁴.

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass im Falle eines Verzichts eine Beratungspflicht nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen weiterhin möglich sei, etwa wenn das Beratungsbedürfnis des Versicherungsnehmers für den Versicherer evident und ihm eine Beratung möglich und zumutbar sei. Eine Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten könne gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz begründen¹²⁶⁵.

Da der Gesetzgeber mit der Regelung des § 6 Abs. 1 VVG die bisherige Rechtsprechung kodifizieren wollte, die ihrerseits Aufklärungs- und Beratungspflichten aus allgemeinen vertraglichen Grundsätzen hergeleitet hat, ist dieser Ansicht jedoch nicht uneingeschränkt zu folgen. Vielmehr soll der Versicherer mit der Verzichtserklärung von der Pflicht, anlassbezogen zu beraten, vollständig freigestellt werden. Unberührt bleiben nur die „allgemeine Wahrheitspflicht“ sowie Beratungspflichten infolge tatsächlicher Übernahme, welche ihrerseits nicht unter § 6 Abs. 1 VVG fallen¹²⁶⁶. Allein ihre Verletzung kann daher Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB begründen,

¹²⁶² Vgl. oben unter C. III. 5. a. und C. III. 5. b.

¹²⁶³ Vgl. *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 40.

¹²⁶⁴ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVG, § 6, Rn. 53.

¹²⁶⁵ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 29.

¹²⁶⁶ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. bb. (1.) (g.). (bb.) und C. IV. 5. b. bb. (1.) (g.) (cc.).

die somit von einem Verzicht nach § 6 Abs. 3 VVG unberührt bleiben¹²⁶⁷.

Problematisch ist somit, dass die vom Gesetzgeber verlangte Belehrung nicht nur in Bezug auf § 6 Abs. 5 VVG unzutreffend ist, sondern darüber hinaus den Eindruck erwecken kann, dass Schadensersatzansprüche von vornherein allein auf der Grundlage des § 6 Abs. 5 VVG in Betracht kommen. Mit Blick auf die Verletzung der Pflichten nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 VVG ist dies zwar zutreffend, jedoch können im Zuge eines Beratungsgespräches auch die „allgemeine Wahrheitspflicht“ sowie unter Umständen die Pflicht zur Beratung infolge tatsächlicher Übernahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB relevant werden. Um dem Zweck der Belehrung gerecht zu werden, nämlich dem Versicherungsnehmer die Verschlechterung seiner rechtlichen Lage zu verdeutlichen, stellt sich daher die Frage, wie zu belehren ist, um einerseits die Rechtslage zutreffend wiederzugeben, andererseits aber auch die Belehrung hinreichend verständlich zu gestalten.

Zu erreichen ist dieses Ziel, indem darüber aufgeklärt wird, dass die Vereinbarung eines Verzichts sich nachteilig auf die Möglichkeit auswirken kann, Schadensersatzansprüche gegen den Versicherer geltend zu machen. Ohne Bezugnahme auf § 6 Abs. 5 VVG vermeidet eine derartige Belehrung Unklarheiten in Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 6 Abs. 5 VVG, die ausgeschlossen sind und der tatsächlich bestehenden Möglichkeit, Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geltend zu machen. Zwar differenziert diese Belehrung nicht zwischen den verschiedenen Schadensersatzansprüchen, jedoch ist diese Ungenauigkeit im Sinne einer klaren Verständlichkeit zu tolerieren¹²⁶⁸, denn entscheidend ist allein, dass der Versicherungsnehmer für die Konsequenzen eines Verzichts sensibilisiert wird.

Fraglich ist, ob die Belehrung nach § 6 Abs. 3 VVG auch auf weitere Folgen eines Verzichts hinweisen muss. In der Literatur wird mit Blick auf die Belehrung nach § 61 Abs. 2 VVG vertreten, dass dessen Abs. 2 teleologisch dahin auszulegen sei, dass alle Konsequenzen des Beratungsverzichts offenbart werden müssen. So sei er auch darauf hinzuweisen, dass ohne eine Beratung nicht zu gewährleisten sei, dass das abgeschlossene Produkt dem Bedarf des Versicherungsnehmers entspreche¹²⁶⁹. Diese Ansicht könnte auf § 6 Abs. 3 VVG übertragen werden, allerdings wäre ihr nicht zu folgen. Je umfangreicher die Belehrung gestaltet wird und je genauer sie auf die möglichen Rechtsfolgen eines Beratungsverzichts eingeht, desto eher leidet ihre Verständlichkeit. Um ihren Zweck zu erreichen, erscheint es ausreichend, diese auf einen zentralen Punkt, nämlich

¹²⁶⁷ A.A. wohl *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 33.

¹²⁶⁸ A.A. *F. Baumann*, in: MAH, § 4, Rn. 72, zu § 61 Abs. 2 VVG.

¹²⁶⁹ Vgl. *Michaelis*, in: PK-VVR, § 61, Rn. 26

die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu beschränken. Indirekt wird somit auch auf die mögliche Folge des Abschlusses eines nicht bedarfsgerechten Vertrages hingewiesen, da hierin eine der Hauptursachen für Schadensersatzansprüche zu sehen ist.

b. Richtlinienkonformität von § 6 Abs. 3 VVG

Ebenso wie die Möglichkeit, auf die Vorabinformation nach § 7 Abs. 1 VVG zu verzichten, wird auch die Möglichkeit des Beratungsverzichts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes bzw. Schutzes des Versicherungsnehmers kritisiert. Insbesondere wird auf die Gefahr hingewiesen, dass es entsprechend geschulten Mitarbeitern des Versicherers leicht falle, von einem Versicherungsnehmer einen Beratungsverzicht zu erlangen¹²⁷⁰. Gleichwohl dürften Änderungen an der Verzichtsregelung des § 6 Abs. 3 VVG zu erwarten sein, wenn die in § 61 Abs. 2 VVG getroffene Parallelregelung über den Verzicht auf eine Beratung *oder*¹²⁷¹ Dokumentation durch den selbständigen Versicherungsvertreter gegen die RL 2002/92/EG verstößt und infolge des Richtlinienverstößes der deutsche Gesetzgeber eine Neuregelung treffen müsste. Zwar gelten die Vorgaben der Richtlinie nicht unmittelbar für den Versicherer, weswegen der Gesetzgeber mit § 6 Abs. 3 VVG auch ohne Rücksicht auf die RL 2002/92/EG eine Verzichtsregelung hinsichtlich der Pflichten des Versicherers normieren könnte. Möchte der Gesetzgeber jedoch sein Regelungskonzept beibehalten, wonach zwischen den Pflichten des selbständigen¹²⁷² Versicherungsvertreters und denen des Versicherers ein Gleichlauf bestehen soll¹²⁷³, wäre eine Änderung des § 6 Abs. 3 VVG infolge einer richtlinienwidrigen Ausgestaltung des § 61 Abs. 2 VVG unumgänglich.

In der Literatur wird die europarechtliche Zulässigkeit eines Verzichts auf die Beratung und Dokumentation zumeist kritisch gesehen. So wird darauf verwiesen, dass der Versicherungsnehmer wohl gemäß Art. 13 Abs. 2 der RL 2002/92/EG darauf verzichten könne, eine schriftliche Beratungsdokumentation vor Abschluss des Vertrages zu erhalten und er sich daher zunächst nur mit einer mündlichen Auskunft begnügen könne. Eine darüber hinausgehende Verzichtsmöglichkeit sehe die Richtlinie demgegenüber nicht vor¹²⁷⁴.

Dieser Einwand deutet in der Tat darauf hin, dass die Vorgaben der Richtlinie

¹²⁷⁰ Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1711); *Römer*, VuR 2007, S. 94 (95); *ders.*, VersR 2006, S. 740 (743); *Schwintowski*, ZRP 2006, S. 139 (141); *ders.*, in: *B/M*, § 6, Rn. 35.

¹²⁷¹ Insoweit weicht die Formulierung von § 61 Abs. 2 VVG von der des § 6 Abs. 3 VVG ab, gleichwohl soll ein Verzicht sowohl auf eine Beratung als auch auf eine Dokumentation möglich sein, vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 re. Sp. zu § 42c VVG a.F.

¹²⁷² Auf Angestellte des Werbeaufendienstes findet § 61 VVG keine Anwendung, vgl. oben unter C. I. 1.

¹²⁷³ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

¹²⁷⁴ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 35; *Schimikowski*, VW 2006, S. 1912 (1914).

im Übrigen zwingend ausgestaltet sind. Ferner sprechen die bereits bei der Untersuchung der Richtlinienkonformität des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG genannten Aspekte dafür, auch die Vorgaben der RL 2002/92/EG als zwingendes Recht zu behandeln¹²⁷⁵: Demnach stehen sowohl die mit der Richtlinie verfolgte Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen als auch der Schutzcharakter der Dokumentationspflicht einer Disposition durch den Versicherungsnehmers entgegen¹²⁷⁶. Folglich kommt es, ebenso wie bei den RL 92/49/EWG und 2002/83/EG, auch bei der RL 2002/92/EG nicht darauf an, dass nicht ausdrücklich die Unabdingbarkeit der Richtlinienvorgaben angeordnet wird. Von zwingenden Richtlinienvorgaben kann allerdings nur insoweit die Rede sein kann, wie die Richtlinie auch Pflichten vorsieht.

Bei der Auslegung von Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG ist dargelegt worden, dass der Richtliniengeber in Art. 12 Abs. 3 keine Fragepflicht des Versicherungsvertreters und auch keine allgemeine Beratungspflicht begründet, sondern vielmehr insoweit eine Beratung nach nationalem Recht voraussetzt. Mit der RL 2002/92/EG knüpft er somit an entsprechende mitgliedstaatliche Regelungen an und verpflichtet den Versicherungsvertreter dazu, die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren¹²⁷⁷. Eine Beratungspflicht besteht lediglich in dem von Art. 12 Abs. 2 der RL 2002/92/EG geregelten Sonderfall, dass ein Versicherungsvermittler mitteilt, auf der Grundlage einer objektiven Untersuchung zu beraten. Da diese Situation in den hier interessierenden Fällen des Abschlusses eines Versicherungsvertrages unter Vermittlung durch einen Ausschließlichkeitsvertreter regelmäßig nicht einschlägig ist, da dieser nur für einen Versicherer tätig ist und daher keine objektive Untersuchung des Marktes vornimmt, um den Versicherungsnehmer zu beraten, soll diese Pflicht im Folgenden außer Betracht bleiben. Folglich kann ein Verzicht darauf, dass der selbstständige Versicherungsvertreter nach den Wünschen und Bedürfnissen fragt und den Versicherungsnehmer berät, nicht gegen die Vorgaben der RL 2002/92/EG verstoßen¹²⁷⁸. Dies bedeutet zugleich, dass grundsätzlich auch ein Verzicht auf eine Dokumentation der Gründe für einen erteilten Rat möglich ist, denn ohne eine Beratungspflicht gibt es insoweit nichts zu dokumentieren¹²⁷⁹.

Fraglich ist jedoch, ob etwas anderes für den Fall gilt, dass trotz eines Verzichts tatsächlich eine Beratung des Versicherungsnehmers übernommen wird. Nach bisherigem Recht traf eine Beratungspflicht infolge einer tatsächlichen Über-

¹²⁷⁵ Vgl. oben unter C. III. 5. c. bb.

¹²⁷⁶ Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1711).

¹²⁷⁷ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (ee.).

¹²⁷⁸ Vgl. Münkkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 30; *Reiff*, S. 30, *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 84f; *ders.*, *VersR* 2007, S. 717 (726); *ders.*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 5, Rn. 167 zu § 61 VVG.

¹²⁷⁹ Vgl. *Reiff*, S. 30; *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 85; *ders.*, *VersR* 2007, S. 717 (726).

nahme allein den Versicherer, grundsätzlich aber nicht den Versicherungsvertreter¹²⁸⁰. Gleichwohl hat der Gesetzgeber mit den Pflichten des Versicherungsvertreters die bisherige Rechtsprechung normieren wollen¹²⁸¹, so dass er sich insoweit an den Pflichten des Versicherers orientiert hat. Ferner hat der Gesetzgeber zwischen den Pflichten des selbstständigen Versicherungsvertreters und denen des Versicherers einen Gleichlauf begründen wollen¹²⁸². Diese parallele Regelung beruht unter anderem auf dem Gedanken, dass den Vermittler keine Pflichten treffen sollen, die nicht auch der Versicherer hat¹²⁸³. Dieser Pflichtengleichlauf muss sich aber auch umgekehrt auf den Versicherungsvermittler auswirken, und zwar sowohl im Hinblick auf die „allgemeine Wahrheitspflicht“ als auch im Hinblick auf die Pflichten, die den Versicherer infolge einer tatsächlichen Übernahme gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB treffen. Schließlich gehen die auf diesen Pflichten beruhenden Angaben mit denen, die nach § 6 Abs. 1 VVG bzw. § 61 Abs. 1 VVG zu erteilen sind, im Zuge eines Beratungsgesprächs ineinander über und bilden somit aus der Sicht des Versicherungsnehmers eine Einheit. Da es das Ziel des Gesetzgebers ist, mit dem Pflichtengleichlauf auch sachlich nicht vertretbare Unterschiede zu vermeiden, die nur zu Unklarheiten führen können¹²⁸⁴, ist davon auszugehen, dass auch dem Versicherungsvermittler sowohl die „allgemeine Wahrheitspflicht“ als auch die Pflichten aus einer tatsächlichen Übernahme einer Beratung obliegen. Ihre normative Grundlage ist dabei nicht in § 61 Abs. 1 VVG, sondern in den §§ 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB zu sehen.

Somit besteht in den Fällen der tatsächlichen Übernahme einer Beratung eine Beratungspflicht des Versicherungsvermittlers kraft nationalen Rechts, weswegen er gemäß Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG verpflichtet ist, die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren. Ein Verzicht auf solche Dokumentation ist daher unter diesen Voraussetzungen richtlinienwidrig. Folglich verstößt § 61 Abs. 2 VVG insoweit gegen die RL 2002/92/EG und muss daher vom Gesetzgeber geändert werden. Fraglich ist jedoch, ob bis dahin eine richtlinienkonforme Auslegung möglich ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung geht der Gesetzgeber von einer uneingeschränkten Disponibilität der Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers aus¹²⁸⁵. Es entspricht daher seinem eindeutigen Regelungswillen, diese Pflicht über die getroffene Verichtsregelung des § 61 Abs. 2 VVG disponibel auszugestalten. Folglich kommt eine richtlinienkonforme Auslegung in Gestalt

¹²⁸⁰ Vgl. oben unter C. IV. 4. b. bb.

¹²⁸¹ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 li. Sp.

¹²⁸² Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp. und S. 58 li. Sp.

¹²⁸³ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 58 li. Sp.

¹²⁸⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 li. Sp.

¹²⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 24 re. Sp.

einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion der Verzichtregelung für die Fälle der tatsächlichen Übernahme einer Beratung nicht in Frage. Aus diesem Grunde scheidet auch eine „quasirichtlinienkonforme“ teleologische Reduktion des § 6 Abs. 3 VVG aus.

Möchte der deutsche Gesetzgeber weiterhin einen Pflichtengleichlauf zwischen Versicherungsvermittler und Versicherer beibehalten, ist in der Zukunft mit einer richtlinienkonformen Neuregelung des § 61 Abs. 2 VVG und infolgedessen auch des § 6 Abs. 3 VVG zu rechnen. Da aber ein Beratungsverzicht in den Fällen der tatsächlichen Übernahme einer Beratung nicht zu einem vollständigen Ausschluss der Beratungsverantwortlichkeit von Versicherer und Versicherungsvertreter führt und insoweit auch eine Pflicht zur Dokumentation bestehen bleibt, sollte sowohl die Verzichtregelung des § 61 Abs. 2 VVG als auch die des § 6 Abs. 3 VVG vollständig gestrichen werden.

Ferner ist zweifelhaft, ob der Versicherungsnehmer auf die Dokumentation seiner Wünsche und Bedürfnisse verzichten kann. Bei strenger Betrachtung des Wortlauts von Art. 12 Abs. 3 sind die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers auf jeden Fall zu dokumentieren, auch wenn nach nationalem Recht keine Beratung geschuldet ist.

Überzeugend ist diese Betrachtungsweise nicht. Anhand der Dokumentation soll der Versicherungsnehmer in die Lage versetzt werden, eine erfolgte Beratung nachvollziehen zu können. Ihre Grundlagen bilden die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers, die in eine konkrete Produktempfehlung umzusetzen sind. Besteht infolge des Verzichts keine Pflicht zur Beratung und wird eine solche auch nicht tatsächlich übernommen, kommt es nicht darauf an, die Wünsche und Bedürfnisse festzuhalten, da hierauf keine Beratung aufbaut. Selbst wenn die Dokumentation darüber hinaus dem Zweck dient, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu erleichtern, läuft diese Funktion leer, wenn keine Beratungspflicht besteht und damit auch kein Schadensersatzanspruch wegen ihrer Verletzung entstehen kann¹²⁸⁶. Eine isolierte Dokumentation der Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers ohne gleichzeitige Beratung ist daher nicht erforderlich. Den Fall, dass nach nationalem Recht keine Beratung durch den Versicherungsvermittler erfolgt, weil hierzu keine Pflicht besteht, hat der Richtliniengeber jedoch nicht bedacht¹²⁸⁷. Damit weist die RL 2002/92/EG eine planwidrige verdeckte Regelungslücke auf, so dass der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 für diesen Fall teleologisch zu reduzieren ist¹²⁸⁸.

In den Fällen, in denen infolge eines Verzichts eine Beratungspflicht des Versi-

¹²⁸⁶ Vgl. *Reiff*, S. 30, *ders.*, *Versicherungsvermittlerrecht*, S. 85; S. 30, *ders.*, *VersR* 2007, S. 717 (726).

¹²⁸⁷ Vgl. oben unter C. IV. 3. a. bb. (2.) (a.) (bb.).

¹²⁸⁸ Vgl. zur Möglichkeit und den Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion von sekundärem Gemeinschaftsrecht *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 13, 27-39.

cherungsvermittlers ausgeschlossen ist und eine solche auch nicht tatsächlich übernommen wird, besteht somit keine Pflicht zur Dokumentation der Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers.

Etwas anderes gilt jedoch für den Fall einer tatsächlichen Übernahme einer Beratung, da bei einer ordnungsgemäßen Beratung die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen sind und dementsprechend ihre Dokumentation gemäß Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG geschuldet ist. Daher ist ein entsprechender Verzicht auf diese Pflicht des Versicherungsvermittlers gemäß § 61 Abs. 2 VVG richtlinienwidrig.

Es ist daher in der Zukunft mit einer richtlinienkonformen Neuregelung für den Fall der freiwilligen Übernahme einer Beratung zu rechnen, und damit auch mit einer Neufassung des § 6 Abs. 3 VVG. Bis zu diesem Zeitpunkt kommt aus den gleichen Gründen wie im Hinblick auf die Dokumentation der Gründe für einen erteilten Rat eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 61 Abs. 2 VVG und somit auch eine „quasirichtlinienkonforme“ teleologische Reduktion des § 6 Abs. 3 VVG nicht in Betracht.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Regelung eines Beratungs- und Dokumentationsverzichts nicht gegen die Vorgaben der RL 2002/92/EG verstößt, soweit nicht tatsächlich eine Beratung übernommen wird. Insoweit ist § 61 Abs. 2 VVG wegen der Möglichkeit, auf die Dokumentation der Wünsche und Bedürfnisse sowie der Gründe für einen erteilten Rat zu verzichten, richtlinienwidrig, weswegen in diesem Punkt eine Änderung des VVG unumgänglich ist. Infolgedessen ist auch mit einer entsprechenden Änderung des § 6 Abs. 3 VVG zu rechnen, wobei eine vollständige Streichung der Verzichtsregelungen zu empfehlen ist.

7. Zusammenfassung

Die Pflichten nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 VVG ergänzen das Schutzkonzept durch vorvertragliche Informationen nach § 7 VVG. Trotz der anlassbezogenen Ausgestaltung dieser Pflichten führt die Neuregelung auf Grund der Vielzahl Anlass begründender Umstände vor allem auch wegen der Pflicht, nach den Wünschen und Bedürfnissen zu fragen, zu einer erheblichen Erweiterung der Beratungsverantwortlichkeit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer im Vergleich mit der bisherigen Rechtslage. Darüber hinaus trägt speziell die Pflicht des Versicherers zur Dokumentation dazu bei, den Beratungsschutz zu verbessern, da zum einen der Beratungsvorgang nachvollzogen und dessen Ergebnis bei einer Auswahlentscheidung des Versicherungsnehmers berücksichtigt werden kann sowie zum anderen Fehler im Beratungsvorgang leichter nachgewiesen werden können.

Speziell von der Pflicht des Versicherers zur Beratung gemäß § 6 Abs. 1 S. 2

VVG zu unterscheiden sind die sog. „allgemeine Wahrheitspflicht“ sowie die Pflicht zur Beratung infolge tatsächlicher Übernahme. Diese Pflichten sind nicht anlassabhängig und folgen somit aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Sie werden daher auch weder durch einen Verzicht nach § 6 Abs. 3 VVG noch durch § 6 Abs. 6 VVG ausgeschlossen.

In zeitlicher Hinsicht sind die aus § 6 Abs. 1 und 2 S. 1 VVG folgenden Pflichten des Versicherer im Grundsatz vor der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu erfüllen, soweit nicht ausnahmsweise gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 VVG eine Übermittlung der Dokumentation nach Vertragsschluss möglich ist oder eine Pflicht zur Beratung und Dokumentation infolge eines Verzichts gemäß § 6 Abs. 3 VVG ausgeschlossen ist.

Eine Pflicht zur Befragung und Beratung des Versicherungsnehmers sieht die RL 2002/92/EG nicht vor, sondern, mit Ausnahme des von Art. 12 Abs. 2 geregelten Sonderfalls, nur eine Pflicht, die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren. Im Übrigen setzt sie Pflichten nach nationalem Recht voraus, ohne diese aber verbindlich vorzuschreiben. Unabhängig hiervon ist jedoch das Vorhaben des Gesetzgebers, die Pflichten des Versicherers an denen der RL 2002/92/EG zu orientieren, bis auf drei Ausnahmen gelungen:

§ 62 Abs. 2 S. 2 HS 2 VVG entspricht hinsichtlich der Ausnahmeregelung für Verträge über eine vorläufige Deckung bei Pflichtversicherungen nicht der RL 2002/92/EG, weswegen auch bei der Parallelregelung des § 6 Abs. 2 S. 3 HS 2 VVG eine Anpassung an die Richtlinienvorgaben zu erwarten ist.

Ferner ist § 6 Abs. 1 S. 2 VVG „quasirichtlinienkonform“ dahin auszulegen, dass auch die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu dokumentieren sind.

Schließlich verstößt § 61 Abs. 2 VVG in den Fällen der tatsächlichen Übernahme einer Beratung gegen die RL 2002/92/EG, soweit die Norm einen Verzicht auf die Dokumentation einer erfolgten Beratung ermöglicht. Dementsprechend ist nicht nur mit einer Änderung von § 61 Abs. 2 VVG durch den Gesetzgeber zu rechnen, sondern auch mit einer „quasirichtlinienkonformen“ Ausgestaltung des § 6 Abs. 3 VVG.

D. Vertragsschlussmodelle

In diesem Abschnitt wird der Frage nachgegangen, wie ein Versicherer die Abläufe gestalten kann, bei denen ein Versicherungsvertrag durch die Vermittlung eines Versicherungsvertreeters geschlossen wird.

Zur alten Rechtslage wurde nach der von *Egon Lorenz* vorgeschlagenen Terminologie¹²⁸⁹ im Wesentlichen zwischen dem Vertragsschluss nach dem sog. „Antragsmodell“ und dem sog. „Policenmodell“ unterschieden. Im Mittelpunkt dieser Unterscheidung stand die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Versicherer die Informationspflichten des § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. erfüllte. § 5a VVG a.F. erlaubte es dem Versicherer, diesen Informationspflichten nach der Antragsstellung des Versicherungsnehmers zusammen mit der Übersendung des Versicherungsscheins (Police)¹²⁹⁰, nachzukommen, weshalb sich in diesen Fällen der Vertragsschluss nach dem „Policenmodell“ vollzog¹²⁹¹. Erfüllte der Versicherer die Informationspflichten demgegenüber vor der Antragsstellung, wurde der Vertrag nach dem „Antragsmodell“ abgeschlossen¹²⁹².

Nach der Reform des VVG und der Streichung des § 5a VVG a.F. werden neben dem „Antrags-“, und „Policenmodell“ als weitere Vertragsschlussmodelle das „Invitatiomodell“¹²⁹³, das „Vorschlagsmodell“¹²⁹⁴ sowie das „Modell der bedingten Antragserklärung“¹²⁹⁵ diskutiert. Im Folgenden werden daher die einzelnen Vertragsschlussmodelle dargestellt und es wird untersucht, inwieweit diese mit den gesetzlichen Anforderungen des neuen VVG zu vereinbaren sind.

I. „Antragsmodell“

1. Alte Rechtslage

a. Antrag und Annahme

Beim „Antragsmodell“ ging der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages vom Versicherungsnehmer aus¹²⁹⁶. Zwar bestand kein Formerfordernis für den Vertragsschluss¹²⁹⁷, jedoch stellte der Versicherungsnehmer üblicherweise seinen Antrag in schriftlicher Form auf einem vorgedruckten Antragsformular des Versicherers¹²⁹⁸, welches regelmäßig gemäß § 148 BGB eine Annahmefrist für von zwei bis sechs Wochen vorsah¹²⁹⁹. Nachdem der Versicherungsnehmer

¹²⁸⁹ Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (618); *ders.*, *VersR* 1997, S. 773 (774).

¹²⁹⁰ Vgl. *Römer*, in: *R/L*, § 3, Rn. 1.

¹²⁹¹ Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (618); *ders.*, *VersR* 1997, S. 773 (774); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 3; *Weyers/Wandt*, Rn. 212.

¹²⁹² Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (618); *ders.*, *VersR* 1997, S. 773 (774); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 6; *Weyers/Wandt*, Rn. 212.

¹²⁹³ Vgl. *Schimikowski*, *RuS* 2006, S. 441 (443f); *ders.*, *VW* 2007, S. 715.

¹²⁹⁴ Vgl. *Honsel*, *VW* 2007, S. 359 (361).

¹²⁹⁵ Vgl. *Baumann*, *VW* 2007, S. 1955.

¹²⁹⁶ Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (619); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 3.

¹²⁹⁷ Vgl. oben unter C. I. 2. a. bb.

¹²⁹⁸ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 14; *Weyers/Wandt*, Rn. 216.

¹²⁹⁹ Vgl. *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 30.

das Antragsformular unterzeichnet hatte, übergab er dieses dem Versicherungsvertreter, der Empfangsvertreter des Versicherers war (§ 43 Nr. 1 VVG a.F.), womit die Willenserklärung gemäß § 164 Abs. 3 BGB zugeht¹³⁰⁰. Da die meisten Versicherungsvertreter keine Abschlussvollmacht gemäß § 45 VVG a.F. hatten¹³⁰¹, erklärte der Versicherer direkt gegenüber dem Versicherungsnehmer die Annahme, entweder ausdrücklich durch ein gesondertes Annahmeschreiben oder konkludent durch Übersendung des Versicherungsscheins¹³⁰². Mit ihrem Zugang beim Versicherungsnehmer wurde der Vertrag wirksam geschlossen¹³⁰³.

b. Einbeziehung von AVB

Im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB musste der Versicherer auf die verwendeten AVB hinweisen, wofür ein eindeutig platzierter Hinweis im Antragsformular genügte¹³⁰⁴. Des Weiteren musste der Versicherungsvertreter als Erfüllungsgehilfe des Versicherers die maßgeblichen AVB übergeben¹³⁰⁵, ehe sich der Versicherungsnehmer durch die Antragsstellung mit deren Geltung einverstanden erklärte. Im Anwendungsbereich des § 310 BGB genügte demgegenüber eine einfache Vereinbarung der AVB¹³⁰⁶, weswegen ein entsprechender Hinweis auf die maßgeblichen Bedingungen im Antragsformular erfolgte. Mit der Antragsstellung wurde das Einverständnis mit der Geltung der AVB erklärt.

c. Informationspflichten

Gemäß § 10a Abs. 1 VAG a.F. hatte der Versicherer den Versicherungsnehmer nach Maßgabe der Anlage D VAG a.F. vor Abschluss des Vertrages zu informieren, soweit es sich bei diesem um eine natürliche Person handelte. Mit Rücksicht auf die Regelung des § 5a VVG a.F., dessen sachlicher Anwendungsbereich eröffnet war, wenn die Informationen bei Antragsstellung nicht übergeben worden waren¹³⁰⁷, hatte der Versicherungsvertreter die sog. „Verbraucherinformationen“ vor der Antragsstellung zu überreichen¹³⁰⁸.

d. Stellungnahme

In der Praxis hatte sich das „Antragsmodell“ als flächendeckendes Vertragsschlussmodell nicht durchsetzen können. Zum einen widersprach es mit Blick

¹³⁰⁰ Vgl. Vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 16; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 31.

¹³⁰¹ Vgl. oben unter C. I. 2. a. cc.

¹³⁰² Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (618); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 5; *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 22; *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 36; *Weyers/Wandt*, Rn. 218.

¹³⁰³ Vgl. *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 5; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 16.

¹³⁰⁴ Vgl. *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 116.

¹³⁰⁵ Vgl. *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 121.

¹³⁰⁶ Vgl. *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 144.

¹³⁰⁷ Vgl. *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 6; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 17.

¹³⁰⁸ Vgl. *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 3; *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 50; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 2; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 14.

auf die Einbeziehung der AVB der Vertragsschlusspraxis vor der Umsetzung der dritten Richtliniengeneration im Jahre 1994 durch das Dritte Durchführgesetzes EWG zum VAG¹³⁰⁹, da bis zu diesem Zeitpunkt die AVB gemäß § 23 Abs. 3 AGBG einbezogen wurden und sie daher erst nach der Antragsstellung zusammen mit dem Versicherungsschein übergeben werden konnten¹³¹⁰. Zum anderen wurde in der Versicherungswirtschaft die Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 10a VAG a.F. vor der Stellung des Antrags durch den Versicherungsnehmer heftig kritisiert und teilweise sogar für unmöglich gehalten¹³¹¹, weswegen am Ende des Gesetzgebungsverfahrens des Dritten Durchführgesetzes EWG zum VAG § 5a VVG a.F. in das VVG eingefügt wurde, um die Informationspflichten erst nach der Antragsstellung erfüllen zu können¹³¹². Folglich sahen sich die meisten Versicherer nicht veranlasst, ihren Vertrieb auf das „Antragsmodell“ umzustellen.

2. Neue Rechtslage

a. Antrag und Annahme

Das neue VVG sieht keine feste Rollenverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer als Antragendem und Annehmendem vor¹³¹³. Daher kann der Versicherungsnehmer nach wie vor den Antrag auf einem vorgedruckten Formular des Versicherers erklären, das ihm vom Versicherungsvertreter zur Verfügung gestellt wird. Grundsätzlich ist auch nach der VVG-Reform der Versicherungsvertreter lediglich Empfangsvertreter des Versicherers (vgl. § 69 Nr. 1 VVG), so dass mit der Übergabe des unterschriebenen Antragsformulars an ihn die Willenserklärung des Versicherungsnehmers dem Versicherer gemäß § 164 Abs. 3 BGB zugeht. Dieser kann wie bisher die Annahme durch eine gesonderte Erklärung seitens entsprechend bevollmächtigter Angestellter des Innendienstes oder durch die Übersendung des Versicherungsscheins erklären, so mit dem Zugang dieser Erklärung der Versicherungsvertrag zustande kommt. Mit Blick auf die zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen kann das „Antragsmodell“ unverändert unter der Geltung des neuen VVG praktiziert werden.

b. Einbeziehung der AVB

Die Einbeziehung der AVB richtet sich ausschließlich nach den §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB. Die Informationspflicht des § 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. § 1

¹³⁰⁹ Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. Juli 1994, BGBl. I, S. 1630.

¹³¹⁰ Vgl. E. Lorenz, VersR 1995, S. 616 (617); Prölss, in: P/M, § 5a, Rn. 2; Reiff, VersR 1997, S. 267 (268).

¹³¹¹ Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 102 li. Sp.; Prölss, in: P/M, § 5a, Rn. 3 m.w.N.; Renger, VersR 1994, S. 752 (753).

¹³¹² Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 102 li. Sp.

¹³¹³ Vgl. oben unter C. I. 2. a. cc.

Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV hat für die Einbeziehung demgegenüber keine Bedeutung¹³¹⁴. Im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB bedeutet dies, dass im Antragsformular wie bisher ein eindeutiger Hinweis auf die einzubeziehenden AVB enthalten sein muss und dass die maßgeblichen Bestimmungen dem Versicherungsnehmer so übergeben werden müssen, dass dieser die Wahl hat, ob er sich für eine detaillierte Kenntnisnahme entscheidet oder auf diese verzichtet¹³¹⁵. Hinsichtlich der Form der zu übergebenden AVB ist zu berücksichtigen, dass die Übergabe eines gedruckten Exemplars unumgänglich ist, wenn der Versicherungsnehmer seinen Antrag direkt im Anschluss an ein erstes Gespräch mit dem Versicherungsvertreter stellen möchte, da anderenfalls eine tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit nicht besteht, oder wenn der Versicherungsnehmer mit ihrer Übermittlung in gespeicherter Form nicht einverstanden ist¹³¹⁶. Mit der Antragsstellung erklärt der Versicherungsnehmer wie bisher sein Einverständnis mit der Geltung der überreichten Bedingungen. Findet demgegenüber § 310 Abs. 1 BGB auf die Einbeziehung der AVB Anwendung, können diese wie nach alter Rechtslage durch einfache Vereinbarung in den Vertrag einbezogen werden. Im Hinblick auf die Einbeziehung der AVB kann das „Antragsmodell“ somit weiter praktiziert werden.

c. Informationspflichten

Gemäß § 7 Abs. 1 VVG hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer rechtzeitig vor der Abgabe von dessen Vertragserklärung die in der VVG-InfoV vorgesehenen Informationen in Textform zu übergeben. Entgegen einiger Stimmen in der Literatur ändert nach der hier vertretenen Ansicht auch die Formulierung „rechtzeitig“ nichts daran, dass die Informationen auch kurz vor der Abgabe Willenserklärung erteilt werden können. Erforderlich ist jedoch, dass die Übergabe so erfolgt, dass dem Versicherungsnehmer der Zweck der Informationserteilung erläutert wird und er diesen Umstand bewusst zur Kenntnis nehmen und ohne äußeren Druck sich überlegen kann, ob er die Informationen zur Kenntnis nehmen möchte oder hiervon absieht¹³¹⁷.

Gleichwohl können sich Probleme bei der Umsetzung des „Antragsmodells“ ergeben, wenn sich der Kontakt zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsvertreter auf einen Termin beschränken soll. Weniger bei Gesprächsterminen in den Agenturräumen des Versicherungsvertreters, wohl aber bei einem Kundenbesuch vor Ort kann sich herausstellen, dass der Vertreter die für das angefragte Produkt erforderlichen AVB bzw. die Informationen nach § 7 VVG nicht dabei hat, etwa weil es sich um ein nur wenig gefragtes Produkt handelt.

¹³¹⁴ Vgl. oben unter C. II. 3. d. dd.

¹³¹⁵ Vgl. oben unter C. II. 3. a. cc.

¹³¹⁶ Vgl. oben unter C. II. 3. a. cc.

¹³¹⁷ Vgl. oben unter C. III. 4. e. hh.

Auch die Vielzahl der zu erteilenden Informationen führt dazu, dass das vorgefertigte Informationsmaterial einen erheblichen Umfang annehmen kann, der die Transportmöglichkeiten des Vertreters an seine Grenzen stoßen lässt. Es verwundert daher nicht, dass sich seit dem Inkrafttreten des neuen VVG Versicherungsvertreter vermehrt über die mit der Informationserteilung verbundene „Papierflut“ beklagen¹³¹⁸. Die Möglichkeit, dem Versicherungsnehmer die Informationen in Textform zu übergeben, was auch die Übermittlung in gespeicherter Form auf einem USB-Stick oder einer CD-ROM umfasst, bietet für dieses Problem keine befriedigende Lösung. Hinsichtlich der Form der zu übergebenden Informationen ist nämlich ebenso wie bei den AVB zu berücksichtigen, dass die Übergabe in einer gedruckten Fassung zwingend erforderlich ist, wenn der Versicherungsnehmer noch im gleichen Termin einen Antrag stellen soll, da nur unter diesen Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet ist, sich bewusst für oder gegen deren Kenntnisnahme zu entscheiden. Das gleiche gilt, wenn er mit einer Übermittlung in gespeicherter Form nicht einverstanden ist¹³¹⁹.

Darüber hinaus besteht das Problem, dass einige der Informationen individuell für den jeweiligen Versicherungsnehmer zu bestimmen sind¹³²⁰, etwa wenn bei einem Lebensversicherungsvertrag gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-InfoV die in Betracht kommenden Rückkaufswerte anzugeben sind.

Lediglich umgangen wird dieses Problem, wenn nach einem ersten Termin, in dem ein geeignetes Produkt ermittelt wird, in einem zweiten Termin die AVB sowie die weiteren, gegebenenfalls individuell erstellten Informationen nach § 7 VVG nebst der Beratungsdokumentation übergeben werden und erst dann der Versicherungsnehmer den Antrag stellt¹³²¹. Aus der Sicht eines Versicherungsververtreters führt nämlich eine Vertragsanbahnung erstreckt über zwei Termine dazu, dass Zweifel an der Wirtschaftlichkeit seiner Tätigkeit aufkommen, vor allem soweit es um die Vermittlung eines Vertrages mit einer geringen Provision geht. Aber auch der Versicherungsnehmer wird unter Umständen nur wenig geneigt sein, erneut seine Zeit für den Abschluss eines Vertrages aufzuwenden, nur weil bestimmte Informationen vor Ort nicht gegeben werden können.

Alternativ ist es möglich, dem Kunden das Informationsmaterial per Post zuzusenden und ihn aufzufordern, ein beigefügtes Antragsformular ausgefüllt an den Versicherungsvertreter oder direkt an den Versicherer zurückzuschicken¹³²². Aus der Sicht des Versicherers birgt dieses Vorgehen allerdings das Risiko, dass es der Versicherungsnehmer unterlässt, den ausgefüllten Antrag zurückzusenden, etwa weil er es sich anders überlegt hat oder schlicht aus Nachlässigkeit. Zu ei-

¹³¹⁸ Vgl. *VersVerm* 2008, S. 130.

¹³¹⁹ Vgl. oben unter C. III. 4. f. aa.

¹³²⁰ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/3; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (718).

¹³²¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/6; *Neuhaus/Kloth*, S. 29.

¹³²² Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/6.

nem gewissen Grad lässt sich dieser Nachteil dadurch kompensieren, dass der Versicherer oder dessen Vertreter den Versicherungsnehmer nach der Übersendung der Antragsunterlagen anrufen und ihn an die Antragsstellung erinnern. Eine derartige telefonische Nachbearbeitung wird insbesondere mit Blick auf das „Invitativmodell“ diskutiert, die sich allerdings auch auf das „Antragsmodell“ übertragen lässt. Auf die näheren Einzelheiten wird beim „Invitativmodell“ eingegangen¹³²³.

Die aufgezeigten Nachteile eines zweiten Gesprächstermins oder einer postalischen Übersendung könnten vermieden werden, wenn der Versicherungsvertreter die erforderlichen AVB sowie die weiteren Informationen nach § 7 VVG durch technische Unterstützung beim Kunden vor Ort erzeugt¹³²⁴. So könnten die notwendigen Unterlagen vom Versicherungsvertreter auf einem Notebook gespeichert mitgeführt werden und mittels eines tragbaren Druckers vor Ort ausgedruckt werden. Soweit der Versicherungsvertreter individuelle Informationen erstellen muss, könnten zudem entsprechende Programme vom Versicherer zur Verfügung gestellt werden, welche vor Ort die Berechnung der maßgeblichen Informationen etwa über Rückkaufswerte in der Lebensversicherung ermöglichen. Gegen derartige Lösungen werden allerdings im Wesentlichen zwei Einwände erhoben: Zum einen, dass die Aktualität der gespeicherten Versionen der AVB und der übrigen Informationen fraglich sei und zum anderen, dass die Leistungsfähigkeit tragbarer Drucker begrenzt ist¹³²⁵.

Der erste Einwand vermag nicht zu überzeugen, schließlich bestehen technisch durchaus Möglichkeiten, dem Versicherungsvertreter online eine Aktualisierung seiner gespeicherten Daten in Form von Updates zu ermöglichen, die dieser in seiner Agentur auf sein Notebook laden kann. Der Vertreter müsste einfach nur zu Beginn seines Arbeitstages prüfen, ob und inwieweit solche Updates erstellt worden sind, worüber er vom Versicherer auch per E-Mail im Vorfeld unterrichtet werden könnte.

Der zweite Einwand ist demgegenüber stichhaltiger. Es erscheint zweifelhaft, inwieweit ein Versicherungsvertreter mit einem tragbaren Drucker sämtliche Materialien mit einem vertretbaren Aufwand ausdrucken kann. Insoweit kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass in diesem Punkt der technische Fortschritt Innovationen bringen wird, die auch die Leistungsfähigkeit tragbarer Drucker steigert. Gegenwärtig hilft der Verweis auf künftige Entwicklungen nicht weiter.

Abgesehen von den genannten Einwänden stellt sich schließlich aber auch die Frage, ob ein solches Auftreten des Versicherungsvertreters mit Notebook und

¹³²³ Vgl. unten unter D. III. 3. a. bb. (2.).

¹³²⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/6; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (719).

¹³²⁵ Vgl. *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21; *Leverenz*, Rn. 4/6.

tragbarem Drucker gegenüber dem Kunden von Seiten des Versicherers unternehmenspolitisch überhaupt gewollt ist.

Folglich ist davon auszugehen, dass das „Antragsmodell“ bei Besuchen des Versicherungsnehmers trotz der bestehenden wirtschaftlichen Bedenken für den Versicherungsvertreter in praktikabler Weise gegenwärtig nur so umzusetzen ist, dass zwei Gesprächstermine vereinbart werden oder nach einem ersten Vertreterbesuch die erforderlichen Antragsunterlagen erstellt und dem Versicherungsnehmer zugeschickt werden, wobei die hiermit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen wären. So zeigt auch ein Blick in die Praxis, dass bisher zahlreiche Versicherer bei der Umsetzung des neuen VVG auf das „Antragsmodell“ setzen und dieses in der Weise ausgestalten, dass zwei Gesprächstermine mit dem Versicherungsnehmer stattfinden bzw. diesem die Antragsunterlagen nach einem ersten Gesprächstermin postalisch übersandt werden¹³²⁶.

Für Vertragsabschlüsse in den Agenturen der Versicherungsvertreter bestehen demgegenüber keine durchgreifenden Bedenken, die Antragsstellung in einem Termin zu ermöglichen, da hier der Vertreter in umfassender Weise auf vorrätige Informationsmaterialien zurückgreifen bzw. diese wegen einer besseren technischen Ausstattung während des Gesprächs mit dem Kunden erstellen kann.

d. Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten

Soweit ein Anlass besteht, hat der Versicherer gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG den Versicherungsnehmer nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und zu beraten sowie die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben, bevor dieser seine Vertragserklärung abgibt¹³²⁷. Regelmäßig werden diese Pflichten zwar zeitlich bereits vor der Erteilung der Informationen nach § 7 VVG relevant, insbesondere soweit ein geeignetes Versicherungsprodukt noch ermittelt werden muss. Jedoch können Anlässe zur Frage und Beratung auch noch nach diesem Zeitpunkt auftreten, etwa wenn der Versicherungsnehmer nach einer überschlüssigen Durchsicht des Informationsmaterials Fragen stellt. Die Pflichten zur Frage und Beratung sowie zur Angabe der Gründe für einen erteilten Rat können daher im Laufe eines Gesprächstermins immer wieder aktuell werden und lassen sich daher nicht eindeutig einem bestimmten Zeitpunkt zuordnen. Entscheidend ist allein, dass zum Zeitpunkt der Antragsstellung kein weiterer Anlass mehr zur Frage und Beratung besteht.

Ferner hat der Versicherer gemäß § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG den Beratungsvorgang zu dokumentieren und diese Dokumentation nach der hier vertretenen Ansicht¹³²⁸ dem Versicherungsnehmer vor der Abgabe seiner Willenser-

¹³²⁶ Vgl. VW 2008, S. 584-587.

¹³²⁷ Vgl. oben unter C. IV. 5. a. ee. und C. IV. 5. b. dd.

¹³²⁸ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. bb. (2.).

klärung zu übermitteln. Soll der Versicherungsnehmer seinen Antrag in dem gleichen Termin stellen, in dem er beraten worden ist, läuft diese Pflicht darauf hinaus, eine entsprechende Dokumentation parallel zum Beratungsgespräch zu erstellen und diese am Ende desselben zu übergeben, so dass die Antragsstellung gleichsam den Schlusspunkt des Gespräches zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsvertreter bildet.

Ist die parallele Erstellung einer Dokumentation nicht gewollt, muss ein weiterer Termin vereinbart werden, in dem diese dann übergeben wird und der Antrag gestellt werden kann. Alternativ könnten nach dem Gesprächstermin die Antragsunterlagen zusammen mit der Dokumentation auch postalisch übersandt werden, so dass der Versicherungsnehmer nach ihrem Erhalt ebenfalls auf dem Postwege den ausgefüllten Antrag an den Versicherungsvertreter oder direkt an den Versicherer übermittelt.

Insoweit besteht aber wiederum das Problem, ob der Versicherungsnehmer auch tatsächlich das ausgefüllte Antragsformular an den Versicherungsvertreter oder Versicherer zurückschickt. Zudem wird die Betreuung des Versicherungsnehmers vernachlässigt, da er für etwaige Rückfragen den Vertreter gesondert kontaktieren muss und Fragen nicht vor Ort beantwortet werden können. Wendet sich der Versicherungsnehmer etwa hierzu telefonisch an den Versicherungsvertreter, kann sich das Problem stellen, dass aus den Fragen ein neuerlicher Beratungsbedarf erkennbar wird, so dass eine weitere Beratung gemäß § 6 Abs. 1 VVG erfolgen muss. Da diese ebenfalls zu dokumentieren ist, müsste sie dem Versicherungsnehmer vor seiner Antragsstellung übermittelt werden. Gleichwohl könnte sich dieser nach der telefonischen Beratung entschließen, das bereits erhaltene Antragsformular zu unterzeichnen und an den Versicherer oder dessen Vertreter zurückzuschicken, ohne die zweite Dokumentation erhalten zu haben.

Lösen lässt sich dieses Problem über § 6 Abs. 2 S. 2 VVG, wonach auf Wunsch des Versicherungsnehmers die zu dokumentierenden Angaben zunächst mündlich übermittelt werden dürfen und eine Dokumentation unverzüglich nach Vertragsschluss nachzureichen ist. Ein entsprechender Wunsch kann bereits darin gesehen werden, dass der Versicherungsnehmer den Versicherungsvertreter telefonisch kontaktiert, denn in dieser Situation ist dem Anrufenden klar, dass er Auskünfte nur mündlich erhalten wird.

e. Kritik

Das „Antragsmodell“ bietet ein Verfahren an, welches nach der VVG-Reform prinzipiell die Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten des Versicherers innerhalb eines Gesprächstermins zwischen Versicherungsvertreter und Versicherungsnehmers ermöglicht. Die in der Literatur geäußerten Zweifel, dass eine

rechtzeitige Informationserteilung sicher nur in zwei Terminen erfolgen könne¹³²⁹, sind zumindest mit Blick auf Vertragsverhandlungen in den Agenturen der Versicherungsvertreter unbegründet, da sich hier eine Vertragsanbahnung nach dem „Antragsmodell“ in einem Termin ohne weiteres praktisch umsetzen lässt.

Anlässlich eines Vertreterbesuchs können demgegenüber praktische Probleme bei der Informationserteilung der Vertragsanbahnung in einem Gesprächstermin Grenzen setzen. Dabei handelt es sich bei näherer Betrachtung um eben jene Probleme, die bereits Mitte der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts mit Blick auf die Informationserteilung verhindert haben, dass sich das „Antragsmodell“ als Vertragsschlussmodell hat durchsetzen können. Für den Versicherungsvertrieb bei Kundenbesuchen vor Ort lassen sich Lösungen in der Weise finden, dass der Vertrag über zwei Termine erstreckt angebahnt oder die Antragsstellung auf den Postweg verlagert wird. Von *dem* Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ kann dann aber keine Rede sein. Vielmehr sind je nach Vertriebssituation individuelle Prozesse zu entwickeln, die ihrerseits nur unter dem Oberbegriff des „Antragsmodells“ zusammengefasst werden können.

II. „Policenmodell“

Neben dem „Antragsmodell“ wurde unter Geltung des alten VVG seit der Einfügung von § 5a VVG a.F. von den Versicherern überwiegend das „Policenmodell“ praktiziert¹³³⁰. Entgegen einiger Zweifel in Literatur und Rechtsprechung, wonach das „Policenmodell“ nur ausnahmsweise zum Zuge kommen sollte¹³³¹, wurde dieses Vertragsschlussmodell vom BAV¹³³² und der überwiegenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung¹³³³ als gleichwertige Alternative zum „Antragsmodell“ verstanden. Begründet wurde diese Ansicht damit, dass mit § 5a VVG a.F. nach Auffassung des Gesetzgebers die praktischen Schwierigkeiten einer Informationserteilung nach § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. vor der Antragsstellung des Versicherungsnehmers vermieden werden sollten¹³³⁴.

¹³²⁹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/65; *ders.*, VW 2008, S. 392; *Marlow/Spuhl*, S. 19; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 76; *Schimikowski*, RuS 2006, S. 441 (442); *ders.*, RuS 2007, S. 133 (136); *Stockmeier*, VersR 2008, S. 717 (718).

¹³³⁰ Vgl. *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 17.

¹³³¹ Vgl. OLG Düsseldorf NVersZ 2001, 156 (157f); LG Dortmund VuR 2000, 177 (178) m. zust. Anm. *Schwintowski*; *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (154); *S. Hoffmann*, S. 198; *Präve*, ZfV 1994, S. 374 (379f); *Werber*, ZVersWiss 1994, S. 321 (338f).

¹³³² Vgl. VerBAV 1995, S. 312 (313)

¹³³³ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); OLG Hamm RuS 2001, 310; *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (619); *ders.*, VersR 1997, 773 (776); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 10; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 4; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (269); *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (3); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1046); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 36.

¹³³⁴ Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 102 li. Sp.

1. Alte Rechtslage

a. Antrag und Annahme

Der Antrag¹³³⁵ zum Abschluss des Versicherungsvertrages ging vom Versicherungsnehmer aus, der ein ihm zur Verfügung gestelltes Antragsformular unterzeichnete und dieses dem Versicherungsvertreter übergab¹³³⁶, womit die Erklärung zugleich dem Versicherer gemäß § 164 Abs. 3 BGB zugeht¹³³⁷. Die Annahme dieses Antrages erklärte der Versicherer zumeist konkludent durch Übersendung des Versicherungsscheins sowie den AVB und den weiteren Informationen nach § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F.¹³³⁸. Mit Zugang der Annahme beim Versicherungsnehmer war der Vertrag nach herrschender Meinung schwebend unwirksam¹³³⁹ und wurde erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist des § 5a Abs. 1 S. 1 VVG a.F. rückwirkend¹³⁴⁰ auf den Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung wirksam¹³⁴¹.

b. Einbeziehung der AVB

Wurden die AVB nicht vor Antragsstellung übergeben, konnten diese außerhalb des Anwendungsbereichs des § 310 Abs. 1 BGB nicht gemäß § 305 Abs. 2 BGB in den Versicherungsvertrag einbezogen werden. Obwohl die vorvertraglichen Informationen nach § 10a VAG a.F. nur gegenüber natürlichen Personen zu erteilen waren, wurde überwiegend davon ausgegangen, dass das Übergabeerfordernis für AVB in § 5a VVG a.F. *zumindest* dann eine konstitutive Bedeutung hatte, wenn ein Versicherungsnehmer in den Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB fiel. Folglich konnten selbst bei Verträgen mit juristischen Personen, die keine Unternehmer im Sinne von § 13 BGB waren, die AVB über § 5a VVG a.F. in den Versicherungsvertrag einbezogen werden, wenn sie nicht vor

¹³³⁵ Nur vereinzelt wurde die Ansicht vertreten, dass der Versicherungsnehmer ohne Vorliegen der Verbraucherinformationen des § 10a VAG a.F. eine „*invitatio ad offerendum*“ abgebe, vgl. *Präve*, VW 1995, S. 90 (94), *ders.*, RuS 1998, S. 441 (442); *Renger*, VersR 1994, S. 753 (758).

¹³³⁶ Vgl. *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (619); *ders.*, VersR 1997, S. 773 (775); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 6; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 9; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (268); *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 18f; *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1049); *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 72f..

¹³³⁷ Vgl. *Kollhossler*, in: *P/M*, § 43, Rn. 16; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 31.

¹³³⁸ Vgl. *E. Lorenz*, VersR 1997, S. 773 (775); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 6; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 9; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (268); *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 24-26; *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 72f.

¹³³⁹ A.A. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (155f); *Hofmann*, S. 28f, nach deren Ansicht bereits mit dem Zugang der Annahmeerklärung ein „*Rumpfvertrag*“ zustande kommen, in den bei Unterbleiben des Widerspruch die AVB und vertragsrelevanten Verbraucherinformationen einbezogen werden.

¹³⁴⁰ A.A. *Präve*, ZfV 1994, S. 374 (382), der Vertrag wird bei Ablauf der Widerspruchsfrist „*ex nunc*“ wirksam.

¹³⁴¹ Vgl. OLG Düsseldorf NVersZ 2001, 156 (156f); OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (632f); OLG Hamm VersR 2001, 709; VerBAV 1995, 312 (313); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (621f); *Kieninger*, in: MK, § 307, Rn. 146; *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 7; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 10; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (271); *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 24-26; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (4); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1052); *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 78; *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 19-22.

Antragsstellung übergeben worden waren¹³⁴². Mit dem Ablauf der Widerspruchsfrist des § 5a VVG a.F. wurden die AVB dann nach herrschender Meinung rückwirkend Vertragsbestandteil¹³⁴³. Dies sollte auch für den Fall gelten, dass die Widerspruchsfrist gemäß § 5a Abs. 2 S. 4 VVG a.F. ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie erlosch¹³⁴⁴.

c. Informationspflichten

Die Informationspflichten des § 10a i.V.m. Anlage D VAG a.F. mussten gemäß § 10a Abs. 1 VAG a.F. vor Abschluss des Versicherungsvertrages übermittelt werden. Da nach herrschender Ansicht der Vertrag bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist schwebend unwirksam war und die Frist gemäß § 5a Abs. 2 S. 1 VVG a.F. nicht zu laufen begann, bevor der Versicherungsschein, die AVB sowie die Informationen vorlagen, erfolgte nach überwiegendem Verständnis die Informationserteilung vor Abschluss des Versicherungsvertrages¹³⁴⁵.

d. Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben

Das „Policenmodell“ wurde überwiegend von den Versicherern als Vertragsschlussmodell praktiziert und seit der Einfügung des § 5a VVG a.F. in das VVG a.F. hatte es auch nach Einschätzung des früheren Versicherungsombudsmanns *Römer* in der Praxis kaum Probleme bereitet¹³⁴⁶. Es bestanden jedoch von Anfang an Bedenken, ob § 5a VVG a.F. mit den Vorgaben der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/92/EG zu vereinbaren war¹³⁴⁷. Die Reformkommission hatte daher in ihrem Zwischenbericht noch angekündigt, das „Policenmodell“ auf seine Richtlinienkonformität zu untersuchen¹³⁴⁸. Auch übernahm sie § 5a VVG a.F. nicht in den von ihr unterbreiteten Vorschlag für ein neues VVG,

¹³⁴² Vgl. OLG Koblenz VersR 2003, 851 (852); *E. Lorenz*, VersR 1997, S. 771 (775f); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 11; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 14; *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1049); *Werber*, in: FS Baumann, S. 359 (368f). A.A. *Hemmer*, S. 73f; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 7; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (3).

¹³⁴³ Vgl. VerBAV 1995, S. 312 (313); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (620); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 6; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 56; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 32; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (4); *Schwintowski*, in: BK, § 5a, Rn. 74; *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 14 und 21f.

¹³⁴⁴ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); OLG Köln VersR 1999, 225 (226); OLG Koblenz VersR 2003, 851 (852); VerBAV 1995, 312 (313f); *E. Lorenz*, VersR 1995, S. 616 (623); *ders.*, VersR 1997, S. 773 (777); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, § 8, Rn. 9; *Präve*, ZfV 1994, S. 374 (380); *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 57; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 46; *Schimikowski*, RuS 1996, S. 1 (4); *Schirmer*, VersR 1996, S. 1045 (1053). A.A. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (158); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 28f, die einen Vertragsschluss ohne Einbeziehung der AVB annehmen, sog. „Rumpfvertrag“.

¹³⁴⁵ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); OLG Düsseldorf NVersZ 2001, 156 (157f); VerBAV 1995, 312 (313); *E. Lorenz*, VersR 1997, S. 773 (778); *Präve*, in: *Prölss*, § 10a, Rn. 50; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn.3; *Reiff*, VersR 1997, S. 267 (269); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 35.

¹³⁴⁶ Vgl. *Römer*, VersR 2006, S. 740 (741).

¹³⁴⁷ Dazu sogleich näher im Text.

¹³⁴⁸ Vgl. Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 36.

schlag aber vor, dem Versicherungsnehmer gemäß § 8 Abs. 1 VVG ein Widerrufsrecht einzuräumen, während dessen Laufzeit der Versicherungsnehmer nicht an seine Willenserklärung gebunden sein sollte und dessen Widerrufsfrist erst mit Erteilung der Informationen gemäß § 7 Abs. 1 VVG beginnen sollte¹³⁴⁹. Im Ergebnis hätte dies die Beibehaltung des „Policenmodells“ bedeutet. Auf das in ihrem Zwischenbericht angesprochene Problem der Richtlinienkonformität ging die Reformkommission allerdings nicht weiter ein.

Mit der Reform des VVG hat der Gesetzgeber entschieden, weder § 5a VVG a.F. noch eine vergleichbare Regelung wegen europarechtlicher Bedenken in das Gesetz aufzunehmen¹³⁵⁰. Da bis zuletzt das „Policenmodell“ in der Rechtsprechung und von weiten Teilen der Literatur für richtlinienkonform gehalten wurde, ist die Frage zu klären, ob die Bedenken des Gesetzgebers berechtigt gewesen sind.

aa. RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/92/EG

(1.) Richtlinienkonformität von § 5a VVG a.F.

Die RL 92/49/EWG verlangt in Art. 31 Abs. 1 eine Informationserteilung „vor Abschluss eines Vertrages“ bzw. in 43 Abs. 2 „bevor eine Verpflichtung eingegangen wird“. Die RL 92/96/EWG bzw. 2002/92/EG schreibt in Art. 31 Abs. 1 bzw. Art. 36 Abs. 1 eine Information „vor Abschluss eines Vertrages“ vor. Überwiegend wurden diese Vorgaben in der Literatur und Rechtsprechung so verstanden, dass der Versicherungsnehmer zu informieren sei, bevor ein bindender Vertrag zustande komme, also bevor der Versicherungsnehmer vertraglich gebunden sei. Diese Voraussetzung sei beim Vertragsschluss nach § 5a VVG a.F. erfüllt, denn der Vertrag sei nach Erhalt der Belehrung über das Widerspruchsrecht sowie der Verbraucherinformationen nach § 10a VAG a.F. bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist schwebend unwirksam, weswegen eine vertragliche Bindung vor Erhalt der Informationen nicht eintrete¹³⁵¹. Es wurde daher teils auch ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages bei einem Vertragsschluss nach § 5a VVG a.F. geboten sei, um einen richtlinienkonformen Zustand zu erreichen¹³⁵². Mit einem Verweis auf diese juristische Konstruktion wurden auch die Bedenken der Europäischen Kommission an der Regelung des § 5a VVG a.F. verworfen. Diese hatte nämlich

¹³⁴⁹ Vgl. Abschlussberichts der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 199 und S. 296f.

¹³⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

¹³⁵¹ Vgl. OLG Düsseldorf NVersZ 2001, 156 (157f); OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); OLG Nürnberg VersR 2000, 713 (716); E. Lorenz, VersR 1995, S. 616 (625); ders., VersR 1997, S. 771 (781); Prölss, in: P/M, § 5a, Rn. 8; Reiff, VersR 1997, S. 269 (271); Römer, in: FS 50 Jahre BGH, S. 375 (389); Schirmer, VersR 1996, S. 1045 (1056); Wandt, Verbraucherinformation, S. 32.

¹³⁵² Vgl. Präve, ZfV 1994, S. 374 (381f); Römer, in: FS 50 Jahre BGH, S. 375 (389).

auf eine Beschwerde der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände über die Neuregelung des § 5a VVG a.F. geantwortet:

„Was die Informationserteilung des Versicherers gegenüber dem Verbraucher vor Vertragsschluss betrifft, so sind auch wir der Meinung, dass es Zweck des Art. 31 (1) der 3. Richtlinie Leben ist, den Versicherungsnehmer zu informieren, bevor er eine Verpflichtung eingeht. Selbst wenn ein Vertrag nach § 5a VVG nur schwebend wirksam ist, ist der Versicherungsnehmer in diesem Sinne „verpflichtet“. Zu diesem Zweck haben sich die Dienststellen der Kommission mit den deutschen Behörden in Verbindung gesetzt, um den angesprochenen Sachverhalt möglichst rasch zu klären.“¹³⁵³

Die Bedenken der Europäischen Kommission sollten deswegen unbegründet sein, da sie ersichtlich von einem schwebend *wirksamen* Vertrag ausgegangen sei, obwohl der Vertrag nach § 5a VVG a.F. gerade schwebend *unwirksam* sei¹³⁵⁴. Für die Richtlinienkonformität des § 5a VVG a.F. wurde weiterhin geltend gemacht, dass die Richtlinien keine verbindlichen Vorgaben für den Vertragsschluss vorsehen, denn ausweislich des Erwägungsgrundes 18 der RL 92/49/EWG und des Erwägungsgrundes 19 der RL 92/96/EWG bzw. Erwägungsgrund 44 der RL 2002/83/EG soll die Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts keine Vorbedingung zur Vollendung des Versicherungsbinnenmarktes sein. Daher habe der nationale Gesetzgeber selbst darüber bestimmen können, wie er den Vertragsabschluss regeln möchte, was mit § 5a VVG a.F. geschehen sei¹³⁵⁵. Ergänzend wurde in diesem Zusammenhang teilweise auch auf ein Ratsprotokoll zu Art. 31 Abs. 1 der RL 92/96/EWG Bezug genommen¹³⁵⁶, in dem es heißt:

„Der Rat und die Kommission erklären, dass die Versicherungsnehmer umfassend über die Art der Verpflichtung, die sie einzugehen beabsichtigen, informiert werden müssen. Die Frage, wann genau ein Vertrag als abgeschlossen gilt und wann genau die in Art. 31 und Anhang II vorgesehenen Angaben mitgeteilt werden müssen, bestimmt sich nach dem Recht des Mitgliedsstaates der Verpflichtung.“¹³⁵⁷

¹³⁵³ Zitiert nach: E. Lorenz, VersR 1997, S. 773.

¹³⁵⁴ Vgl. OLG Düsseldorf NVersZ 2001, 156 (158); OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); E. Lorenz, VersR 1997, S. 773 (773 und 781).

¹³⁵⁵ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (632); OLG Nürnberg VersR 2000, 713 (716); E. Lorenz, VersR 1995, S. 616 (625); ders., VersR 1997, S. 771 (781); Prölss, in: P/M, § 5a, Rn. 8; Reiff, VersR 1997, S. 267 (271); Schirmer, VersR 1996, S. 1045 (1056).

¹³⁵⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NVersZ 2001, 156 (158); E. Lorenz, VersR 1995, S. 616 (625); ders., VersR 1997, S. 771 (781); Prölss, in: P/M, § 5a, Rn. 8; Wandt, Verbraucherinformation, S. 32f.

¹³⁵⁷ Zitiert nach: Osing, S. 93.

Schließlich wurde auch davon ausgegangen, dass § 5a VVG a.F. mit dem Zweck der Informationspflichten der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG im Einklang stehe, wonach insbesondere ausweislich des Erwägungsgrundes 23 der RL 92/96/EWG der Versicherungsnehmer durch die Informationen in die Lage versetzt werden soll, eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren am Markt angebotenen Versicherungsprodukten zu treffen. Da der Versicherungsnehmer ab Erhalt der Widerspruchsbelehrung und der Verbraucherinformation innerhalb von 14 Tagen die Möglichkeit habe, dem Vertragsschluss zu widersprechen, habe er ausreichend Zeit durch eine Ausübung des Widerspruchsrechts sich gegen den Vertragsschluss zu entscheiden¹³⁵⁸. Dass der Versicherungsnehmer in diesem Falle aktiv werden müsse, um den Vertragsschluss zu verhindern, sei unbedenklich, da eine entsprechende Widerspruchslast den Versicherungsnehmer auch bei § 5 VVG treffe¹³⁵⁹.

(2.) Richtlinienwidrigkeit von § 5a VVG a.F.

Entgegen der vorstehend referierten Ansicht wurde § 5a VVG a.F. in der Literatur teilweise auch für richtlinienwidrig gehalten¹³⁶⁰. Zwar sei § 5a VVG a.F. mit dem Wortlaut der Richtlinie vereinbar, da eine Information des Versicherungsnehmers vor dem endgültigen Abschluss des Versicherungsvertrages erfolge¹³⁶¹. Jedoch widerspreche diese Regelung eindeutig dem Zweck der Richtlinie, eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren am Markt angebotenen Versicherungsprodukten zu ermöglichen, wie es insbesondere Erwägungsgrund 23 der RL 92/96/EWG zum Ausdruck bringe. Eine solche ermögliche § 5a VVG a.F. nicht, weil hier der Versicherungsnehmer die Informationen erst nach Antragsstellung erhalte. Um die notwendigen Informationen für mehrere Verträge zu bekommen, müsste er zunächst bei mehreren Versicherern einen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages stellen und danach allen anderen Verträgen bis auf den schließlich ausgewählten widersprechen. Erschwert werde diese Vorgehensweise zusätzlich dadurch, dass selbst bei einer Antragsstellung am selben Tag nicht mit einem Zugang sämtlicher Informationen zur gleichen Zeit zu rechnen sei. Eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Verträgen werde somit gerade nicht ermöglicht¹³⁶². Vor diesem Hintergrund überzeuge auch der Verweis auf das Ratsprotokoll zu Art. 31 Abs. 1 der RL 92/96/EWG nicht, wo-

¹³⁵⁸ Vgl. OLG Frankfurt VersR 2005, 631 (633); Römer, in: FS 50 Jahre BGH, S. 375 (389); Wandt, Verbraucherinformation, S. 32.

¹³⁵⁹ Vgl. E. Lorenz, VersR 1995, S. 616 (626); Schirmer, VersR 1996, S. 1045 (1056); zweifelnd: Römer, in: FS 50 Jahre BGH, S. 375 (390).

¹³⁶⁰ Vgl. S. Hoffmann, S. 198f; Osing, S. 93; Rehberg, S. 116f; Schwintowski, in: BK, § 5a, Rn. 5; ders., in: VersWissStud (2. Bd.), S. 11 (21); ders., VuR 1996, S. 223 (238f); zweifelnd: Römer, in: FS 50 Jahre BGH, S. 375 (390).

¹³⁶¹ Vgl. Osing, S. 92.

¹³⁶² Vgl. Osing, S. 92f; Rehberg, S. 113f.

nach der nationale Gesetzgeber den Vertragsschluss und den Zeitpunkt der Informationserteilung regeln könne. Der Gesetzgeber müsse nämlich die verbindlichen Richtlinienvorgaben bei der Ausgestaltung des Vertragsschlussverfahrens berücksichtigen und somit dafür Sorge tragen, dass eine Auswahlentscheidung ermöglicht werde¹³⁶³. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die durch § 5a VVG a.F. auferlegte Widerspruchsfrist und das damit verbundene Erfordernis, aktiv zu werden, mehr als eine „Lappalie“ sei. Der Versicherungsnehmer müsse nämlich einen Widerspruch formulieren und diesen an den Versicherer abschicken¹³⁶⁴. Anders als bei einer Information vor Antragsstellung könne er nicht einfach in einer passiven Rolle verbleiben und von der Stellung eines Antrags Abstand nehmen¹³⁶⁵.

(3.) Stellungnahme

§ 5a VVG a.F. ist entgegen der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur richtlinienwidrig gewesen. Die Vorgaben der RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG hinsichtlich des Zeitpunktes der Informationserteilung sind nach der hier vertretenen Auffassung dahin auszulegen, dass die Informationen vor der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu erteilen sind¹³⁶⁶, denn nur dann tragen diese dazu bei, eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Erlaubt eine Regelung wie § 5a VVG a.F. die Informationserteilung auch nach der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers, kann es nicht darauf ankommen, dass der Vertrag formal-juristisch bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist schwebend unwirksam ist, um von einer rechtzeitigen Information zu sprechen. Besonders deutlich wird dies anhand der Konsequenzen, die sich ergeben, wenn ein Versicherungsnehmer tatsächlich Informationen von mehreren Versicherern erhalten möchte, um die angebotenen Produkte miteinander zu vergleichen. Es kann nicht Aufgabe des Versicherungsnehmers sein, mehrere Anträge zu stellen und alle bis auf einen zu widerrufen, unabhängig davon, dass dies auch nicht im Interesse der Versicherer liegt. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Versicherungsnehmer von sich aus beim Versicherer nachfragen kann, ob dieser ihm auch ohne Antragsstellung die erforderlichen Informationen gibt¹³⁶⁷. Die Richtlinien begründen nämlich eine Informationspflicht des Versicherers und nicht eine Nachfrageobliegenheit des Versicherungsnehmers¹³⁶⁸.

Der Verstoß von § 5a VVG a.F. gegen die RL 92/49/EWG und 92/96/EWG

¹³⁶³ Vgl. *Osing*, S. 93; *Rehberg*, S. 109.

¹³⁶⁴ Vgl. *Rehberg*, S. 112.

¹³⁶⁵ Vgl. *Römer*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 375 (390).

¹³⁶⁶ Vgl. oben unter C. III. 2. e. aa. (4.) und C. III. 2. e. bb. (4.).

¹³⁶⁷ Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1997, S. 771 (781).

¹³⁶⁸ Vgl. *Rehberg*, S. 114.

bzw. 2002/83/EG, der die Europäische Kommission dazu veranlasst hat, gemäß Art. 226 EG gegen die Bundesrepublik Deutschland im Oktober 2006 ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten¹³⁶⁹, hat es somit notwendig gemacht, dass der Gesetzgeber die Regelung des § 5a VVG a.F. ändert. Da eine dem § 5a VVG a.F. vergleichbare Regelung, die eine Informationserteilung nach Abgabe der Willenserklärung ermöglicht hätte, nicht mit den RL 92/49/EWG und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG zu vereinbaren ist, hat der Gesetzgeber auch keine Regelung wie diejenige der Reformkommission treffen können. Folglich blieb nur die Möglichkeit, § 5a VVG a.F. ersatzlos zu streichen. Insoweit sind daher sind die europarechtlichen Bedenken des Gesetzgebers gegenüber § 5a VVG a.F. berechtigt gewesen.

bb. RL 2002/65/EG

Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG bestimmen, dass die Informationen zu erteilen sind „rechtzeitig bevor der Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein Angebot gebunden ist“. Unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 21 der RL 2002/65/EG, wonach einem Verbraucher vor Abschluss eines Vertrages die erforderlichen Vorabinformationen zugehen sollten, damit er die ihm angebotene Finanzdienstleistung entsprechend beurteilen und folglich seine Entscheidung in Kenntnis aller Umstände treffen kann, sind diese Vorgaben so zu verstehen, dass die Informationspflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer vor der Abgabe seiner Willenserklärung zu erfüllen sind¹³⁷⁰. Im Anwendungsbereich der RL 2002/65/EG wäre daher eine dem § 5a VVG a.F. entsprechende Regelung nicht mit der Richtlinie zu vereinbaren. Folglich sind die Bedenken des Gesetzgebers auch im Hinblick auf die Vorgaben der RL 2002/65/EG begründet gewesen.

2. Neue Rechtslage

a. Antrag und Annahme sowie Einbeziehung der AVB

Der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages könnte nach wie vor vom Versicherungsnehmer ausgehen und der Versicherer könnte mit der Übersendung des Versicherungsscheins konkludent die Annahme erklären. Abweichend von der früheren Rechtslage käme der Vertrag mit dem Zugang der Annahme beim Versicherungsnehmer zustande, ohne dass dieser zunächst schwebend unwirksam wäre, da es an einer dem § 5a VVG a.F. entsprechenden Regelung im neuen VVG fehlt. Problematisch ist jedoch, dass sich die Einbeziehung der AVB in den Versicherungsvertrag nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB richtet. Im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB müs-

¹³⁶⁹ Vgl. *Mönnich*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 2, Rn. 51.

¹³⁷⁰ Vgl. oben unter C. III. 2. e. cc. (4.).

sen daher die AVB vor Abgabe der Antragserklärung übergeben werden. Eine Übersendung zusammen mit dem Versicherungsschein käme daher zu spät und hätte die Nichteinbeziehung der AVB zur Folge, soweit überhaupt ein Versicherungsvertrag wirksam zustande käme¹³⁷¹.

In der Literatur wird zur Lösung dieses Problems vorgeschlagen, dem Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Willenserklärung zumindest das Produktinformationsblatt sowie Auszüge aus den AVB zu übergeben. Ferner sollte er seine Zustimmung zu dieser Abweichung vom „Antragsmodell“ erklären und sein Einverständnis geben, die AVB erst zusammen mit der Police zu erhalten¹³⁷². Überzeugen kann dieser Vorschlag jedoch nicht. Die AVB werden nur insoweit in den Vertrag einbezogen, als diese vor der Abgabe der Vertragserklärung übergeben werden bzw. sich deren Regelungsgehalt aus dem Produktinformationsblatt ergibt. Auch mit einer nachträglichen Übersendung werden die AVB wegen des Verstoßes gegen § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht im Übrigen Vertragsbestandteil. Daran ändert selbst ein Einverständnis des Versicherungsnehmers nichts, da die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB grundsätzlich nicht disponibel sind und allenfalls durch einen Verzicht gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG von der Einhaltung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 VVG abgewichen werden kann¹³⁷³.

Gleichwohl führt aber auch die Verzichtregelung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG nicht zu einer Lösung dieses Problems¹³⁷⁴, denn eine flächendeckende Einholung von Verzichtserklärungen durch den Versicherer kommt aus mehreren Gründen nicht in Frage: Zunächst stellt das Gesetz erhebliche formale Anforderungen an eine Verzichtserklärung und nicht jeder Versicherungsnehmer wird bereit sein, auf die Vorabinformation zu verzichten. Hinzu kommt, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Erteilung der Informationen nach § 7 VVG vor der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers der Regelfall und die Einholung eines Verzichts nur im Ausnahmefall möglich sein soll¹³⁷⁵. Folglich verstieße ein Versicherer gegen die Vorgaben des VVG, wenn er planmäßig mit Verzichtserklärungen arbeitete, weswegen aufsichtsrechtlichen Schritte im Rahmen der Missstandsaufsicht gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 VAG die Folge wären¹³⁷⁶. Schließlich ist die Regelung des Vorabverzichts nach der hier vertrete-

¹³⁷¹ Vgl. *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., Rn. 20; *Neuhaus/Kloth*, S. 30f. Ausführlich zu den Folgen der Nichteinbeziehung von AVB unten unter E. I. 1.

¹³⁷² Vgl. *Neuhaus/Kloth*, S. 31.

¹³⁷³ Vgl. oben unter C. II. 3. e.

¹³⁷⁴ So aber *Neuhaus/Kloth*, S. 31f, denen zufolge im Idealfall ein Verzicht auf Vorabinformation einzuholen sei.

¹³⁷⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

¹³⁷⁶ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 59; *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (24); *Grote/Schneider*, *BB* 2007, S. 2689 (2691); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 20; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 72; *Schimikowski*, *RuS* 2006, S. 441 (443); *ders.*, *RuS* 2007, S. 133 (136); *Schimikowski/Höra*, S. 112; *Terbille*, in: *MAH*, § 2, Rn. 69; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1.

nen Ansicht richtlinienwidrig¹³⁷⁷. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG zu überarbeiten, was auf eine Streichung der Norm hinauslaufen dürfte¹³⁷⁸. Mittelfristig hat somit der Einsatz von Verzichtserklärungen keine Zukunft.

Allein schon unter dem Gesichtspunkt der Einbeziehung der AVB in den Versicherungsvertrag kommt somit eine Fortführung des „Policenmodells“ im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB nicht in Frage¹³⁷⁹.

b. Informationspflichten

Aufgrund der Neuregelung des Informationszeitpunktes in § 7 Abs. 1 VVG ist eine Übersendung der Informationen zusammen mit dem Versicherungsschein nicht mehr möglich, womit das „Policenmodell“ nicht mehr praktiziert werden kann¹³⁸⁰. Würde ein Versicherer trotz des in § 7 Abs. 1 VVG geregelten Informationszeitpunktes seinen Vertrieb so einrichten, dass die Informationen zusammen mit der Versicherungsschein übersendet würden, hätte dies aufsichtsrechtliche Schritte der BaFin gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 VAG im Wege der Missstandsaufsicht zur Folge¹³⁸¹.

Eine Aufrechterhaltung des „Policenmodells“ ermöglicht auch nicht § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG, denn ein flächendeckender Einsatz von Verzichtserklärungen kommt aus den bereits genannten Gründen nicht in Betracht¹³⁸².

c. Beratungspflichten

Auch die Verpflichtung des Versicherers gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 VVG, eine Dokumentation des Beratungsvorgangs in Textform vor Abschluss des Vertrages zu übermitteln, steht einer praktischen Umsetzung des „Policenmodells“ insoweit entgegen, als die Dokumentation zusammen mit dem Versicherungsschein übermittelt werden sollte. Nach der hier vertretenen Ansicht ist § 6 Abs. 2 S. 1 VVG dahin auszulegen, dass die Dokumentation dem Versicherungsnehmer vor Abgabe von dessen Vertragserklärung zu übermitteln ist¹³⁸³.

Kap., Rn. 295. Einschränkend *Wandt*, Rn. 289: Ein Missstand läge nur vor, wenn der Verzicht des Versicherungsnehmers mit zivilrechtlich unzulässigen Mitteln bewirkt werde.

¹³⁷⁷ Vgl. oben unter C. III. 5. c. aa. und C. III. 5. c. bb. (3.).

¹³⁷⁸ Vgl. oben unter C. III. 5. cc. (1.).

¹³⁷⁹ Vgl. *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 20.

¹³⁸⁰ Vgl. *Baumann*, *VW* 2007, S. 1955; *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 1; *Franz*, *DStR* 2008, S. 303 (305); *ders.*, *VersR* 2008, S. 298 (301); *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (22); *Grote/Schneider*, *BB* 2007, S. 2689 (2691); *Leverenz*, Rn. 3/48f; *ders.*, *VW* 2008, S. 392; *Niederleithinger*, *VersR* 2006, S. 437 (441); *Römer*, *VersR* 2006, S. 740 (741); *Schimikowski*, *RuS* 2006, S. 441; *ders.*, *RuS* 2007, S. 133; *Schimikowski/Höra*, S. 110; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 290.

¹³⁸¹ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 64; *Leverenz*, Rn. 3/79; *Marlow/Spuhl*, S. 10; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 75; *Niederleithinger*, *VersR* 2006, S. 437 (442); *Römer*, *VersR* 2006, S. 2740 (742); *Schimikowski*, *RuS* 2007, S. 441 (443); *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (723).

¹³⁸² Vgl. oben unter D. II. 2. a.

¹³⁸³ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. bb (2.).

Eine Lösung dieses Problems lässt sich auch nicht über die Verzichtserklärung des § 6 Abs. 3 VVG erreichen, so dass eine Dokumentation hinfällig wäre. Zunächst ist wiederum wie bei § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG zu sehen, dass an die Verzichtserklärung erhebliche formale Anforderungen gestellt werden und nicht jeder Versicherungsnehmer bereit sein wird, einen Verzicht zu erklären¹³⁸⁴. Darüber hinaus geht der Gesetzgeber im Grundsatz davon aus, dass der Versicherungsnehmer im Sinne eines verbesserten Verbraucherschutzes zu beraten ist¹³⁸⁵, weswegen ein flächendeckender Einsatz von Verzichtserklärungen den gesetzlichen Vorgaben des VVG zuwiderliefe und damit aufsichtsrechtliche Maßnahmen im Wege der Missstandsaufsicht gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 VAG nach sich ziehen würde¹³⁸⁶.

e. Stellungnahme

Das „Policenmodell“ kann unter der Geltung des neuen VVG nicht mehr praktiziert werden, da dies für die Versicherer zwingend aufsichtsrechtliche Konsequenzen zur Folge hätte. Mit der Reform der VVG ist das „Policenmodell“ somit Rechtsgeschichte geworden.

III. „Invitativmodell“

Das sog. „Invitativmodell“¹³⁸⁷, auch „Anfragemodell“ genannt¹³⁸⁸, wird nicht erst seit dem Referentenentwurf für ein neues VVG diskutiert, als sich abzeichnete, dass der Gesetzgeber das „Policenmodell“ in das neue VVG nicht übernehmen würde. Bereits in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts kam die Idee auf, ein neues Vertragsschlussverfahren zu entwickeln, um den Papierverbrauch in den Versicherungsunternehmen zu verringern und somit deren „Ökobilanz“ zu verbessern¹³⁸⁹. Während die ursprüngliche Idee des „Invitativmodells“ darauf abzielte, mithilfe moderner EDV dem Versicherungsnehmer eine Antragsstellung ohne Ausfüllen eines papiergebundenen Antragsformulars zu ermöglichen¹³⁹⁰, dreht sich die neuere Diskussion in erster Linie um die Frage, wie dem Versicherer die Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 7 VVG erleichtert werden kann.

1. „invitatio ad offerendum“

Ähnlich wie beim „Antragsmodell“ wird im Rahmen des Gesprächs zwischen

¹³⁸⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/117; *Schimikowski*, RuS 2007, S. 133 (136).

¹³⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

¹³⁸⁶ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *Leverenz*, Rn. 4/117; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 71; *Schimikowski*, RuS 2007, S. 133 (136).

¹³⁸⁷ Vgl. statt vieler: *Schimikowski*, RuS 2006, S. 441 (443); *ders.*, VW 2007, S. 715.

¹³⁸⁸ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/42.

¹³⁸⁹ Grundlegend: *Honsel*, S. 1; ferner: *Schimikowski*, RuS 1997, S. 89.

¹³⁹⁰ Vgl. *Honsel*, S. 7f; *Schimikowski*, RuS 1997, S. 89.

Versicherungsnehmer und Versicherungsvertreter dessen Versicherungsbedarf geklärt und ein geeignetes Versicherungsprodukt zur Bedarfsdeckung ermittelt. Anders als beim „Antragsmodell“ stellt der Versicherungsnehmer jedoch nicht einen Antrag, sondern er fordert den Versicherer auf, ihm ein Angebot auf Abschluss eines Versicherungsvertrages zu unterbreiten¹³⁹¹. Diese Aufforderung oder auch Anfrage kann mittels eines vom Versicherer zur Verfügung gestellten Formulars erklärt werden, in dem der in Aussicht genommene Versicherungsvertrag genau bezeichnet wird¹³⁹². Damit diese Erklärung nicht als Antrag zu werten ist, selbst wenn sie bereits die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages enthalten sollte, muss der fehlende Rechtsbindungswille eindeutig zum Ausdruck kommen¹³⁹³. Es ist deshalb erforderlich, das auszufüllende Formular mit „Anfrage auf Abschluss einer Versicherung“ oder Ähnlichem zu überschreiben¹³⁹⁴. Aufgrund der Gestaltung des Vertragsschlussverfahrens nach dem „Invitativmodell“ wird der Versicherer eine auf einem Anfrageformular abgegebene Erklärung des Versicherungsnehmers gemäß §§ 133, 157 BGB nicht so verstehen können, dass dieser einen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages stellt.

Problematisch ist allerdings, ob der Versicherungsnehmer allein aufgrund der Bezeichnung des unterzeichneten Formulars als „Anfrage“ erkennen kann, nicht bereits einen rechtsverbindlichen Antrag gestellt zu haben. Es besteht die Gefahr, dass er ein nachfolgendes Angebot des Versicherers nicht gesondert annimmt, weil er glaubt, bereits mit Zugang des Angebots einen Vertrag abgeschlossen zu haben. Aus diesem Grunde muss das „Invitativverfahren“ hinreichend transparent gestaltet werden. Es ist daher notwendig, vor der Unterschrift des Kunden eine eindeutige und unübersehbare Erläuterung aufzunehmen, dass mit der Anfrage kein rechtlich verbindlicher Antrag gestellt wird, sondern dieser vom Versicherer ausgeht, der einer gesonderten Annahme bedarf¹³⁹⁵. Die Notwendigkeit zu dieser Erläuterung folgt auch aus § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV, wonach der Versicherungsnehmer über das Zustandekommen des Vertrages zu unterrichten ist. Gemäß § 7 Abs. 1 VVG müsste der Versicherungsnehmer über diesen Punkt zwar erst rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung informiert werden, also bevor er die Annahme erklärt. Da die „invitatio ad offendum“ jedoch wesentlicher Teil des zum Vertragsschluss führenden Verfah-

¹³⁹¹ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 21; *Leverenz*, Rn. 4/42; *Marlow/Spuhl*, S. 10f; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 73; *Schimikowski*, VW 2007, S. 715; *ders.*, RuS 2006, S. 441 (443); *ders.*, RuS 1997, S. 89; *Stockmeier*, VersR 2008, S. 717 (719).

¹³⁹² Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/46f; *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 73.

¹³⁹³ Vgl. oben unter C. I. 2. a. aa.

¹³⁹⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/46; *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Neuhaus/Kloth*, S. 34.

¹³⁹⁵ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *Leverenz*, Rn. 4/46; *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Neuhaus/Kloth*, S. 34f.

rens ist und § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV insoweit Klarheit schaffen soll, ist bei einer teleologischen Auslegung der Norm zu verlangen, dass diese Information dem Versicherungsnehmer bereits vorher zur Verfügung steht¹³⁹⁶. Eine entsprechende Erläuterung in den Angebotsunterlagen¹³⁹⁷ käme folglich zu spät.

2. Antrag

Auf die „*invitatio ad offerendum*“ erstellt der Versicherer ein Angebot für den Versicherungsnehmer. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass dieses Angebot neben einer vorbereiteten Annahmeerklärung auch den Versicherungsschein gemäß § 3 Abs. 1 VVG umfasst¹³⁹⁸.

Gegen die Übersendung der Police als Teil des Angebots bestehen jedoch Bedenken. Gemäß § 3 Abs. 1 VVG a.F. stellte der Versicherungsschein eine Urkunde über den Versicherungsvertrag dar, beinhaltete also die Erklärung des Versicherers, dass ein Vertrag mit dem in der Police genannten Inhalt abgeschlossen worden ist. Für diese Urkunde sprach die widerlegliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit¹³⁹⁹. § 3 Abs. 1 VVG bestimmt demgegenüber, dass der Versicherer einen Versicherungsschein in Textform und nur auf Verlangen des Versicherungsnehmers als Urkunde zu übermitteln hat. Im gesetzlichen Regelfall stellt dieser damit keine Urkunde mehr dar. Diese formalen Änderungen begründet der Gesetzgeber damit, dass der Versicherungsschein zwar auch ein Beweismittel sei, jedoch der Informationszweck über die Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers im Vordergrund stehe, denen auch die Textform genügen könne¹⁴⁰⁰. Am Inhalt des Versicherungsscheins hat die Neufassung des § 3 Abs. 1 VVG demgegenüber nichts geändert. Erklärt der Versicherer somit nach wie vor, dass ein Versicherungsvertrag mit einem bestimmten Inhalt abgeschlossen worden ist¹⁴⁰¹, trifft diese Erklärung bei Zusendung der Angebotsunterlagen nicht zu. Das planmäßige Versenden der Police als Angebotserklärung oder zusammen mit weiteren Unterlagen als Angebot könnte einen aufsichtsrechtlichen Missstand gemäß § 81 Abs. 1 S. 2 VAG darstellen, weil gegen die Gesetze verstoßen wird, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten bzw., weil nicht ausreichend die Belange der Versicherten gewahrt werden.

In der Literatur wird darauf verwiesen, dass eine Übersendung des Versiche-

¹³⁹⁶ Vgl. *Baroch Castellvi*, in: HK-VVG, § 1 VVG-InfoV, Rn. 56.

¹³⁹⁷ So *Marlow/Spuhl*, S. 12.

¹³⁹⁸ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 53; *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (302); *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (24); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 21; *Leverenz*, Rn. 4/63; *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 73; *Neuhaus/Kloth*, S. 32; *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715; *ders.*, *RuS* 2006, S. 441 (443); *Wandt*, Rn. 290.

¹³⁹⁹ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 3, Rn. 45; *Römer*, in: *R/L*, § 3, Rn. 2.

¹⁴⁰⁰ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 57 li. Sp.

¹⁴⁰¹ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 3, Rn. 7; *Ebers*, in: PK-VVR, § 3, Rn. 10.

ungsscheins vor dem Zustandekommen des Vertrages unbedenklich sei, schließlich sei dieser auch beim „Policenmodell“ zu einem Zeitpunkt zugegangen, ohne dass der Vertrag sogleich wirksam zustande kam¹⁴⁰². Auch sprächen keine zwingenden Gründe des Verbraucherschutzes dafür, ihn nicht zusammen mit dem Angebot zuzusenden¹⁴⁰³. Zudem stelle auch in den Fällen, in denen der Antrag vom Versicherungsnehmer ausgehe, die Übersendung der Police nach Ablauf einer Annahmefrist ein neues Angebot des Versicherers dar¹⁴⁰⁴. Für diese Auffassung lässt sich überdies anführen, dass in den Fällen des § 5 Abs. 1 VVG der übersandte Schein ebenfalls nicht richtig ist, weil der Vertrag erst mit Ablauf der Genehmigungsfrist rückwirkend zustande kommt. Schließlich wird in der Literatur darauf abgestellt, dass auch die Gefahr des Missbrauchs eines mit dem Angebot übersandten Versicherungsscheins nicht zwingend dagegen spreche, diesen erst nach Vertragsschluss zu übermitteln¹⁴⁰⁵. Ein eventuelles Missbrauchsrisiko bestehe schließlich auch in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer diesen nach Vertragsschluss erhält, der Vertrag jedoch gemäß § 8 Abs. 1 VVG widerrufen und die Police nicht zurückgesendet wird¹⁴⁰⁶.

Die vorgenannten Argumente können jedoch nicht vollständig überzeugen. Der Verweis auf den Umstand, dass beim „Policenmodell“ die Übersendung vor dem formellen Vertragsschluss erfolgte, konnte unter der Geltung des alten VVG deswegen praktiziert werden, weil § 5a VVG a.F. eine entsprechende Übermittlung des Versicherungsscheins vor Abschluss des Vertrages vorsah¹⁴⁰⁷. Soweit darauf abgestellt wird, dass ein Angebot des Versicherers auch in der Übersendung eines Versicherungsscheins nach Ablauf einer ihm gesetzten Annahmefrist gesehen werden kann, ist zu sagen, dass diese Konstellation einen Ausnahmefall betrifft und gerade nicht den Regelfall, der eine Annahmeerklärung innerhalb der Annahmefrist vorsieht. In gleicher Weise überzeugt auch ein Verweis auf die Rechtslage bei § 5 Abs. 1 VVG nicht, denn das Abweichen vom Antrag betrifft ebenfalls einen Sonderfall, so dass hieraus keine allgemeingültigen Aussagen abgeleitet werden können. Des Weiteren ist auch nicht das Argument zwingend, eventuelle Missbrauchsrisiken ungültiger Policen bestünden nicht nur bei Übersendung zusammen mit dem Angebot. Es kann kein schützenswertes Interesse daran bestehen, Missbrauchsrisiken über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus zu erweitern. Entscheidend gegen die Zulässigkeit einer Versendung der Police zusammen mit den Angebotsunterlagen spricht jedoch, dass so der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, ein Versicherungsvertrag sei schon abgeschlossen

¹⁴⁰² Vgl. *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (25).

¹⁴⁰³ Vgl. *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (25).

¹⁴⁰⁴ Vgl. *Schimikowski*, *RuS* 1997, S. 89 (90f).

¹⁴⁰⁵ Zu möglichen Formen des Missbrauchs vgl. *Leverenz*, *Rn.* 4/65.

¹⁴⁰⁶ Vgl. *Leverenz*, *Rn.* 4/65.

¹⁴⁰⁷ Dies räumt auch *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (25) ein.

worden. Zwar kann der Versicherer in seinem Angebot deutlich darauf hinweisen, dass noch eine gesonderte Annahme erforderlich ist, jedoch steht diese Erklärung in einem inhaltlichen Widerspruch zur Übersendung des Versicherungsscheins. Insoweit läuft das Verschicken der Police zusammen mit dem Angebot darauf hinaus, eine transparente Gestaltung des Vertragsschlusses nach dem „Invitativmodell“ zu konterkarieren. Damit ist auch das Argument widerlegt, dass keine zwingenden Gründe des Verbraucherschutzes gegen die Versendung des Versicherungsscheins sprechen.

Entsprechend seinem Erklärungsgehalt und seiner Funktion, den Versicherungsnehmer über dessen Rechte und Pflichten aus einem *abgeschlossenen* Versicherungsvertrag zu unterrichten¹⁴⁰⁸, ist davon auszugehen, dass der Versicherungsschein erst verschickt werden darf, wenn ein Vertrag schon geschlossen worden ist oder durch den Zugang der Police geschlossen wird. Im Übrigen würden auch die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt, wenn durch die Übersendung des Versicherungsscheins die Gefahr der irrtümlichen Annahme eines bereits erfolgten Vertragsschlusses geschürt wird. Eine planmäßige Versendung der Versicherungspolice zusammen mit dem Vertragsangebot stellt somit einen aufsichtsrechtlichen Missstand dar, weswegen eine dementsprechende Ausgestaltung der Angebotsunterlagen praktisch nicht in Betracht kommt.

3. Annahme

Nachdem das Angebot des Versicherers zugegangen ist, muss der Versicherungsnehmer die Annahme erklären. In dem Erfordernis einer zweiten Erklärung des Versicherungsnehmers liegt ein Schwachpunkt des „Invitativmodells“, denn ob er die Annahme erklärt und inwieweit dies innerhalb einer ihm regelmäßig aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmten Annahmefrist¹⁴⁰⁹ erfolgt, kann der Versicherer grundsätzlich nicht beeinflussen¹⁴¹⁰. Es empfiehlt sich daher, den Versicherungsnehmer nicht nur in dem Anfrageformular, sondern auch in den Angebotsunterlagen auf die Notwendigkeit einer gesonderten Annahmeerklärung hinzuweisen¹⁴¹¹.

a. Ausdrückliche Annahme

aa. Ausdrückliche Erklärung

Eine ausdrückliche Annahme kann der Versicherungsnehmer erklären, indem er eine vom Versicherer mit den Angebotsunterlagen übersandte Annahmeerklä-

¹⁴⁰⁸ Vgl. *Brömmelmeyer*, § 3, Rn. 1; *Ebers*, in: PK-VVR, § 3, Rn. 10. Vor Vertragsschluss wird der Versicherungsnehmer gemäß § 7 VVG über den Versicherungsvertrag informiert.

¹⁴⁰⁹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/67.

¹⁴¹⁰ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *Leverenz*, Rn. 4/42; *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 74; *Neuhaus/Kloth*, S. 33.

¹⁴¹¹ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (25); *Leverenz*, Rn. 4/66; *Neuhaus/Kloth*, S. 35.

rung unterschreibt und an diesen zurückschickt¹⁴¹². Mit dem Zugang dieser Erklärung kommt dann der Vertrag zustande.

bb. Sicherstellen der Annahmeerklärung

Wegen der Notwendigkeit einer gesonderten Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten der Versicherer hat, sicherzustellen, dass ein Versicherungsnehmer tatsächlich von einem Vertragsabschluss Abstand nehmen will und es nicht nur aus Nachlässigkeit unterlässt, die Annahme zu erklären.

(1.) Vereinbarung eines zweiten Gesprächstermins

Denkbar wäre es, einen weiteren Termin mit dem Versicherungsnehmer zu vereinbaren, in dem dieser dann dem Versicherungsvertreter die Annahmeerklärung übergibt. Ein solcher zweiter Termin dürfte allerdings auf Grund des hiermit verbundenen Arbeitsaufwandes weder im Interesse des Versicherungsververtreters liegen, noch dürfte die Akzeptanz beim Versicherungsnehmer besonders hoch sein, da für ihn eine postalische Übersendung der Annahme bequemer ist.

(2.) Telefonische Nachfrage beim Versicherungsnehmer

Einfacher als die Vereinbarung eines zweiten Gesprächstermins ist es daher, den Versicherungsnehmer wenige Tage vor Ablauf einer gesetzten Annahmefrist anzurufen und zu fragen, ob dieser sich zur Annahme des Angebots entschieden und an die Rücksendung der Annahmeerklärung gedacht hat. Einem solchen Vorgehen setzen allerdings die §§ 3, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 UWG Grenzen. In Konkretisierung der Generalklausel des § 3 UWG bestimmt § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 UWG, dass eine geschäftliche Handlung wegen einer unzumutbaren Belästigung unzulässig ist, wenn Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung erfolgt. Unter den Begriff der Werbung fällt unter anderem jede Äußerung bei der Ausübung eines Gewerbes, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern¹⁴¹³. Mit der Nachfrage beim Versicherungsnehmer, ob dieser die Annahme des ihm unterbreiteten Angebots erklären möchte oder bereits erklärt hat, zielt der Anruf des Versicherers oder seines Versicherungsververtreters darauf ab, Unklarheiten über das Zustandekommen des Vertrages zu beseitigen und den Versicherungsnehmer möglichst zur Abgabe der Annahmeerklärung zu

¹⁴¹² Vgl. *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (24); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 21; *Leveren*, Rn. 4/76; *Marlow/Spuhl*, S. 12; *Wandt*, Rn. 290, Fn. 100; *Neuhaus/Kloth*, S. 34.

¹⁴¹³ Vgl. *Köhler*, in: *H/K/B*, § 7 UWG, Rn. 42.

bewegen. Es ist zwar nicht zu übersehen, dass die Nachfrage auch im Interesse des Kunden liegen kann, insbesondere wenn dieser versehentlich die Annahmeerklärung vergessen hat, jedoch kann dieses Unterlassen auch darauf beruhen, dass er nach Erhalt der vorvertraglichen Informationen zusammen mit dem Angebotsunterlagen vom Vertragsschluss Abstand nehmen möchte. An dem zumindest auch werbenden Charakter eines solchen Anrufs können daher keine ernsthaften Bedenken bestehen.

Erforderlich ist somit, dass der Versicherungsnehmer sich mit einer telefonischen Nachbetreuung einverstanden erklärt. Ein derartiges Einverständnis muss im Vorfeld eines Anrufes erteilt werden und kann ausdrücklich oder auch konkludent erklärt werden¹⁴¹⁴. Ein mutmaßliches Einverständnis kommt demgegenüber nur bei sonstigen Marktteilnehmern, nicht aber bei Verbrauchern in Betracht. Um eine einheitliche Lösung für den Versicherungsvertrieb zu entwickeln, kommt daher für die Praxis nur eine konkludente oder eine ausdrückliche Einverständniserklärung in Frage.

(a.) Konkludente Einverständniserklärung

Zunächst ist daran zu denken, ein Einverständnis mit einer telefonischen Nachfrage des Versicherers dann anzunehmen, wenn der Versicherungsnehmer im Anfrageformular seine Telefonnummer angibt. Ob und inwieweit eine derartige Angabe als Einverständnis zu werten ist, muss gemäß §§ 133, 157 BGB im Wege der Auslegung ermittelt werden¹⁴¹⁵.

In der Rechtsprechung ist entschieden worden, dass ein Versicherungsnehmer, der etwa in einem Antragsformular seine Telefonnummer angibt, lediglich sein konkludentes Einverständnis mit Anrufen in Bezug auf das bestehende Vertragsverhältnis und den durch ihn vermittelten Versicherungsschutz erklärt¹⁴¹⁶. Übertragen auf telefonische Nachfragen beim Abschluss von Versicherungsverträgen im Rahmen des „Invitativmodells“ bedeutet dies, dass es zwar einerseits mangels Vertragsschlusses an einem konkreten Vertragsverhältnis fehlt, auf das sich das Einverständnis beziehen könnte, andererseits aber die Parteien sich in der Phase der Vertragsanbahnung befinden, in der der Versicherungsnehmer den Versicherer auffordert, ihm ein konkretes Angebot zu unterbreiten. Gibt der Versicherungsnehmer in dieser Situation seine Telefonnummer an, kann dies redlicherweise nur so verstanden werden, dass er mit Anrufen, die sich auf den in Auge gefassten Vertrag beziehen, einverstanden ist.

Für ein wirksames Einverständnis genügt somit, dass der Versicherungsnehmer seine Telefonnummer im Anfrageformular angibt¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁴ Vgl. OLG Frankfurt GRUR 2005, S. 964; Köhler, in: H/K/B, § 7 UWG, Rn. 43.

¹⁴¹⁵ Vgl. Köhler, in: H/K/B, § 7, Rn. 45.

¹⁴¹⁶ Vgl. BGH GRUR 1995, S. 220 (220f); OLG Köln GRUR 2005, S. 964 (964f).

¹⁴¹⁷ Vgl. im Ergebnis auch Leverenz, Rn. 4/85.

(b.) Ausdrückliche Einverständniserklärung

Neben einem konkludenten Einverständnis ist es ebenso möglich, dass der Versicherungsnehmer sich ausdrücklich mit telefonischen Nachfragen des Versicherers einverstanden erklärt. Da eine solche Erklärung in dem zur Verfügung gestellten Anfrageformular vorformuliert wird, stellt sich die Frage, inwieweit eine derartige Einverständniserklärung einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhält.

Zunächst muss es sich bei der vorformulierten Einverständniserklärung um eine AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handeln, also um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung. Teils wird darauf verwiesen, dass eine Einverständniserklärung nur eine einseitige Erklärung sei und daher keine „Vertragsbedingung“ darstelle¹⁴¹⁸. Folglich wären die §§ 305 ff BGB auf eine Einverständniserklärung nicht anwendbar. Mit Blick auf den Schutzzweck des AGB-Rechts, den Vertragspartner des Verwenders vor Gefahren zu schützen, die sich daraus ergeben, dass er sich auf eine vorformulierte Klausel einlässt¹⁴¹⁹, ist jedoch mit der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur davon auszugehen, dass auch vorformulierte Einverständniserklärungen in telefonische Werbung AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB sind¹⁴²⁰. Fraglich ist jedoch, ob eine solches Einverständnis AGB-rechtlich wirksam ist.

In der Rechtsprechung des BGH ist mehrfach entschieden worden, dass Einverständniserklärungen in telefonische Werbung wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sind¹⁴²¹ und zwar selbst dann, wenn diese widerruflich sind¹⁴²² oder dem Kunden die Möglichkeit eröffnet wird, durch Ankreuzen sich gegen die Werbung zu entscheiden¹⁴²³. Zur Begründung führt der BGH aus, Telefonwerbung stelle eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre des Angerufenen dar. Sie sei ein grober Missbrauch des vom Inhaber im eigenen Interesse und auf eigene Kosten unterhaltenen Telefonanschlusses zu Werbezwecken, erlaube ein praktisch unkontrollierbares Eindringen in die Lebensgewohnheiten der Zielperson und zwingt ihr zu einem ausschließlich durch den Werbenden bestimmten Zeitpunkt Anpreisungen von Waren und Dienstleistungen auf. Wegen der massiven Beeinträchtigungen für die Zielperson und im Hinblick auf die Nachahmungsgefahr habe der I. Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung die Telefonwerbung im privaten Bereich sogar grundsätzlich als mit den guten Sitten des Wettbe-

¹⁴¹⁸ Vgl. *Lettl*, NJW 2001, S. 42 (43); zweifelnd: *Seichter/Witzmann*, WRP 2007, S. 699 (704).

¹⁴¹⁹ Vgl. *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 5.

¹⁴²⁰ Vgl. BGH WRP 2000, S. 722 (723); WRP 1999, S. 660 (661); WRP 1999, S. 847 (851); *Köhler*, in: *H/K/B*, § 7, Rn. 47; *Mankowski*, in: *Fezer*, § 7, Rn. 63; *Wegmann*, WRP 2007, S. 1141 (1144).

¹⁴²¹ Vgl. BGH WRP 2000, S. 722 (723f); WRP 1999, S. 847 (851); WRP 1999, S. 660 (661f).

¹⁴²² Vgl. BGH WRP 1999 S. 660 (661f).

¹⁴²³ Vgl. BGH WRP 2000, S. 722 (723f). In dieser Entscheidung wird jedoch nicht der Aspekt gesondert gewürdigt, dass der Kunde sich auch gegen die Werbung entscheiden kann.

werbs unvereinbar angesehen, und einen Verstoß gegen § 1 UWG bejaht, wenn nicht der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat. Das Erfordernis eines ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnisses schließe eine Herbeiführung der „Einverständniserklärung“ durch AGB aus. Jede andere Sicht der Dinge würde Wettbewerber zu einer entsprechenden Angleichung ihrer Geschäftsbedingungen ermuntern und eben zu der massiven Belästigung führen, der das Erfordernis der ausdrücklichen oder zumindest konkludenten Einverständnisses entgegenwirken soll¹⁴²⁴. Die Überlegungen des BGH leuchten durchaus ein, wonach eine Einverständniserklärung in AGB-Form darauf hinaus liefe, das Korrektiv des Einverständnisses weitgehend leer laufen zu lassen, falls eine solche Klausel nicht wegen einer unangemessenen Benachteiligung unwirksam wäre. Gleichwohl erscheint eine differenziertere Sichtweise angebracht:

Die Fälle, über die der BGH zu entscheiden hatte, bezogen sich auf vorformulierte Einverständniserklärungen, bei denen der Kunde ein Einverständnis in Werbeanrufe über die bestehende Geschäftsverbindung hinaus erteilen sollte. Im Fall BGH WRP 1999, S. 847 sah die vorformulierte Erklärung vor, dass der Versicherungsnehmer sich bis auf Widerruf damit einverstanden erklärte, dass er künftig im Rahmen des Versicherungsverhältnisses *sowie im Hinblick auf weitere Versicherungs- und Finanzdienstleistungen der Versicherungsgruppe* auch telefonisch informiert und beraten wird¹⁴²⁵. Der Entscheidung BGH WRP 1999, S. 660 lag eine Klausel zugrunde, wonach das Einverständnis des Kunden über die bestehende Geschäftsverbindung hinaus *auch die Werbung für Produkte Bank und ihrer Kooperationspartner* umfasste¹⁴²⁶. Und schließlich ging die Klausel im Fall BGH WRP 2000, S. 722 allgemein dahin, dass der Kunde bei der Eröffnung eines Sparkontos sich entscheiden konnte, ob er mit der persönlichen und telefonischen Beratung *in Geldangelegenheiten* einverstanden ist¹⁴²⁷. In diesen Fällen bestand daher in besonderer Weise die Gefahr, dass der Kunde nicht nur einmalig, sondern mehrfach zu Werbezwecken angerufen würde und dies nicht nur von seinem Vertragspartner, sondern auch von dessen Kooperationspartnern. Dass der Kunde somit mit einer Vielzahl von Anrufen konfrontiert würde und diese zu einer Belästigung führen, die § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gerade verhindern soll, steht außer Zweifel.

Anders stellt sich jedoch die Situation dar, wenn die Einverständniserklärung sich auf Werbeanrufe beschränkt, die allein das laufende Vertragsverhältnis betreffen, denn in diesem Fall sind zum einen die Zahl der Anrufer und auch die Anlässe für einen Anruf von vornherein beschränkt, weswegen erhebliche Beläs-

¹⁴²⁴ Vgl. BGH WRP 1999, S. 847 (851) und wortgleich BGH WRP 1999, S. 660 (661f).

¹⁴²⁵ Vgl. BGH WRP 1999, S. 847.

¹⁴²⁶ Vgl. BGH WRP 1999, S. 660 (661).

¹⁴²⁷ Vgl. BGH WRP 2000, S. 722.

tigungen nicht zu befürchten sind. Dies gilt umso mehr, wenn dem Kunden zusätzlich noch die Option eingeräumt wird, durch Ankreuzen darüber zu entscheiden, ob er überhaupt angerufen werden möchte¹⁴²⁸. Über eine derart beschränkte Klausel hatte der BGH bisher noch nicht zu entscheiden, weswegen deren Zulässigkeit noch nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist¹⁴²⁹. In der Entscheidung BGH WRP 2000, S. 722 deutet der BGH jedoch an, dass eine auf das konkrete Vertragsverhältnis beschränkte Klausel zulässig sein könnte, denn die in dem Verfahren streitgegenständliche Einverständniserklärung ist gerade auch deswegen für unangemessen gehalten worden, weil sie der beklagten Bank telefonische Werbung für Vertragsschlüsse in anderweitigen Geldangelegenheiten ermöglichen sollte, die über das Vertragsverhältnis mit der Bank hinausgingen¹⁴³⁰.

Mit Blick auf das „Invitativmodell“ wäre die in Betracht kommende Klausel nicht nur von vornherein auf das zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer bestehende vorvertragliche Verhältnis, sondern überdies allein auf einen Anruf beschränkt, der einmalig die Frage der Annahmeerklärung zum Gegenstand hat. Insoweit ist es daher ausgeschlossen, dass es künftig in einem nicht absehbaren Umfang zu Anrufen beim Versicherungsnehmer kommen wird. Die vom BGH gegen die Zulässigkeit einer Einverständniserklärung in AGB-Form vorgebrachten Bedenken überzeugen daher nicht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Anruf des Versicherers nicht nur, aber auch im Interesse des Versicherungsnehmers liegen kann, insbesondere wenn dieser versehentlich die Annahmeerklärung nicht abgeben hat und somit Gefahr läuft, ohne an sich gewollten Versicherungsschutz dazustehen¹⁴³¹.

Es ist daher davon auszugehen, dass zumindest eine auf das vorvertragliche Verhältnis bezogene und inhaltlich auf einen einmaligen Anruf beschränkte Einverständniserklärung, bei der der Versicherungsnehmer durch Ankreuzen entscheiden kann, ob er überhaupt angerufen werden möchte, keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB darstellt. Folglich kann eine derartige Klausel wirksam in ein Anfrageformular des Versicherers integriert werden¹⁴³². Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Klausel nicht an einer versteckten Stelle untergebracht wird, da diese ansonsten wegen Verstoßes gegen § 305c Abs. 1 BGB keine Wirkung entfaltet¹⁴³³.

¹⁴²⁸ Vgl. Köhler, in: *H/K/B*, § 7 UWG, Rn. 47; *Seichter/Witzmann*, WRP 2007, S. 699 (705).

¹⁴²⁹ Vgl. *Seichter/Witzmann*, WRP 2007, S. 699 (704).

¹⁴³⁰ Vgl. BGH WRP 2000, S. 722 (724).

¹⁴³¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/86.

¹⁴³² Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/86 mit einem entsprechenden Formulierungsvorschlag.

¹⁴³³ Vgl. Köhler, in: *H/K/B*, § 7 UWG, Rn. 47; *Leverenz*, Rn. 4/86; *Wegmann*, WRP 2007, S. 1141 (1144).

b. Konkludente Annahme

aa. Überweisen der Prämie

Eine konkludente Annahme des Angebots kommt dadurch in Betracht, dass der Versicherungsnehmer die geschuldete Prämie an den Versicherer überweist¹⁴³⁴. Für den Versicherungsnehmer dürfte es jedoch komfortabler sein, wenn der Versicherer die geschuldete Prämie im Lastschriftverfahren einzieht und auch für diesen dürfte es rationeller sein, selbst den geschuldeten Betrag einzuziehen und nicht auf eine Überweisung zu warten¹⁴³⁵.

bb. Widerspruchloses Dulden einer Lastschrift

Mit Blick auf den Vertragsschluss stellt sich die Frage, ob eine konkludente Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers auch darin gesehen werden kann, wenn dieser widerspruchslos eine Lastschrift von seinem Konto duldet.

Damit eine Lastschrift vom Konto des Versicherungsnehmers erfolgen kann, muss dieser dem Versicherer eine entsprechende Einzugsermächtigung erteilen. Eine solche Einzugsermächtigung bedarf gemäß Abschnitt I Nr. 1 a des Abkommens über den Lastschriftverkehr (LSA) der Schriftform und könnte somit bereits in das Formular aufgenommen werden, mit dem der Versicherungsnehmer den Versicherer auffordert, ihm ein Angebot zu unterbreiten¹⁴³⁶. Dass zur Zeit der Abgabe der „*invitatio ad offerendum*“ die zu zahlende Prämienhöhe unter Umständen noch nicht zu beziffern ist, steht einer wirksamen Einzugsermächtigung nicht entgegen, da diese sich nicht auf einen bestimmten Betrag beziehen muss¹⁴³⁷. Gleichwohl kann auf der Grundlage einer solchen Einzugsermächtigung der Versicherer nicht rechtmäßig eine Lastschrift veranlassen, in deren Folge ein unterlassener Widerspruch als Annahme zu werten wäre, denn der Versicherer darf im Lastschriftverfahren nur fällige Forderungen einziehen¹⁴³⁸. Hieran fehlt es jedoch zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Lastschrift bei seiner Bank einreicht. Ein systematischer Einzug nicht fälliger Forderungen im Wege des Lastschriftverfahrens dürfte daher einen aufsichtsrechtlichen Missstand im Sinne des § 81 Abs. 2 S. 2 VAG darstellen, da nicht ausreichend die Belange der Versicherten gemäß § 81 Abs. 1 S. 2 VAG gewahrt werden, und hätte daher aufsichtsrechtliche Maßnahmen zur Folge. Unabhängig von den auf-

¹⁴³⁴ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 54; *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 21; *Leverenz*, Rn. 4/78; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 73; *Schimikowski*, VW 2007, S. 715; *ders.*, RuS 2006, S. 441 (444); *Schwintowski*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18, Rn. 28; *Stockmeier*, VersR 2008, S. 717 (719).

¹⁴³⁵ Vgl. auch *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 1, Rn. 54, wonach in der Praxis in 70-80% der Fälle die Prämie im Lastschriftverfahren eingezogen wird.

¹⁴³⁶ Ablehnend *Neuhaus/Kloth*, S. 35, da der Versicherungsnehmer für einen noch nicht abgeschlossenen Vertrag keine Einzugsermächtigung erteilen könne.

¹⁴³⁷ Vgl. BGH ZIP 2003, 350; BGH NJW 1996, 988; *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (26); *Leverenz*, Rn. 4/54; *van Geldern*, in: Bankrechts-Hdb Bd. I, § 57, Rn. 3; *Werner*, in: L/G/W, § 2, Rn. 18.

¹⁴³⁸ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.) (c.).

gezeigten aufsichtsrechtlichen Bedenken, stellt sich die Frage, ob das Unterlassen eines Widerspruchs des Versicherungsnehmers als Annahmeerklärung gemäß §§ 133, 157 BGB verstanden werden kann.

Mit dem Unterlassen des Widerspruchs gibt der Versicherungsnehmer zunächst keine Erklärung ab, vielmehr schweigt er. Grundsätzlich kommt Schweigen im Rechtsverkehr kein Erklärungsgehalt zu. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der der Schweigende gemäß § 242 BGB verpflichtet ist, sich zu erklären¹⁴³⁹. Eine derartige Pflicht besteht nach der hier vertretenen Ansicht in den Fällen, in denen der Versicherer einen Antrag des Versicherungsnehmers nach Ablauf einer ihm gesetzten Annahmefrist annimmt und er aufgrund einer ihm im Antragsformular erteilten Einzugsermächtigung im Wege der Lastschrift vom Konto des Versicherungsnehmers den vermeintlich geschuldeten Betrag abbucht¹⁴⁴⁰. Eine derartige Erklärungspflicht kann jedoch nicht in den Fällen angenommen werden, in denen dieser lediglich eine „*invitatio ad offerendum*“ erklärt hat, denn in diesem Fall muss er gerade nicht damit rechnen, dass der Versicherer mit der Übersendung der Angebotsunterlagen bereits von einem wirksamen Vertragsschluss ausgeht und infolgedessen von der erteilten Einzugsermächtigung Gebrauch machen wird. Zudem hat er sich mit der Erklärung einer „*invitatio ad offerendum*“, anders als bei der Abgabe einer Willenserklärung, noch nicht rechtsverbindlich für den Abschluss eines Vertrages entschieden. Es ist daher festzuhalten, dass eine konkludente Annahmeerklärung durch das widerspruchslöse Dulden einer Lastschrift nicht in Frage kommt¹⁴⁴¹.

c. Vereinbaren einer Vertragsschlussklausel

Um das Problem einer gesonderten Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers zu lösen, stellt sich die Frage, ob die Parteien eine Vertragsschlussklausel vereinbaren können, derzufolge nach Ablauf einer bestimmten Frist ab Zugang des Angebots eine Annahmeerklärung fingiert wird, wenn der Versicherungsnehmer nicht dem Vertragsschluss widerspricht¹⁴⁴². Zwar kommt Schweigen im Rechtsverkehr grundsätzlich kein Erklärungsgehalt zu, dies gilt jedoch nur, soweit nichts Abweichendes vereinbart worden ist¹⁴⁴³. Entsprechendes könnte jedoch aufgrund der vorgenannten Vertragsschlussklausel der Fall sein, wenn die-

¹⁴³⁹ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.).

¹⁴⁴⁰ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.) (c.).

¹⁴⁴¹ Vgl. *Stockmeier*, VersR 2008, S. 317 (319); *Wandt*, in: Hdb FA VersR, Kap. 1, Rn. 260; *ders.*, Rn. 254; ferner *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 21; *Leverenz*, Rn. 4/78; *Marlow/Spuhl*, S. 12, die allesamt einer konkludenten Annahmeerklärung durch widerspruchslöses Dulden einer Lastschrift kritisch gegenüberstehen. A.A. *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 17; *Schwintowski*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18, Rn. 28 unter Verweis auf die Entscheidungen BGH VersR 1991, 910 und LG Berlin RuS 2002, 473. Zu diesen Entscheidungen oben unter C. I. 2. b. cc. (1.) (c.).

¹⁴⁴² Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *Honsel*, S. 15f; *Leverenz*, Rn. 4/79; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 30; *ders.*, VW 2007, S. 715 (718); *ders.*, RuS 1997, S. 89.

¹⁴⁴³ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.).

se in das Anfrageformular aufgenommen wird. Fraglich ist allerdings, ob eine derartige Klausel einer AGB-rechtlichen Prüfung standhält.

aa. Vertragsschlussklausel als AGB

Ob Klauseln, welche die Voraussetzungen eines Vertragsschlusses regeln überhaupt als AGB anzusehen sind, wird unterschiedlich beurteilt.

Anknüpfend an die Formulierung des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach eine AGB eine vorformulierte Vertragsbedingung ist, die eine Vertragspartei der anderen bei Vertragsschluss stellt, wird die Ansicht vertreten, dass eine Vertragsbedingung nur eine Regelung sein könne, die den Inhalt eines Vertrages gestalte. Eine Vertragsabschlussklausel regele demgegenüber dessen Abschluss und könne somit keine AGB sein¹⁴⁴⁴. Zudem würde eine solche Klausel bereits vor dem Abschluss eines Vertrages Geltung beanspruchen und könne auch daher keine Vertragsbedingung sein¹⁴⁴⁵.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass die Vertragsparteien etwa in einem Rahmenvertrag oder Vorvertrag eine Abrede darüber treffen können, wie ein Vertrag zustande kommt, so dass eine Vertragsschlussklausel auch den Inhalt eines Vertrages betreffen kann¹⁴⁴⁶. Zudem folgt aus der Formulierung des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach AGB bei Vertragsschluss gestellt werden, dass die Eigenschaft als AGB nicht davon abhängen kann, dass der Vertrag bereits zustande gekommen ist¹⁴⁴⁷. Schließlich erscheint es auch mit Blick auf den Schutzzweck des AGB-Rechts, wonach der Vertragspartner des Verwenders vor den Gefahren geschützt werden soll, die sich daraus ergeben, dass er sich auf eine vorformulierte Klausel einlässt¹⁴⁴⁸, nicht interessengerecht, Vertragsabschlussklauseln vom AGB-Begriff auszunehmen¹⁴⁴⁹. Es ist daher mit der Gegenansicht davon auszugehen, dass Vertragsschlussklauseln AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB sind¹⁴⁵⁰.

bb. Einbeziehung in den Vertrag

Damit die Vertragsschlussklausel zwischen den Parteien rechtliche Wirkungen entfaltet, muss sie zwischen ihnen gemäß §§ 305 Abs. 2 oder 310 Abs. 1 BGB vereinbart werden. Problematisch ist jedoch, dass eine Einbeziehung in den ab-

¹⁴⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1985, 1394; KG NJW 1981, 2822.

¹⁴⁴⁵ Vgl. *Coester-Waltjen*, in: *Staudinger*, § 308 Nr. 1, Rn. 6; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 1, Rn. 2; differenzierend: *Wolf*, in: *W/H/L*, § 10 Nr. 1, RN. 6.

¹⁴⁴⁶ Vgl. *Grunewald*, ZIP 1987, S. 353 (354); *Wolf*, in: *W/H/L*, § 10 Nr. 1, Rn. 6.

¹⁴⁴⁷ Vgl. *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 13.

¹⁴⁴⁸ Vgl. *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 5.

¹⁴⁴⁹ Vgl. *Kieninger*, in: *MK*, § 308 Nr. 1, Rn. 3.

¹⁴⁵⁰ Vgl. KG NJW 1985, 151; LG München I NJW-RR 1992, 244; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 5; *Kieninger*, in: *MK*, § 308 Nr. 1, Rn. 3; *P. Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 13; *Präve*, RuS 1998, S. 441 (443); *Schimikowski*, RuS 1997, S. 89 (90); *Stoffels*, Rn. 110; *W/H/L*, § 1, Rn. 6.

zuschließenden Vertrags nicht in Frage kommt. Teilweise wird daher die Ansicht vertreten, dass solche Klauseln rechtlich unbeachtlich seien, da sie erst nach Abschluss eines Vertrages unter Einbeziehung der AGB Wirksamkeit entfalten können¹⁴⁵¹.

Dieser Einwand kann jedoch nicht überzeugen. Vereinbaren die Parteien etwa in einem Rahmenvertrag gemäß § 305 Abs. 3 BGB oder in einem Vorvertrag die Geltung von AGB, sind diese für das Rechtsverhältnis untereinander verbindlich. Dementsprechend kann auch eine AGB vereinbart werden, die den Vertragsabschluss eines künftigen Vertrages regelt¹⁴⁵². Es handelt sich mithin um einen Vertrag über das Verfahren zum Abschluss eines Vertrages¹⁴⁵³. Voraussetzung ist jedoch, dass beim Abschluss des Rahmenvertrages oder des Vorvertrages die Anforderungen der §§ 305 Abs. 2 oder 310 Abs. 1 BGB eingehalten werden¹⁴⁵⁴.

Nimmt der Versicherer in sein Anfrageformular eine Vertragsschlussklausel auf und stellt er dieses dem Versicherungsnehmer zur Verfügung, unterbreitet er ihm ein Angebot auf Abschluss eines Vorvertrages, in den die Klausel einbezogen werden soll. Ist diese deutlich lesbar vor dem Unterschriftenfeld abgedruckt, ist auch der gemäß § 305 Abs. 2 BGB erforderliche Hinweis auf die Geltung der AGB und die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisaufnahme gewahrt. Indem der Versicherungsnehmer das Anfrageformular unterzeichnet, erklärt dieser die Annahme des Angebots und zugleich sein Einverständnis mit der Geltung der AGB. Mit der Übergabe des Anfrageformulars an den Versicherungsvertreter geht diese Erklärung dem Versicherer auch gemäß § 164 Abs. 3 BGB zu, so dass in diesem Moment der Vorvertrag zustande kommt. Fraglich ist jedoch, ob nicht die Einbeziehung der Vertragsschlussklausel daran scheitert, dass es sich um eine überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB handelt.

Damit eine Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht in einen Vertrag einbezogen wird, muss es sich um eine objektiv ungewöhnliche Klausel handeln¹⁴⁵⁵, mit der der Vertragspartner nach den Gesamtumständen nicht zu rechnen braucht. Es muss zwischen seiner Erwartungshaltung und ihrem Inhalt eine erhebliche Diskrepanz bestehen, wodurch ihr ein „Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt“ innewohnt¹⁴⁵⁶.

Eine Vertragsschlussklausel, nach der eine Annahmeerklärung nach Ablauf einer

¹⁴⁵¹ Vgl. *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 163.

¹⁴⁵² Vgl. OLG Düsseldorf NJW 2005, 1515; OLG Celle NJW-RR 1986, 833; *Grunewald*, ZIP 1987, S. 353 (354); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 5; *Schimikowski*, RuS 1997, S. 89 (90); *Wolf*, in: *W/H/L*, § 1, Rn. 6 und § 9, Rn. V 14.

¹⁴⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 2005, 1515, *Kieninger*, in: *MK*, § 308 Nr. 1, Rn. 3.

¹⁴⁵⁴ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 2005, 1515; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 45; *Kieninger*, in: *MK*, § 305, Rn. 3.

¹⁴⁵⁵ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305c, Rn. 3; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 14.

¹⁴⁵⁶ Vgl. BGHZ 130, 19 (25); 100, 82 (85); 84, 109 (112f); *Basedow*, in: *MK*, § 305c, Rn. 10; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305c, Rn. 4; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 22.

bestimmten Frist fingiert wird, ist zum einen ungewöhnlich, da sie von dem Grundsatz abweicht, wonach Schweigen im Rechtsverkehr keinen Erklärungseffekt hat. Zum anderen weist sie auch einen erheblichen Überraschungseffekt auf, denn der Versicherungsnehmer erklärt mit seiner Anfrage in erster Linie eine „*invitatio ad offerendum*“ auf Abschluss eines Vertrages. Er muss daher gerade nicht damit rechnen, zugleich eine Vereinbarung über eine spätere Annahmeerklärung zu treffen¹⁴⁵⁷. Durch die Vertragsschlussklausel wird somit ein gravierendes Spannungsverhältnis zwischen der Anfrage als unverbindliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebots einerseits und einer verbindlichen Abrede über das Zustandekommen des späteren Vertrages andererseits erzeugt.

Dieser Überraschungseffekt kann jedoch dann entfallen, wenn die Klausel den Versicherungsnehmer nicht unvorbereitet trifft. Hierfür ist im Anfrageformular deutlich auf die Vertragsschlussklausel hinzuweisen, etwa indem sie durch Fettdruck vom übrigen Druckbild abgesetzt wird¹⁴⁵⁸. Zweifelhaft ist aber, ob ein solcher drucktechnisch hervorgehobener Hinweis alleine ausreicht.

Bei Klauseln mit einem erheblichen Überraschungseffekt kann dieser trotz eines im Druckbild hervorgehobenen Hinweises nur entfallen, wenn der Verwender zusätzlich auch individuell auf die einschlägige Bestimmung hinweist¹⁴⁵⁹. Folglich ist zu verlangen, dass der Versicherungsvertreter vor der Unterzeichnung des Anfrageformulars gesondert auf die Vertragsschlussklausel hinweist und sie näher erläutert, damit ihre Einbeziehung nicht an § 305c Abs. 1 BGB scheitert.

cc. Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB

Eine solche Klausel könnte jedoch unwirksam sein, wenn sie nicht den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB genügt. Danach ist eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als abgegeben gilt, unwirksam, es sei denn, dass ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen.

Mit Blick auf das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB wird in Rechtsprechung und Literatur weit überwiegend vertreten, dass Vertragsschlussklauseln nicht in dessen Anwendungsbereich fallen¹⁴⁶⁰. Zur Begründung wird angeführt, § 308 Nr. 5 BGB betreffe nur Erklärungsfiktionen bei der Durchführung eines Vertrages, nicht aber beim Vertragsschluss, denn zu diesem Zeitpunkt fehle es an einer

¹⁴⁵⁷ Vgl. *Schimikowski*, RuS 1997, S. 89 (91).

¹⁴⁵⁸ Vgl. *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (719); *ders.*, RuS 1997, S. 89 (91).

¹⁴⁵⁹ Vgl. BGHZ 131, 55 (59), 109, 197 (203); BGH, NJW-RR 2002, 485 (487); *Basedow*, in: MK, § 305c, Rn. 8; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305c, Rn. 4.

¹⁴⁶⁰ Vgl. OLG Koblenz NJW 1989, 2950 (2951); *Coester-Waltjen*, in: *Staudinger*, § 308 Nr. 5, Rn. 6; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 5, Rn. 6; *Kieninger*, in: MK, § 308 Nr. 5, Rn. 6.

Einbeziehung der AGB, so dass keine Erklärung fingiert werden könne¹⁴⁶¹. Auch seien die Worte „bei Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen“, zukunftsorientiert, weswegen nur Ereignisse nach Vertragsschluss eine Erklärungsfiktion auslösen könnten¹⁴⁶². Schließlich finde § 308 Nr. 5 BGB keine Anwendung, da das Gesetz vom „Vertragspartner des Verwenders“ spreche, womit ein bereits abgeschlossener Vertrag vorausgesetzt werde¹⁴⁶³.

Die genannten Argumente überzeugen nicht. Der Verweis darauf, dass die Vertragsschlussklausel zu ihrer Wirksamkeit in den Vertrag einbezogen werden müsse, verfängt deswegen nicht, weil die Variante außer Betracht bleibt, wonach AGB auf Grund eines Rahmen- oder Vorvertrages zwischen den Parteien vereinbart werden. Ebenso leuchtet nicht ein, weswegen die Worte „bei Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen“ zukunftsorientiert sein sollen. Aus dem natürlichen Sprachgebrauch folgt ein derartiges Verständnis des Wortlauts nicht. Auch zwingt die gewählte Formulierung nicht zu dem Schluss, dass der Vertragsschluss der Ausgangspunkt sei, von dem aus die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung als zukünftiges Ereignis zu betrachten wäre¹⁴⁶⁴. Aber selbst bei diesem Verständnis des Wortlauts bliebe der Fall des Abschlusses eines Vorvertrages außer Betracht, von dem aus gesehen das Schweigen auf ein nachfolgendes Angebot des Verwenders ein zukünftiges Ereignis wäre. Ferner ist auch nicht zwingend aus der Formulierung „Vertragspartner des Verwenders“ zu schließen, dass ein Vertragsschluss vorausgesetzt wird und daher § 308 Nr. 5 BGB nur Erklärungen im Rahmen der Vertragsdurchführung erfasst. Näher liegt das Verständnis, dass mit dieser Formulierung allein die Rollenverteilung bestimmt werden soll¹⁴⁶⁵. Schließlich ist auch in § 305 Abs. 2 BGB von der „anderen Vertragspartei“ die Rede, ohne dass bei der Einbeziehung der AGB schon ein Vertrag geschlossen worden ist.

Ausgehend vom Schutzzweck der Norm sprechen die besseren Gründe dafür, auch Vertragsschlussklauseln an § 308 Nr. 5 BGB zu messen. Der Gesetzgeber hat die Vorläuferbestimmung des § 10 Nr. 5 AGBG ins Gesetz aufgenommen, da er fingierte Erklärungen in AGB nicht schlechterdings für unzulässig erklären, sondern deren Wirksamkeit von einschränkenden Bedingungen abhängig machen wollte¹⁴⁶⁶. Warum diese Einschränkungen für fingierte Erklärungen nach Vertragsschluss, nicht aber für fingierte Erklärungen gelten sollen, die zum Vertragsschluss führen sollen, leuchtet nicht ein¹⁴⁶⁷. Folglich ist davon auszuge-

¹⁴⁶¹ Vgl. *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 5, Rn. 6; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 10 Nr. 5, Rn. 17.

¹⁴⁶² Vgl. *Coester-Waltjen*, in: *Staudinger*, § 308 Nr. 5, Rn. 6; *Kieninger*, in: *MK*, § 308 Nr. 5, Rn. 6.

¹⁴⁶³ Vgl. *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (718); *ders.*, *RuS* 1997, S. 89 (90), der selbst a.A. ist.

¹⁴⁶⁴ Vgl. *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (718).

¹⁴⁶⁵ Vgl. *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (718).

¹⁴⁶⁶ Vgl. *BT-Drucks.* 7/5422, S. 7 li. Sp.

¹⁴⁶⁷ Vgl. *Schimikowski*, *RuS* 1997, S. 89 (90).

hen, dass Vertragsabschlussklauseln auch an § 308 Nr. 5 BGB zu messen sind, zumindest soweit diese zum Gegenstand einer vorvertraglichen Vereinbarung gemacht wird¹⁴⁶⁸.

Dementsprechend muss dem Versicherungsnehmer eine angemessene Frist zur Erklärung eingeräumt werden. Grundsätzlich wird eine Frist von zwei Wochen für ausreichend erachtet, es sei denn, dass Erklärungen fingiert werden sollen, die einiger Überlegung bedürfen¹⁴⁶⁹. Eine Frist von vier Wochen dürfte daher angemessen sein¹⁴⁷⁰. Ferner hat der Versicherer den Versicherungsnehmer bei Beginn der Frist in hervorgehobener Weise auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen¹⁴⁷¹. Daher ist ein deutlich gestalteter Hinweis in die Angebotsunterlagen aufzunehmen, um den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB zu genügen.

dd. Verstoß gegen § 307 BGB

Genügt eine AGB den formalen Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB, folgt daraus nicht, dass diese Klausel einer Überprüfung an § 307 Abs. 1 BGB entzogen ist, denn § 308 Nr. 5 BGB trifft keine Aussage darüber, ob die Erklärungsfiktion in materieller Hinsicht angemessen ist¹⁴⁷².

Mit Blick auf fingierte Erklärungen wird überwiegend vertreten, dass diese gemäß § 307 Abs. 1 BGB nur wirksam sein können, wenn der Verwender ein berechtigtes Interesse an ihrer Geltung vorbringen kann¹⁴⁷³. Ein solches Bedürfnis sei anzuerkennen, wenn es um eine möglichst einfache Abwicklung massenhaft wiederkehrender Geschäftsvorfälle gehe¹⁴⁷⁴.

Auf den ersten Blick könnte die Vielzahl der Abschlüsse von Versicherungsverträgen dazu verleiten, ein berechtigtes Interesse des Versicherers an der Verwendung fingierter Erklärung anzuerkennen¹⁴⁷⁵. Immerhin ist die Vorgängerregelung des § 10 Nr. 5 AGBG deshalb geschaffen worden, da gerade im Massengeschäft der Versicherungen und Banken ein berechtigtes Interesse an der Verwendung fingierter Erklärungen besteht¹⁴⁷⁶. Ein derartiges Interesse an der Verwendung einer Vertragsschlussklausel kann jedoch im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB dann nicht bejaht werden, wenn diese Klausel aus anderen Gründen eine unangemessene Benachteiligung darstellt und daher unwirksam ist. Eine unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB liegt gemäß § 307

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 308, Rn. 25; *Honsel*, S. 16f; *Schimikowski*, in: *HK-VVG*, § 7, Rn. 30; *ders.*, *VW* 2007, S. 715 (718); *ders.*, *RuS* 1997, S. 89 (90).

¹⁴⁶⁹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 308, Rn. 26; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 5, Rn. 11.

¹⁴⁷⁰ Vgl. *Schimikowski*, *RuS* 1997, S. 89 (90).

¹⁴⁷¹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 308, Rn. 26a; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308, Nr. 5, Rn. 12.

¹⁴⁷² Vgl. *Coester-Waltjen*, in: *Staudinger*, § 308 Nr. 5, Rn. 4; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 5, Rn. 7; *Kieninger*, in: *MK*, § 308 Nr. 5, Rn. 12.

¹⁴⁷³ Vgl. *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1986, 884 (886); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 308, Rn. 27; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 5, Rn. 7.

¹⁴⁷⁴ Vgl. *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1986, 884 (886); *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 308 Nr. 5, Rn. 7.

¹⁴⁷⁵ So *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (718).

¹⁴⁷⁶ Vgl. *BT-Drucks.* 7/5422, S. 7 li. Sp.

Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, wenn die Klausel mit wesentlichen Gedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Mit der Fiktion einer Annahmeerklärung wird von dem den §§ 145 ff BGB zugrunde liegenden Prinzip, dass ein Vertragsschluss einen Antrag und eine Annahme voraussetzt, in der Weise abgewichen, dass die Annahmeerklärung in einem Schweigen zu sehen ist, obwohl diesem im Rechtsverkehr grundsätzlich kein Erklärungsgehalt zukommt. Da es sich bei diesem Grundsatz um ein tragendes Prinzip des Vertragsrechts handelt, welches die Grundlagen der privatautonomen Rechtsgestaltung des Einzelnen berührt, ist davon auszugehen, dass eine Abweichung hiervon in AGB nicht möglich ist¹⁴⁷⁷. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dieser Grundsatz nur soweit reicht, wie zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart worden ist, was insbesondere mit einer den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB genügenden Vertragsschlussklausel der Fall sei¹⁴⁷⁸. Insoweit ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Zulässigkeit einer Klausel nach § 308 Nr. 5 BGB keine Aussage darüber trifft, ob diese einer Überprüfung an der Generalklausel standhält¹⁴⁷⁹ und zum anderen liefere diese Argumentation auf einen Zirkelschluss hinaus, schließlich geht es gerade um die Frage, ob eine derartige Vereinbarung in AGB getroffen werden kann. Ferner kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass das Gesetz selbst in einigen Fällen, wie etwa bei § 5 VVG, Schweigen einen Erklärungsgehalt beimisst¹⁴⁸⁰, denn insoweit handelt es sich um Ausnahmen, die das allgemein geltende Prinzip, dass Schweigen keinen Erklärungsgehalt hat, unberührt lassen.

Schließlich stellt eine Vertragsschlussklausel auch deswegen eine unangemessene Benachteiligung dar, weil sie nicht mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 1 VVG zu vereinbaren wäre. Zwar wird der Versicherungsnehmer vor der Abgabe seiner fingierten Willenserklärung informiert, so dass vom Gesetzeswortlaut her kein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VVG vorläge. Es ist aber zu berücksichtigen, dass der Versicherungsnehmer mit seiner Anfrageerklärung rechtsverbindlich die Vertragsschlussklausel vereinbart und damit die Voraussetzungen für einen späteren Vertragsschluss schafft. Zu diesem Zeitpunkt hat er die vorvertraglichen Informationen noch nicht erhalten¹⁴⁸¹. Werden ihm diese erteilt, könnte ohne sein weiteres Zutun ein Versicherungsvertrag zustande kommen. Wollte er dies verhindern, müsste er aktiv werden, um dem Vertragsschluss zu widersprechen. Ihn träfe somit eine Widerspruchslast.

¹⁴⁷⁷ Vgl. im Ergebnis auch: *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 308, Rn. 27; *Marlow/Spuhl*, S. 12; *Präve*, RuS 1998, S. 441 (443); *Wolf*, in: *W/H/L*, § 9, Rn. V 15.

¹⁴⁷⁸ Vgl. *Schimikowski*, RuS 1997, S. 89 (90).

¹⁴⁷⁹ Vgl. *Präve*, RuS 1998, S. 441 (443).

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (718).

¹⁴⁸¹ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 55; *Leverenz*, Rn. 4/79; *Marlow/Spuhl*, S. 12 f.

Dies liefe auf eine „Reanimierung“ des „Policenmodells“ hinaus¹⁴⁸², dem der Gesetzgeber im Zuge der VVG-Reform eine klare Absage erteilt hat.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass der Versicherungsnehmer bei der Vereinbarung einer Vertragsschlussklausel regelmäßig mehr Zeit hat, die Informationen zu sichten, als bei einer Vertragsanbahnung im „Antragsmodell“¹⁴⁸³. Entscheidend ist, dass der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Informationen nicht erstmalig eine Auswahlentscheidung trifft, so wie es die Richtlinien und § 7 Abs. 1 VVG vorsehen, sondern er nur in die Lage versetzt wird, eine bereits getroffene Entscheidung zu revidieren¹⁴⁸⁴.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Vertragsschlussklausel wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

4. Einbeziehung der AVB

Die AVB werden beim „Invitativmodell“ als Teil der vorvertraglichen Informationen zusammen mit den Angebotsunterlagen übersandt¹⁴⁸⁵. Befindet sich in den Angebotsunterlagen ein deutlicher Hinweis auf die AVB, hat der Versicherungsnehmer die Möglichkeit, diese in zumutbarer Weise vor Abgabe seiner Annahmeerklärung zur Kenntnis zu nehmen. Ihre Einbeziehung in den Vertrag gemäß §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB bereitet daher im Rahmen des „Invitativmodells“ keine Schwierigkeiten.

5. Informationspflichten

Gemäß § 7 Abs. 1 VVG sind die Informationspflichten zu erfüllen, rechtzeitig bevor der Versicherungsnehmer seine Annahmeerklärung abgibt. Beim „Invitativmodell“ übersendet der Versicherer die Informationen zusammen mit den Angebotsunterlagen¹⁴⁸⁶, weswegen der Versicherungsnehmer in Ruhe überlegen kann, ob und inwieweit er diese näher zur Kenntnis nimmt, bevor er die Annahme gegenüber dem Versicherer erklärt. Lediglich mit Blick auf die Informationspflicht des § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV, wonach der Versicherungsnehmer darüber zu informieren ist wie der Vertrag zustande kommt, ist davon auszugehen, dass diese Information bereits vor der Abgabe der Anfrageerklärung zu erfüllen ist¹⁴⁸⁷. Insgesamt können somit bei einem Vorgehen nach dem „Invitativmodell“ die gesetzlichen Anforderungen an die Informationserteilung ohne

¹⁴⁸² Vgl. *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (25); *Leverenz*, *Rn.* 4/79; *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., *Rn.* 29.

¹⁴⁸³ Vgl. *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (719).

¹⁴⁸⁴ Vgl. *Leverenz*, *Rn.* 4/79; *Marlow/Spuhl*, S. 12f.

¹⁴⁸⁵ Vgl. *Leverenz*, *Rn.* 4/63.

¹⁴⁸⁶ Vgl. *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (302); *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (24); *Leverenz*, *Rn.* 4/63; *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Meixner/Steinbeck*, § 1, *Rn.* 73; *Schimikowski*, *RuS* 2006, S. 441 (444).

¹⁴⁸⁷ Vgl. oben unter D. III. 1.

besondere Probleme gewahrt werden¹⁴⁸⁸.

6. Beratungspflichten

Gemäß § 6 Abs. 1 und 2 VVG hat der Versicherer den Versicherungsnehmer anlassbezogen nach dessen Wünschen und Bedürfnissen zu fragen, zu beraten sowie die Gründe für einen erteilten Rat anzugeben und dies zu dokumentieren. Diesen Pflichten kann er in dem Gesprächstermin mit dem Versicherungsnehmer nachkommen, so dass hier auch die erforderliche Dokumentation erstellt werden kann. Diese kann entweder am Ende des Gesprächs durch den Versicherungsvertreter ausgehändigt oder zusammen mit dem Angebot übersendet werden, so dass sie den Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Vertragserklärung erreicht. Problematisch könnte allerdings sein, dass der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Angebotsunterlagen, insbesondere nach Durchsicht der vorvertraglichen Informationen, sich telefonisch mit weiteren Fragen an den Versicherungsvertreter wendet, womit für den Versicherer unter Umständen ein neuerlicher Beratungsbedarf erkennbar wird. Der Pflicht zur Beratung könnte der Versicherungsvertreter am Telefon nachkommen, allerdings bestünde für den Versicherungsnehmer nach dem Telefonat die Möglichkeit, das Angebot des Versicherers anzunehmen, ohne zuvor eine weitere Beratungsdokumentation erhalten zu haben. Lösen lässt sich dieses Problem aber ebenso wie beim „Antragsmodell“ über § 6 Abs. 2 S. 2 VVG¹⁴⁸⁹.

7. Vorvertragliche Anzeigepflichten gemäß § 19 Abs. 1 VVG

Während die Informations- und Beratungspflichten im Rahmen des „Invitatio-modells“ ohne weitere Bedenken erfüllt werden können, stellt sich die Frage, ob nicht Umstände außerhalb der vorvertraglichen Pflichten des Versicherers einer praktischen Anwendung dieses Vertragsschlussmodells entgegenstehen. Gemäß § 19 Abs. 1 VVG hat der Versicherungsnehmer bis zur Abgabe seiner Vertragserklärung die ihm bekannten Gefahrumstände, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat, anzuzeigen. Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt die Fragen gestellt werden sollten, damit der Versicherer aus einer etwaigen Verletzung dieser Anzeigepflicht Rechte für sich herleiten kann.

Fragen nach Gefahrumständen verfolgen den Zweck, dem Versicherer eine Bewertung des zu übernehmenden Risikos zu ermöglichen¹⁴⁹⁰. Bestimmte Risikolagen beim Versicherungsnehmer können dazu führen, dass eine Versicherung dieses Risikos nur in Frage kommt, wenn in den Vertrag Risikoausschlüsse auf-

¹⁴⁸⁸ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 11; *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (716); *ders.*, RuS 2006, S. 441 (444). A.A. *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 58, der ohne nähere Begründung von einer Umgehung der gesetzlichen Informationsvorgaben in nicht zu akzeptierenden Umfang spricht.

¹⁴⁸⁹ Vgl. oben unter D. I. 2. d.

¹⁴⁹⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 64 re. Sp.

genommen werden und somit der angebotene Versicherungsschutz modifiziert wird. Unter Umständen kann eine Risikoübernahme auch vollständig unterbleiben. Daher sollten Fragen nach den Gefahrumständen im Rahmen des zur Anfragestellung führenden Gesprächs gestellt werden¹⁴⁹¹, damit die Antworten bei der Angebotserstellung berücksichtigt werden können. Zugleich sollte in das Anfrageformular eine Belehrung nach § 19 Abs. 5 VVG über die möglichen Folgen einer Anzeigepflichtverletzung aufgenommen werden, um dem Versicherer die Rechte aus § 19 Abs. 2 bis 4 VVG zu erhalten¹⁴⁹².

Nachdem der Versicherer ein Vertragsangebot unterbreitet hat, könnte dieses vom Versicherungsnehmer angenommen werden kann, auch wenn sich seit Anfragestellung risikorelevante Umstände geändert haben sollten und dies vor der Annahme angezeigt worden ist. Somit käme ein Vertrag zustande, ohne dass die angezeigten Gefahrumstände berücksichtigt werden könnten¹⁴⁹³. Der Versicherer könnte sich in diesem Fall auch nicht auf eine Verletzung der Anzeigepflicht berufen, denn diese hat der Versicherungsnehmer vor der Abgabe seiner Annahmeerklärung erfüllt¹⁴⁹⁴. Es stellt daher die Frage, auf welchem Wege der Versicherer nach der Angebotserstellung angezeigte Gefahrumstände noch verwerten kann. Darüber hinaus ist fraglich, ob das einmalige Stellen von Risikofragen in Textform im Rahmen des Gesprächs vor Abgabe der „*invitatio ad offerendum*“ bis zur Annahmeerklärung fortwirkt, so dass diese auch dann beantwortet werden müssen, wenn die Fragen nicht erneut bei der Unterbreitung des Angebots vorgelegt werden.

a. Berücksichtigung geänderter Gefahrumstände

Eine Berücksichtigung nachträglich angezeigter Gefahrumstände ist zum einen in der Weise denkbar, dass der Versicherer die Bindung an sein Angebot gemäß § 145 BGB ausschließt und dieses bei der Anzeige eines geänderten Gefahrumstandes widerruft. Die Widerruflichkeit seines Angebots ist für ihn insoweit vorteilhaft, als er dieses aufrechterhalten kann, wenn ein angezeigter Umstand im Ergebnis keinen Einfluss auf seine Entscheidung hat, das angetragene Risiko zu versichern. Schwierigkeiten treten allerdings in den Fällen auf, in denen eine Änderung eines Gefahrumstandes anzeigt und kurz darauf die Annahme erklärt wird, so dass diese dem Versicherer zugeht, bevor er sein Angebot widerrufen

¹⁴⁹¹ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24).

¹⁴⁹² Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (24); *Marlow/Spuhl*, S. 11, Fn. 38.

¹⁴⁹³ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (26); *Leverenz*, Rn. 4/90; *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (717). Abweichend *Neuhaus/Kloth*, S. 64f, die bei einer Anzeige neuer Gefahrumstände vor Abgabe der Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers von einer abweichenden Annahme im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB ausgehen. Diese Einschätzung dürfte indes nicht zutreffen, denn allein aus der Anzeige eines neuerlichen Gefahrumstandes kann nicht auf den Willen des Versicherungsnehmers geschlossen werden, das Angebot des Versicherers nur unter Abweichungen annehmen zu wollen.

¹⁴⁹⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn., 4/90; *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (717).

kann.

Dieses Problem besteht nicht, wenn das Angebot unter eine auflösende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB gestellt wird, wonach dieses erlischt, wenn sich die anzuzeigenden Risikoumstände seit der Anfragestellung ändern¹⁴⁹⁵. Über eine entsprechende Bedingung wäre nicht nur in den Angebotsunterlagen, sondern auch in dem Anfrageformular zu unterrichten, da sie sich maßgeblich auf das Zustandekommen des Vertrages auswirkt, weswegen hierüber gemäß §§ 7 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV vor der Abgabe der Anfrageklärung¹⁴⁹⁶ informieren ist.

In der Literatur wird bezweifelt, ob eine derartige Bedingung im Schadensfalle zu der angestrebten Leistungsfreiheit führen würde, denn der Versicherungsnehmer stünde deutlich schlechter als in der Situation, in der der Antrag von ihm ausginge¹⁴⁹⁷. Begründet wären diese Bedenken indes nur, wenn mit einer Bedingung des Angebots entgegen § 32 VVG zu Lasten des Versicherungsnehmers von § 19 VVG abgewichen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn die Bedingung verfolgt allein das Ziel, dass solche Gefahrumstände berücksichtigt werden können, die nach der Abgabe der „*invitatio ad offerendum*“ eingetreten sind und denen bei der Angebotserstellung nicht Rechnung getragen werden konnte. Die Rechtslage wird damit lediglich derjenigen angepasst, die besteht, wenn der Versicherungsnehmer das Angebot auf Abschluss des Vertrages abgibt. Auch in diesem Fall kann der Versicherer unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 S. 2 VVG erneut oder erstmalig Risikofragen stellen und diese vor dem endgültigen Zustandekommen des Vertrages berücksichtigen¹⁴⁹⁸.

Ein Nachteil in der Bedingung des Angebots liegt jedoch darin, dass dieses selbst dann erlischt, wenn der geänderte Gefahrumstand im Ergebnis die Entscheidung des Versicherers über die Zeichnung des Risikos nicht berührt hätte. Allerdings könnte er in diesem Fall dem Versicherungsnehmer ein erneutes Angebot zu den gleichen Konditionen unterbreiten. Dies setzt indes voraus, dass dieser seinen Anzeigepflichten nachkommt und der Versicherer somit erfährt, dass sein ursprüngliches Angebot erloschen ist. Es ist daher zweifelhaft, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn ein geänderter Gefahrumstand nicht anzeigt und das Angebot dennoch angenommen wird.

Die Annahmeerklärung könnte als neues Angebot des Versicherungsnehmers gewertet werden. Unklar ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen dieses angenommen werden kann.

¹⁴⁹⁵ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (26); *Leverenz*, Rn. 4/91. *Franz* und *Leverenz* sprechen in diesem Zusammenhang jedoch von einer aufschiebenden Bedingung.

¹⁴⁹⁶ Vgl. oben unter D. III. 1.

¹⁴⁹⁷ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (26).

¹⁴⁹⁸ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/91.

Zu überlegen ist, ob in der Übersendung des Versicherungsscheins eine Annahmeerklärung des Versicherers zu sehen ist. Die Police wird vom Versicherer jedoch in der Annahme versendet, dass sich seit der Anfragestellung die anzuzeigenden Gefahrumstände nicht geändert haben. Dies ist aufgrund der Bedingung des ursprünglichen Angebots dem Versicherungsnehmer auch bekannt. Insbesondere kann er auf Grund des pflichtwidrigen Unterlassens der Anzeige geänderter Gefahrumstände die Übersendung des Versicherungsscheins gemäß §§ 133, 157 BGB nicht so verstehen, dass der Versicherer seine Meinung geändert hat und nun sein Angebot annehmen will. Folglich kann dieses nur angenommen werden, wenn der Versicherer in Kenntnis der geänderten Gefahrumstände die Annahme erklärt. Eine derartige Erklärung wird er allerdings regelmäßig nicht abgeben können, weil er wegen des pflichtwidrigen Unterlassens nichts von einer Änderung der Risikoumstände weiß.

Zeigt der Versicherungsnehmer bei einem bedingten Angebot des Versicherers eine Änderung von Gefahrumständen nicht an, führt dies somit dazu, dass zwischen den Parteien mangels Einigung kein Vertrag geschlossen wird.

Diese Rechtsfolge ist für den Versicherungsnehmer weniger dramatisch, als es auf den ersten Blick erscheint, schließlich hat er gemäß § 19 Abs. 1 VVG nur die ihm bekannten Gefahrumstände anzuzeigen, nach denen er gefragt wurde, so dass der Fall, dass sich ein risikorelevanter Umstand in objektiver Hinsicht ändert, ohne dass er hiervon Kenntnis erlangt, nicht zu einem Erlöschen des Antrags führt. Der Versicherungsnehmer hat es also selbst in der Hand, einen vertragslosen Zustand zu verhindern. Demgegenüber befindet sich der Versicherer in einer schlechteren Ausgangslage, da er von dem Erlöschen seines Antrages regelmäßig nichts weiß und daher auch keine Initiative ergreifen kann, um den vertragslosen Zustand zu beenden. Im Ergebnis kann er daher durch die Bedingung seines Angebots nur vermeiden, überhaupt ein zwischenzeitlich geändertes Risiko zu versichern. Er kann aber nicht, wie bei einem Vorgehen nach dem „Antragsmodell“, auf der Grundlage eines abgeschlossenen Vertrages und eines ihm dann zustehenden Prämienanspruches entscheiden, ob und inwieweit er die ihm zustehenden Gestaltungsrechte nach § 19 Abs. 2 bis 4 VVG geltend machen möchte, wenn zwischen Antragserklärung und Annahme geänderte Gefahrumstände nicht angezeigt werden und er hiervon Kenntnis erlangt.

b. Fortwirken der Risikofragen

Bei strenger Beachtung des Wortlauts von § 19 Abs. 1 VVG reicht es für den Versicherer aus, dem Versicherungsnehmer einmal die Risikofragen in Textform zu unterbreiten, um diesem die Obliegenheit aufzuerlegen, bis zur Abgabe seiner Annahmeerklärung Gefahrumstände anzuzeigen. Zweifelhaft ist aber, ob diese Sichtweise mit dem Regelungszweck des § 19 Abs. 1 VVG zu vereinbaren ist.

Nach § 16 Abs. 1 VVG a.F. hatte der Versicherungsnehmer alle ihm bekannten Umstände, die für die Gefahrübernahme erheblich sind, bei der Schließung des Vertrages, also bis zum formellen Vertragsschluss anzuzeigen¹⁴⁹⁹. Der große Nachteil dieser Regelung bestand darin, dass der Versicherungsnehmer selber zu beurteilen hatte, ob ein Umstand für die Übernahme der Gefahr erheblich war, womit er das Risiko einer Fehleinschätzung zu tragen hatte.

Diese Situation hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 19 Abs. 1 VVG bewusst ändern wollen. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass bezüglich des Zeitpunktes für die Erfüllung der Anzeigepflicht Abs. 1 S. 1 nicht mehr auf den Vertragsschluss, sondern auf die hierauf gerichtete Willenserklärung des Versicherungsnehmers abstelle. Dies sei in der Praxis meist der Antrag. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer werde davon ausgehen, dass er seiner Pflicht gegenüber dem Versicherer nachgekommen ist, wenn er die ihm vorgelegten Fragen zum Zeitpunkt seiner Antragsstellung zutreffend beantwortet hat. Eine bloße Belehrung durch den Versicherer, dass er auch solche nachgefragten Umstände anzuzeigen hat, die erst nach der Antragsstellung entstanden oder ihm bekannt geworden sind, erscheine angesichts des Umfangs der vom Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss zur Kenntnis zu nehmenden Informationen nicht ausreichend. Daher sei diese erweiterte Anzeigepflicht nach Abs. 1 S. 2 davon abhängig, dass der Versicherer vor der Vertragsannahme die in Satz 1 umschriebenen Fragen in Textform wiederholt oder auch erstmalig stellt¹⁵⁰⁰.

Der Versicherungsnehmer soll also nach dem Willen des Gesetzgebers nur solche Umstände anzuzeigen haben, nach denen in Textform gefragt worden ist. In zeitlicher Hinsicht ist hierfür der Zeitpunkt der Abgabe seiner Vertragserklärung gewählt worden, wobei der Gesetzgeber davon ausgeht, dass dies zumeist die Antragsstellung ist. In diesem Fall kommt der Vertrag durch die Annahmeerklärung des Versicherers zustande, so dass dieser die Möglichkeit hat, den Antrag abzulehnen oder nur unter Abweichungen anzunehmen. Hieraus folgt, dass er bis zum Vertragsschluss darüber entscheiden können soll, inwieweit er den angezeigten Risikoumständen eine Bedeutung beimisst. Unterstrichen wird dies durch die Regelung des § 19 Abs. 1 S. 2 VVG, wonach der Versicherer auch nach der Antragsstellung erneut oder weitere Fragen nach gefahrrelevanten Umständen stellen kann. Dies hat dies nach dem Willen des Gesetzgebers ebenfalls in Textform zu geschehen. Die Formulierung in § 19 Abs. 1 S. 2 VVG „Fragen im Sinne des Satzes 1“ ist daher so zu verstehen, dass hiermit auch die Textform des Satzes 1 gemeint ist. Es soll daher gerade nicht ausreichen, den Versicherungsnehmer einmal zu befragen und darüber zu belehren, dass die gestellten Fragen auch noch nach seiner Antragsstellung Bedeutung haben. Überzeugend

¹⁴⁹⁹ Vgl. *Langheid*, in: *R/L*, §§ 16,17, Rn. 31; *Prölss*, in: *P/M*, § 16, Rn. 15.

¹⁵⁰⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 65 li. Sp.

ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis des Gesetzgebers darauf, dass eine solche Belehrung angesichts des Umfangs der vom Versicherungsnehmer zur Kenntnis zu nehmenden Informationen nicht ausreicht. Ein wesentlicher Gedanken der gesetzlichen Regelung ist daher, dass eine Befragung nach gefahrrelevanten Umständen jedes Mal in Textform zu erfolgen hat, auch wenn entsprechende Fragen bereits einmal gestellt worden sind.

Die Erwägungen des Gesetzgebers gehen zwar von dem Fall aus, dass der Versicherungsnehmer den Antrag stellt, lassen sich jedoch auf die Sachlage beim „Invitativmodell“ übertragen: Werden dem Versicherungsnehmer Risikofragen gestellt, bevor dieser seine „*invitatio ad offerendum*“ erklärt, geht dieser davon aus, seinen Obliegenheiten entsprochen zu haben, da er die Fragen des Versicherers bereits beantwortet hat. Ebenso wie bei einer Antragsstellung seinerseits hat er nach Erhalt der Angebotsunterlagen, welche auch die Informationen nach § 7 VVG umfassen, eine Vielzahl von Informationen zu verarbeiten. Es kann daher nicht darauf ankommen, dass der Versicherungsnehmer formal gesehen noch keine Vertragserklärung abgegeben hat, sondern allein auf die mit der beim „Antragsmodell“ vergleichbare Situation. Folglich sprechen die Erwägungen in der Gesetzesbegründung dafür, dass zusammen mit den Angebotsunterlagen erneut die Risikofragen in Textform gestellt werden müssen, wenn der Versicherungsnehmer bis zur Abgabe seiner Annahmeerklärung verpflichtet sein soll, gefahrrelevante Umstände anzuzeigen¹⁵⁰¹.

Dogmatisch begründen lässt sich dieses Ergebnis mit einem Analogieschluss zu § 19 Abs. 1 S. 2 VVG. Die planwidrige Regelungslücke ist darin zu sehen, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der vorvertraglichen Anzeigepflichten von einer Antragsstellung des Versicherungsnehmers ausgegangen ist, ohne diese verbindlich vorzuschreiben. Eine vergleichbare Interessenlage besteht ebenfalls, denn der Zweck der Anzeigepflicht geht gerade dahin, dass der Versicherer es bis zum Vertragsschluss in den Händen halten soll, ob und welche Bedeutung er den vorvertraglichen Anzeigen beimisst.

c. Gestaltung der Risikofragen

Fraglich ist jedoch, wie die Risikofragen bei Übersendung der Angebotsunterlagen zu stellen sind. Ausgeschlossen ist es, dass der Versicherer lediglich danach fragt, ob sich seit dem Zeitpunkt der Abgabe der Anfrageerklärung die risikorelevanten Umstände geändert haben, nach denen bereits gefragt worden ist, denn in diesem Falle liegen die eigentlichen Risikofragen nicht in Textform vor¹⁵⁰². Möglich ist es demgegenüber, dass der Versicherer erneut die Risikofragen stellt, den Versicherungsnehmer wiederum gemäß § 19 Abs. 5 VVG belehrt und

¹⁵⁰¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/92.

¹⁵⁰² Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/92.

dieser die Fragen ebenso wie bei der Anfragestellung beantwortet. Es dürften aber erhebliche Zweifel bestehen, ob ein Versicherungsnehmer wirklich bereit ist, ein zweites Mal den gleichen Fragenkatalog wie vor der Abgabe seiner Anfrageerklärung zu beantworten¹⁵⁰³.

Denkbar wäre es auch, wiederum die Risikofragen zu stellen und lediglich um deren erneute Beantwortung zu bitten, wenn sich bei einzelnen Punkten gegenüber dem Zeitpunkt der Anfrage Änderungen ergeben haben. Ob in diesem Fall die Risikofragen tatsächlich wirksam gestellt werden, erscheint jedoch ebenfalls zweifelhaft, denn der Versicherungsnehmer kann sich unter Umständen nicht mehr daran erinnern, welche Antworten er genau zu den einzelnen Fragen gegeben hat, so dass er die gestellten Fragen nicht zutreffend beantworten kann¹⁵⁰⁴. Im Zweifel müssten sämtliche Fragen erneut beantwortet werden.

Ein Kompromiss ist daher darin zu sehen, dass der Versicherer nur die Risikofragen nebst Belehrung nach § 19 Abs. 5 VVG übersendet, sondern auch eine Dokumentation der bereits gegebenen Antworten. Unter diesen Voraussetzungen ist es dem Versicherungsnehmer ohne weiteres möglich nachzuvollziehen, welche Änderungen sich seit dem Ausfüllen des Anfrageformulars ergeben haben. Der Versicherer muss daher lediglich dazu auffordern, etwaige Änderungen bei den angezeigten Gefahrumständen anzuzeigen¹⁵⁰⁵.

8. Widerrufsrecht

Zweifel an der Vereinbarkeit des „Invitatiomodell“ mit den gesetzlichen Vorgaben könnten mit Blick auf das Widerrufsrecht in § 8 Abs. 1 VVG bestehen. Gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 VVG beginnt die Frist für das Widerrufsrecht zu laufen, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsschein, die Vertragsbestimmungen einschließlich der AVB, die weiteren Informationen nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG sowie eine deutlich gestaltete Belehrung über das Widerrufsrecht und die Rechtsfolgen des Widerrufs erhalten hat.

Übersendet der Versicherer seine Angebotsunterlagen, umfassen diese neben den Vertragsbestimmungen auch die sonstigen Informationen nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG und somit auch eine Belehrung über das gesetzliche Widerrufsrecht, denn gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts sowie dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu informieren¹⁵⁰⁶. Vor diesem Hintergrund wird diskutiert, inwieweit § 8 Abs. 2 VVG einer Anwendung des „Invitatiomodells“ entgegensteht, wenn mit den Angebotsunterlagen auch der Versicherungsschein übersendet wird. In diesem Fall sind dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 VVG zufolge die Voraussetzungen für

¹⁵⁰³ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/92.

¹⁵⁰⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/92.

¹⁵⁰⁵ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/95.

¹⁵⁰⁶ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 32.

den Beginn der Widerrufsfrist erfüllt, so dass ab diesem Zeitpunkt die Frist zu laufen beginnen müsste. Problematisch ist jedoch, dass zu diesem Zeitpunkt der Versicherungsnehmer noch keine Willenserklärung abgegeben hat, die er widerrufen könnte¹⁵⁰⁷.

Vereinzelt wird die Ansicht geäußert, dass in diesem Falle dem Versicherungsnehmer ein dauerhaftes Widerrufsrecht zustehen müsse, da der Beginn der Widerrufsfrist eine Vertragserklärung voraussetze¹⁵⁰⁸. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Es leuchtet nicht ein, warum der Versicherungsnehmer ein dauerhaftes Widerrufsrecht haben soll, wenn er nach Erhalt der in § 8 Abs. 2 VVG vorgeschriebenen Unterlagen die Annahme gegenüber dem Versicherer erklärt, denn zu diesem Zeitpunkt sind die gesetzlichen Voraussetzungen für den Beginn der Widerrufsrechts erfüllt. Es kann daher nur um die Frage gehen, wann genau und nicht, ob überhaupt die Widerrufsfrist zu laufen beginnt.

Mit Blick auf den Beginn der Widerrufsfrist wird teilweise darauf abgestellt, dass diese mit der Abgabe der Annahmeerklärung beginne, ohne dass es auf einen Zugang dieser Erklärung beim Versicherer ankomme¹⁵⁰⁹. Unter Berücksichtigung der Vorgaben der RL 2002/65/EG, die sich zwar unmittelbar nur auf den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen beziehen, jedoch vom Gesetzgeber bewusst auf den Abschluss sämtlicher Versicherungsverträge erstreckt worden sind¹⁵¹⁰, kommt eine derartige Auslegung des Gesetzes nicht in Frage. Art. 6 Abs. 1 UA 2 der RL 2002/65/EG bestimmt, dass die Frist für das in der Richtlinie vorgesehene Widerrufsrecht am Tag des Abschlusses des Fernabsatzvertrages zu laufen beginnt oder am an dem Tag, an dem der Verbraucher die Vertragsbedingungen und Informationen gemäß Art. 5 Abs. 1 oder 2 erhält, wenn dieser Zeitpunkt nach dem Vertragsschluss liegt. Folglich kann die Widerrufsfrist frühestens mit dem Zustandekommen des Vertrages beginnen¹⁵¹¹.

Überwiegend wird daher darauf abgestellt, dass beim Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“ die Widerrufsfrist mit dem Zugang der Annahmeerklärung beim Versicherer beginne¹⁵¹². Als Folgeproblem stellt sich dann aber die Frage, wie insoweit zutreffend über das Widerrufsrecht zu belehren ist.

Einige Stimmen in der Literatur stellen darauf ab, dass der Versicherungsnehmer

¹⁵⁰⁷ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 8, Rn. 20; Franz, VersR 2008, S. 298 (302); Gaul, VersR 2007, S. 21 (25); Leverenz, Rn. 4/108; Marlow/Spuhl, S. 32f; Schimikowski, VW 2007, S. 715 (716).

¹⁵⁰⁸ Vgl. Terbille, in: MAH, § 2, Rn. 58.

¹⁵⁰⁹ Vgl. Knops, in: B/M, § 8, Rn. 34; Marlow/Spuhl, 2. Aufl., S. 19; Neuhaus/Kloth, S. 58; Schimikowski, in: HK-VVG, § 8, Rn. 11.

¹⁵¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 61 re. Sp.

¹⁵¹¹ Vgl. Armbrüster, RuS 2008, S. 493 (497f); Grote/Schneider, BB 2007, S. 2689 (2694); Marlow/Spuhl, S. 33; Schneider, VW 2008, S. 1168 (1170); Wandt, Rn. 305.

¹⁵¹² Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 8, Rn. 20; Gaul, VersR 2007, S. 21 (25f); Leverenz, Rn. 4/108; Marlow/Spuhl, S. 33; Stockmeier, VersR 2008, S. 717 (719); Wandt, Rn. 305. Ähnlich Schimikowski, VW 2007, der dem Versicherungsnehmer abweichend von § 8 Abs. 2 VVG anscheinend rechtsgeschäftlich ein Widerrufsrecht einräumen möchte, welches mit der Annahme des Angebots durch den Versicherungsnehmer zu laufen beginnt.

darüber zu belehren ist, dass das Widerrufsrecht mit dem Zugang seiner Annahmeerklärung beim Versicherer zu laufen beginnt¹⁵¹³. Ob eine derartige Belehrung dem Erfordernis der Deutlichkeit in § 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG genügt, dürfte jedoch zu bezweifeln sein, denn der Versicherungsnehmer weiß in der Regel nicht, wann seine Erklärung zugeht und kann daher auch nicht bestimmen, zu welchem Zeitpunkt ein Widerruf verfristet ist¹⁵¹⁴.

Vorgeschlagen wird auch, in der Belehrung für den Beginn des Widerrufsrechts auf eine bestimmte Frist ab Absendung der Annahmeerklärung abzustellen¹⁵¹⁵, deren Dauer etwa entsprechend dem Rechtsgedanken des § 4 Abs. 2 S. 1 VwZG mit drei Tagen bemessen werden könnte¹⁵¹⁶. Überzeugend ist dieser Vorschlag indes nicht¹⁵¹⁷. Soll die Widerrufsfrist mit dem Zugang der Annahmeerklärung beginnen, mögen zwar bei postalischer Versendung die meisten Annahmeerklärungen binnen drei Tagen nach Versendung dem Versicherer zugehen. Unberücksichtigt bleiben jedoch solche Erklärungen, die eine längere Postlaufzeit benötigen, denn in diesen Fällen beginnt die Widerrufsfrist erst nach dem Zugang der Annahmeerklärung aber nach Ablauf der Dreitagesfrist, so dass die erteilte Belehrung nicht zuträfe.

Auch wenn der Vorschlag einer Dreitagesfrist nicht überzeugen kann, folgt daraus nicht, dass der Ansicht zuzustimmen ist, wonach der Versicherungsnehmer lediglich darüber zu belehren ist, dass die Widerrufsfrist mit dem Zugang der Annahmeerklärung beginnt. Insbesondere überzeugt das von den Vertretern dieser Ansicht vorgebrachte Argument nicht, wonach der Versicherungsnehmer durch die von ihm gewählte Zustellungsform den Zeitpunkt des Zugangs seiner Annahmeerklärung bestimmen könne oder diesen zumindest anhand von Erfahrungswerten berechnen könne und ihm infolgedessen auch nichts Ungewöhnliches oder Unbilliges abverlangt werde, da er auch im übrigen Geschäftsverkehr Zustellungszeiten berücksichtigen müsse¹⁵¹⁸. Diese Sichtweise deckt sich nicht mit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers. In der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 VVG heißt es nämlich, dass abweichend von § 48c Abs. 2 VVG a.F. die Neuregelung für den Fristbeginn nicht auf den Abschluss des Vertrages abstelle, da dieser Zeitpunkt für den Versicherungsnehmer häufig unklar sein werde. Die für beide Vertragsparteien unverzichtbare Eindeutigkeit in diesem Punkt werde dadurch erreicht, dass auf den Zugang des Versicherungsscheins abgestellt

¹⁵¹³ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/110; *Marlow/Spuhl*, S. 33.

¹⁵¹⁴ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 32; *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (25f); *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (716).

¹⁵¹⁵ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 32; *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (26); *Neuhaus/Kloth*, S. 58; *Schimikowski*, VW 2007, S. 715 (716); *Stockmeier*, VersR 2008, S. 717 (719).

¹⁵¹⁶ Vgl. *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (26).

¹⁵¹⁷ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302).

¹⁵¹⁸ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/110.

wird¹⁵¹⁹. Aus der Gesetzesbegründung geht somit eindeutig hervor, dass etwaige Unsicherheiten über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht zu Lasten des Versicherungsnehmers gehen sollen, weshalb nicht darauf verwiesen werden kann, dass dieser auch im übrigen Geschäftsverkehr Zustellungszeiten berücksichtigen muss.

Angemessen lösen lässt sich die aufgezeigte Problematik, indem die Police nicht bereits mit den Angebotsunterlagen übersendet wird, sondern erst nach Zugang der Annahmeerklärung beim Versicherer¹⁵²⁰. Entsprechend dem Wortlaut von § 8 Abs. 2 VVG beginnt dann die Widerrufsfrist mit dem Zugang des Versicherungsscheins¹⁵²¹. Auch wenn durch die nachträgliche Versendung beim Versicherer zusätzliche Kosten entstehen¹⁵²², ist diese Verfahrensweise der einzig gangbare Weg beim „Invitatiomodell“. Schließlich stellen sich die Probleme mit dem Widerrufsrecht und dessen Fristbeginn sowie einer ordnungsgemäßen Belehrung nur, wenn die Police zusammen mit den Angebotsunterlagen versendet wird. Zudem ist nach der hier vertretenen Ansicht¹⁵²³ ist ein solches Vorgehen ohnehin aufsichtsrechtlich zu beanstanden und daher erst gar nicht zu praktizieren. Unabhängig davon bietet die Übersendung des Versicherungsscheins nach Zugang der Annahmeerklärung den Vorteil, dass das vom Gesetzgeber geplante Muster für die Widerrufsbelehrung verwenden kann, weil die Widerrufsfrist nicht vor Erhalt des Versicherungsscheins zu laufen beginnt.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass § 8 Abs. 2 VVG einem Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“ nicht entgegensteht, wenn der Versicherer die Police erst nach Zugang der Annahmeerklärung übersendet.

9. Prämienfälligkeit

Ebenfalls ausgehend von der Annahme, dass die Police zusammen mit den Angebotsunterlagen übersendet wird, wird problematisiert, inwieweit die Regelungen über die Prämienfälligkeit einer Anwendung des „Invitatiomodells“ entgegenstehen. Gemäß § 33 Abs. 1 VVG ist die einmalige oder erste Prämie unverzüglich nach Ablauf von zwei Wochen nach Zugang des Versicherungsscheins zu zahlen bzw. in der Lebensversicherung gemäß § 152 Abs. 3 VVG innerhalb von 30 Tagen. Folglich träte die Prämienfälligkeit ein, noch bevor der Versiche-

¹⁵¹⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 61 re. Sp. und S. 62 li. Sp.

¹⁵²⁰ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (303); *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (25); *Marlow/Spuhl*, S. 33.

¹⁵²¹ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (302). Zweifeln *Gaul*, VersR 2007, S. 21 (25), der für diesen Fall eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 VVG vorschlägt, wonach die Widerrufsfrist mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages zu laufen beginnen soll. Einer teleologischen Reduktion steht indes entgegen, dass der Gesetzgeber bewusst nicht auf den Vertragsschluss als Frist auslösendes Ereignis gesetzt hat, vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. S. 61 re. Sp. und S. 62 li. Sp. Zudem würde eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 VVG zu der Ungewissheit führen, die durch die nachträgliche Übersendung des Versicherungsscheins vermieden werden soll, da der Versicherungsnehmer nicht genau weiß, wann die Widerrufsfrist zu laufen beginnt.

¹⁵²² Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 33.

¹⁵²³ Vgl. oben unter D. III. 2.

rungsvertrag zustande gekommen ist¹⁵²⁴. Vorgeschlagen wird daher, die dispositive Regelung (vgl. § 42 VVG) durch Parteivereinbarung abzuändern¹⁵²⁵, so dass die Prämienfälligkeit etwa mit Abschluss des Vertrages eintritt¹⁵²⁶ oder zwei Wochen danach¹⁵²⁷.

Demgegenüber ist nach der hier vertretenen Ansicht das „Invitatiomodell“ ohne weitere Parteivereinbarung mit der Regelung des § 33 Abs. 1 VVG zu vereinbaren, da eine Übersendung des Versicherungsscheins erst nach Zugang der Annahmeerklärung und somit nach dem Vertragsschluss in Frage kommt¹⁵²⁸.

10. Kritik

Ob sich das „Invitatiomodell“ als gleichberechtigtes Vertragsschlussverfahren neben dem „Antragsmodell“ durchsetzen wird, wie es beim „Policenmodell“ nach altem Recht der Fall war, lässt sich nur schwer beurteilen.

Zunächst bedarf bereits der Vertragsschluss im engeren Sinne einiger Erläuterungen, damit der Versicherungsnehmer die Bedeutung seiner Anfrage und die Notwendigkeit einer gesonderten Annahmeerklärung versteht. Unüberwindbare Schwierigkeiten bereitet dieser Umstand indes nicht. Das mit der Annahmeerklärung verbundene Problem, dass diese möglicherweise aus Nachlässigkeit vergessen wird, kann abgemildert werden, indem in den Angebotsunterlagen nochmals auf die Annahmebedürftigkeit hingewiesen und ein vorgefertigtes Annahmeformular übersandt wird. Zudem kann der Versicherer im Anfrageformular ein Einverständnis des Versicherungsnehmers einholen, um ihn vor Ablauf einer gesetzten Annahmefrist an die Annahme telefonisch erinnern zu können. Wird der Zweck der Nachfrage erläutert, dürften keine Gründe dagegen sprechen, dass der Versicherungsnehmer sein Einverständnis erteilt, insbesondere weil er keine Vielzahl von Werbeanrufen zu befürchten hat. Demgegenüber kommt die Vereinbarung einer Vertragsschlussklausel nicht in Frage, um das Problem einer gesonderten Annahmeerklärung in den Griff zu bekommen.

Die Erfüllung der Informationspflichten bereitet bei einem Vorgehen nach dem „Invitatiomodell“ keine besonderen Schwierigkeiten, abgesehen von dem Umstand, dass die Information des § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV dem Versicherungsnehmer bereits in dem Anfrageformular zu erteilen ist, um ihm das Prozedere des Vertragsschlusses zu erläutern. Es dürfte sich sogar ein gewisser Vorteil gegenüber dem „Antragsmodell“ zeigen, wenn dort die Informationen im Rahmen eines ersten Gesprächstermins zur Verfügung gestellt werden können. Zwar kann der Versicherungsnehmer auch hier entscheiden, ob er diese in Ruhe zur

¹⁵²⁴ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/112; *Marlow/Spuhl*, S. 115f.

¹⁵²⁵ Vgl. *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (302); *Schimikowski*, *VW* 2007, S. 715 (717f).

¹⁵²⁶ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/112.

¹⁵²⁷ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 116; *Neuhaus/Kloth*, S. 35.

¹⁵²⁸ Vgl. oben unter D. III. 2.

Kenntnis nehmen möchte. Allerdings könnte er aus Bequemlichkeit, wegen der Notwendigkeit, einen weiteren Termin vereinbaren zu müssen, hiervon Abstand nehmen. Hat er demgegenüber die Informationen mit den Angebotsunterlagen vorliegen und kann er die Annahme postalisch erklären, ist eine derartige Hemmschwelle nicht gegeben.

Ebenso bereitet die Erfüllung der Frage-, Beratungs- und Dokumentationspflichten bei einem Vorgehen nach dem „Invitativmodell“ keine besonderen Probleme, abgesehen davon, dass ggf. eine Zweitberatung und eine zweite Dokumentation erforderlich werden, wenn der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Angebotsunterlagen beim Versicherungsvertreter nachfragt.

Bei dem hier zugrunde gelegten Verständnis der Funktion der Police und dem Zeitpunkt ihrer Übersendung nach Vertragsschluss, bestehen auch keine Bedenken im Hinblick auf das Widerrufsrecht nebst Belehrung sowie hinsichtlich des der Prämienfälligkeit.

Kompliziert und nur unbefriedigend zu lösen ist das Verhältnis des „Invitativmodells“ zu § 19 VVG. Von dem „Invitativverfahren“ sollte ein Versicherer daher Abstand nehmen, wenn es ihm entscheidend darauf ankommt, zwischen Anfragestellung und Annahmeerklärung eintretende Risikoänderungen berücksichtigen zu können, ohne das Risiko eingehen zu wollen, bei einem pflichtwidrigen Verhalten des Versicherungsnehmers auf einen vertragslosen Zustand zuzusteuern. Insoweit kommt für den Versicherer sinnvollerweise nur ein Vorgehen nach dem „Antragsmodell“ in Betracht.

IV. „Vorschlagsverfahren“

Als weiteres Vertragsschlussverfahren hat *Honsel* das sog. „Vorschlagsverfahren“¹⁵²⁹ zur Diskussion gestellt. Hintergrund ist die sog. „Direkteingabe“, bei der nach altem Recht ein Versicherungsvertreter im Rahmen des Gespräches mit dem Versicherungsnehmer die Vertragsdaten in seinem Notebook oder PC aufnahm und diese elektronisch an den Versicherer übermittelte, so dass die Versicherungspolice automatisch erstellt werden konnte. Der Versicherungsnehmer erklärte seinen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages somit losgelöst von einem papiergebundenen Antragsformular¹⁵³⁰.

1. Aufnahme der Vertragsdaten

Im Rahmen des Gespräches zwischen Versicherungsvertreter und Versicherungsnehmer wird dessen Versicherungsbedarf geklärt und es werden für ihn geeignete Versicherungsprodukte ermittelt. Der Versicherungsvertreter nimmt die Angaben des Versicherungsnehmers in sein Notebook oder seinen PC auf

¹⁵²⁹ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (361).

¹⁵³⁰ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359.

und macht insoweit von der Direkteingabe Gebrauch. Den Erklärungen des Versicherungsnehmers soll in diesem Stadium aber noch kein bindender Charakter zukommen, worauf der Kunde vom Versicherungsvertreter hinzuweisen ist¹⁵³¹. Unklar ist, inwieweit *Honsel* davon ausgeht, dass im Rahmen dieses Gesprächs bereits mündlich und damit nicht formwirksam Risikofragen im Sinne des § 19 Abs. 1 VVG gestellt werden sollen. Er weist lediglich darauf hin, dass in diesem Stadium die für den Antrag geltenden Formvorschriften noch nicht gelten¹⁵³². Da die Angaben dazu dienen, einen Versicherungsantrag des Kunden möglichst vollständig vorzubereiten, ist allerdings davon auszugehen, dass dem Versicherungsnehmer während des Vorgesprächs bereits die Risikofragen mündlich und somit unverbindlich gestellt werden.

2. Vorschlag des Versicherers

Auf der Grundlage der aufgenommenen Vertragsdaten wird vom Versicherer ein Versicherungsantrag vorbereitet. Anders als beim „Invitativmodell“ soll der Versicherer seinerseits kein Angebot unterbreiten, sondern der Antrag soll erst nachfolgend vom Versicherungsnehmer gestellt werden¹⁵³³. Um diesem klar vor Augen zu führen, dass der vorbereitete Antrag noch keine rechtsverbindliche Erklärung des Versicherers darstellt, ist er in einem Begleitschreiben hierauf deutlich hinzuweisen¹⁵³⁴. Zusammen mit den Antragsunterlagen sollen auch Risikofragen im Sinne des § 19 Abs. 1 VVG in Textform gestellt werden, die, anders als im Vorgespräch, nun rechtlich verbindlich zu beantworten sind¹⁵³⁵.

3. Antrag

Den Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages stellt der Versicherungsnehmer, indem er sich mit dem Vorschlag des Versicherers einverstanden erklärt. Dies könnte er telefonisch tun, jedoch empfiehlt *Honsel* aus Beweisgründen, den ausgefüllten Risikofragebogen unter Bezugnahme auf den ihm zugeleiteten Versicherungsvorschlag zurücksenden zu lassen¹⁵³⁶. Denkbar wäre es auch, dass dem Versicherungsvorschlag ein vorgefertigter Versicherungsantrag beigelegt wird, der unterschrieben und zusammen mit den Antworten auf die Risikofragen zurückgeschickt wird.

4. Annahme

Ergeben sich aufgrund der Antworten der erstmals mit dem Versicherungsvor-

¹⁵³¹ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³² Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³³ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³⁴ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³⁵ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³⁶ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

schlag verbindlich gestellten Risikofragen keine Abweichungen zu den Angaben im Vorgespräch, erklärt der Versicherer die Annahme des Antrages durch Übersendung einer Deckungsbestätigung, also des ausgefertigten Versicherungsscheins¹⁵³⁷. Erst mit dessen Zugang beim Versicherungsnehmer wird der Vertrag wirksam abgeschlossen.

5. Informationspflichten

Die vorvertraglichen Informationen gemäß § 7 VVG werden beim „Vorschlagsmodell“ nach der Übermittlung der Vertragsdaten erstellt und zusammen mit dem Versicherungsvorschlag¹⁵³⁸ und damit rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung übermittelt.

6. Beratungspflichten

Die Pflicht zur Frage nach den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers sowie Beratung und Angabe der Gründe für einen erteilten Rat können dem Versicherungsnehmer gegenüber im Rahmen des Vorgesprächs erfüllt werden. Zugleich kann die vom Versicherungsvertreter bei der Aufnahme der Vertragsdaten verwendete Software so programmiert werden, dass der Vertreter am Computer zugleich eine Beratungsdokumentation erstellen kann, die dann ebenfalls mit den Antragsunterlagen zugeschickt wird¹⁵³⁹. Den formalen Anforderungen an eine Beratungsdokumentation gemäß §§ 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG wird auf diesem Wege entsprochen.

Soweit der Versicherungsnehmer sich nach Erhalt der Antragsunterlagen aufgrund der ihm nun vorliegenden vorvertraglichen Informationen sich telefonisch an den Versicherungsvertreter mit weitergehenden Fragen wendet, so dass dieser gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG zur Beratung verpflichtet ist, kann das Problem, eine zweite Beratungsdokumentation vor der Antragsstellung zu übermitteln, über § 6 Abs. 2 S. 2 VVG gelöst werden¹⁵⁴⁰.

7. Kritik

Bei genauer Betrachtung handelt es sich bei dem „Vorschlagsmodell“ um kein eigenes Vertragsschlussverfahren, sondern es lässt sich als Unterfall des Vertragsschlusses nach dem „Antragsmodell“ verstehen¹⁵⁴¹. Die Besonderheit dieses Verfahrens besteht lediglich darin, dass in einem Gesprächstermin die Vertragsdaten computergestützt erhoben werden und an den Versicherer übermittelt werden, so dass dieser die notwendigen Vertragsunterlagen erstellt. Entlastet werden

¹⁵³⁷ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³⁸ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵³⁹ Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (360).

¹⁵⁴⁰ Vgl. oben unter D. I. 2. d.

¹⁵⁴¹ Vgl. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 29.

auf diese Weise die Versicherungsvertreter, die in ihren Versicherungsagenturen nicht mehr das notwendige Informationsmaterial vorhalten oder erstellen müssen¹⁵⁴². In seinen Abläufen vergleichbar ist ein Vorgehen nach dem „Vorschlagsmodell“ einem Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“, wenn der Versicherungsvertreter in einem Gesprächstermin die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers ermittelt und auf dieser Grundlage einen Versicherungsantrag nebst den vorvertraglichen Informationen vorbereitet und ihm zuschickt und somit die Antragsstellung auf den Postweg verlagert wird.

V. „Modell der bedingten Antragserklärung“

Als „dritten Weg“ neben dem „Antragsmodell“ und dem „Invitatiomodell“ schlägt *Baumann* das sog. „Modell der bedingten Antragserklärung“ vor. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, dass beim „Antragsmodell“ rechtliche Schwierigkeiten dadurch entstehen können, dass nicht klar sei, ob das Merkmal „rechtzeitig“ in § 7 Abs. 1 S. 1 VVG bedeute, dass dem Kunden die Unterlagen bereits einige Tage vor Abgabe seiner Vertragserklärung zur Verfügung gestellt werden müssen¹⁵⁴³. Im Hinblick auf das „Invitatiomodell“ betont er das Problem, dass der Versicherungsnehmer eine gesonderte Annahme erklären müsse, von der zweifelhaft sei, ob er diese ohne Nachfassen des Versicherungsvertreters abgebe¹⁵⁴⁴.

1. Antrag

Der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages geht beim Modell der „bedingten Antragserklärung“ vom Versicherungsnehmer aus, wobei davon auszugehen ist, dass hierzu ein vom Versicherer zur Verfügung gestelltes Antragsformular verwendet wird. Die Besonderheit liegt darin, dass der Versicherungsnehmer die Wirksamkeit seiner Antragserklärung unter eine doppelte, aufschiebende Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB stellt:

Zunächst steht der Antrag unter der Bedingung, dass der Versicherer nach Abgabe der Erklärung dem Versicherungsnehmer innerhalb einer bestimmten Frist die Informationen nach § 7 VVG übersendet. Darüber hinaus geht eine zweite Bedingung dahin, dass der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Informationen seine Erklärung nicht innerhalb einer weiteren Frist widerruft¹⁵⁴⁵.

2. Annahme

Nachdem der Versicherer die Informationsunterlagen an den Versicherungsnehmer versendet hat und dieser seine Antragserklärung nicht widerrufen hat,

¹⁵⁴² Vgl. *Honsel*, VW 2007, S. 359 (361).

¹⁵⁴³ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955.

¹⁵⁴⁴ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955.

¹⁵⁴⁵ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955.

erklärt der Versicherer durch Übersenden des Versicherungsscheins die Annahme¹⁵⁴⁶, so dass mit dessen Zugang der Vertrag wirksam zustande kommt.

3. Informationspflichten

§ 7 Abs. 1 S. 1 VVG verlangt, dass die Informationen dem Versicherungsnehmer übermittelt werden, rechtzeitig bevor dieser seine Vertragserklärung abgibt. Aufgrund der Bedingung der Antragserklärung meint *Baumann*, dass die gesetzlichen Vorgaben des § 7 Abs. 1 VVG eingehalten würden und daher keine für den Versicherungsnehmer nachteilige Abweichung im Sinne des § 18 VVG vorliege, wenn dieser die Informationen erhalte, nachdem er seine Antragserklärung abgegeben habe¹⁵⁴⁷. Zur Begründung stellt er darauf ab, dass der Versicherungsnehmer zu informieren sei, bevor dieser seine Vertragserklärung abgibt, an die er gemäß § 145 BGB gebunden sei¹⁵⁴⁸ bzw., dass § 7 Abs. 1 S. 1 VVG eine Information des Versicherungsnehmers vor dessen im Sinne von § 145 BGB bindender Vertragserklärung fordere¹⁵⁴⁹. Diese Voraussetzung würden beim „Modell der bedingten Antragserklärung“ erfüllt, denn ohne Erhalt der vorvertraglichen Informationen habe der Versicherungsnehmer keine bindende Vertragserklärung abgegeben¹⁵⁵⁰. Dass in § 7 Abs. 1 VVG nicht von einer „bindenden“ Vertragserklärung die Rede ist, sei schon angesichts der klaren Gesetzesbegründung unschädlich¹⁵⁵¹. Zudem weist *Baumann* darauf hin, dass der Gesetzgeber die Informationspflichten aus Art. 3 und 5 der RL 2002/65/EG für alle Formen des Vertragsschlusses habe verbindlich umsetzen wollen. In Art. 3 und 5 heiße es eindeutig, dass diese Pflichten zu erfüllen sind, bevor der Verbraucher durch ein Angebot gebunden ist. Diese „Kautelen“ seien bei der Auslegung des § 7 Abs. 1 S. 1 VVG mit zu berücksichtigen und bei dem vorgestellten Vertragsmodell verwirklicht¹⁵⁵². Schließlich führt *Baumann* aus, dass nach dem Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 S. 1 VVG zwar in Abgrenzung zum „Policenmodell“ daran gedacht gewesen sein mag, die einschlägigen Unterlagen bereits vor Abgabe von nicht bindenden Vertragserklärungen mitzuteilen. Ein derartiger Sinn und Zweck sei aber nicht deutlich zum Ausdruck gekommen und sowohl die Gesetzesbegründung als auch die RL 2002/65/EG stünden einer solchen Interpretation entgegen¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁶ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955.

¹⁵⁴⁷ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1955f).

¹⁵⁴⁸ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955.

¹⁵⁴⁹ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1956).

¹⁵⁵⁰ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955. Ebenso *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 70.

¹⁵⁵¹ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1956) unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp., wo es im Zusammenhang heißt: „Der Entwurf sieht ausdrückliche Pflichten des Versicherers zur Aufklärung und Beratung (§ 6 VVG) vor, außerdem Pflichten zur Information (§ 7 VVG), die zu erfüllen sind, bevor der Versicherungsnehmer seine Vertragserklärung, an die er nach § 145 BGB gebunden ist, abgibt“.

¹⁵⁵² Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1956).

¹⁵⁵³ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1956).

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob der von *Baumann* gewählte Ansatzpunkt methodisch haltbar ist. Anstatt unter den Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 1 VVG zu subsumieren, stellt er auf eine *Bindung* des Versicherungsnehmers an dessen Vertragserklärung ab. Wenn der Versicherungsnehmer jedoch ausweislich des Gesetzeswortlauts vor der Abgabe seiner Vertragserklärung zu informieren ist, kommt eine Information nach deren Abgabe zu spät. Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts ist es daher auch unverständlich, weswegen *Baumann* meint, nach Sinn und Zweck der Regelung des § 7 Abs. 1 VVG mag zwar daran gedacht gewesen sein, dass auch vor der Abgabe einer nicht bindenden Erklärung informiert werden müsse, dieses jedoch nicht deutlich zum Ausdruck gekommen sei¹⁵⁵⁴. Ebenso überzeugt es nicht, wenn *Baumann* zur Begründung seiner Ansicht ausführt, eine derartige Interpretation sei mit der Gesetzesbegründung nicht zu vereinbaren¹⁵⁵⁵. In der von ihm zitierten Passage der Gesetzesbegründung¹⁵⁵⁶ ist zwar von einer Bindung des Versicherungsnehmers an dessen Erklärung gemäß § 145 BGB die Rede, jedoch wird dort in zeitlicher Hinsicht auf die Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers als Informationszeitpunkt abgestellt. Außer Betracht lässt *Baumann* zudem die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 VVG, wo es heißt, dass der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem die Informationen nach Satz 1 *spätestens* erteilt werden müssen, *die Abgabe* der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers, in der Regel sein Vertragsantrag sei. Diese Regelung übernehme den Wortlaut des § 312c Abs. 1 BGB, mit dem Artikel 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG umgesetzt worden sind. Er sei der Formulierung in § 48b Abs. 1 VVG a.F. vorzuziehen, da nach dieser Formulierung („rechtzeitig vor dessen Bindung“) der für die Information des Versicherungsnehmers maßgebliche Zeitpunkt nicht eindeutig bestimmt werde¹⁵⁵⁷. Aus der Gesetzesbegründung folgt somit eindeutig, dass der Versicherungsnehmer vor Abgabe seiner Vertragserklärung zu informieren ist und es insoweit gerade nicht auf eine etwaige Bindung des Versicherungsnehmers ankommen soll. Auch eine Auslegung der Vorgaben der Art. 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 der RL 2002/65/EG ergibt, dass die Informationen dem Versicherungsnehmer vor Abgabe von dessen Vertragserklärung zu übermitteln sind¹⁵⁵⁸. Das gleiche gilt überdies auch für die Vorgaben der RL 92/49/EWG¹⁵⁵⁹ und 92/96/EWG bzw. 2002/83/EG¹⁵⁶⁰. Folglich trifft es nicht zu, wenn *Baumann* meint, dass europarechtliche Vorgaben einer Interpretation entgegenstünden, wonach der Versicherungsnehmer auch vor Abgabe einer nicht bindenden Erklä-

¹⁵⁵⁴ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1956).

¹⁵⁵⁵ Vgl. *Baumann*, VW 2007, S. 1955 (1956).

¹⁵⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 48 re. Sp.

¹⁵⁵⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 li. Sp.

¹⁵⁵⁸ Vgl. oben unter C. III. 2. e. cc. (4.).

¹⁵⁵⁹ Vgl. oben unter C. III. 2. e. aa. (4.).

¹⁵⁶⁰ Vgl. oben unter C. III. 2. e. bb. (4.).

zung zu informieren ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass in den Fällen, in denen dem Versicherungsnehmer gemäß § 8 Abs. 1 VVG ein Widerrufsrecht zusteht, der vom Versicherungsnehmer abgegebenen Erklärung ohnehin keine Bindungswirkung nach § 145 BGB zukommt¹⁵⁶¹, weswegen eine Information vor Abgabe einer bindenden Erklärung sogar den gesetzlichen Regelfall bildet.

4. Kritik

Das „Modell der bedingten Antragsklärung“ führt auf Grund der doppelten Bedingung zwar dazu, dass die abgegebene Erklärung nicht wirksam wird, bevor der Versicherungsnehmer die vorvertraglichen Informationen erhält. Dennoch liegt der Informationszeitpunkt erst nach der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers, welche mit Erhalt der Informationen und nach Ablauf der Widerrufsfrist automatisch wirksam wird¹⁵⁶². Dies führt zu einer Situation, in der der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Informationen lediglich seine bereits abgegebene Erklärung und die damit verbundene Entscheidung für ein bestimmtes Versicherungsprodukt revidieren kann¹⁵⁶³. Aufgrund der ihn treffenden Widerrufslast befindet er sich somit in einer dem „Policenmodell“ vergleichbaren Situation¹⁵⁶⁴. Eine Auswahlentscheidung in dem Sinne, dass er von mehreren Versicherer Informationen eingeholt und dann eine Entscheidung für ein Versicherungsprodukt fällt, wie es auch aufgrund der Richtlinienvorgaben zu den Informationspflichten vorgesehen ist, wird gerade nicht ermöglicht¹⁵⁶⁵. Von einer Information rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers kann bei dem „Modell der bedingten Antragsstellung“ keine Rede sein, da dieses nur unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VVG praktiziert werden kann¹⁵⁶⁶.

Schließlich scheinen auch bei *Baumann* Zweifel an der Gesetzeskonformität seines Vertragsschlussmodells aufzukommen. So weist er im letzten Absatz seines Aufsatzes darauf hin, dass ein Versicherer, um sicher zu gehen, analog § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG durch eine gesonderte schriftliche Erklärung ein ausdrückliches Einverständnis mit einem Vertragsschluss nach dem „Modell der bedingten Antragsstellung“ einholen sollte¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶¹ Vgl. oben unter C. I. 2. a. dd. (2.).

¹⁵⁶² Dies berücksichtigt *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 72 nicht, der wegen der zweiten Bedingung der Antragsklärung keine Bedenken im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Informationserteilung hat.

¹⁵⁶³ Vgl. *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 22.

¹⁵⁶⁴ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 52. Demgegenüber hat *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 73 keine durchgreifenden Bedenken wegen der Parallelen zum „Policenmodell“, soweit der Versicherungsnehmer über die Bedingungsstruktur belehrt wird und er daher auf das Verstreichen der von ihm gesetzten Widerspruchsfrist achten kann.

¹⁵⁶⁵ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/115.

¹⁵⁶⁶ Zweifelnd *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (302) und *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (720), die eine Gesetzesumgehung befürchten.

¹⁵⁶⁷ Vgl. *Baumann*, *VW* 2007, S. 1955 (1957).

VI. Zusammenfassung

Für den Vertragsschluss bietet sich für den Versicherer ein Vorgehen nach dem „Antragsmodell“ an, bei dem der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages vom Versicherungsnehmer ausgeht. Gleichwohl darf die Bezeichnung als „Antragsmodell“ nicht darüber hinwegtäuschen, dass es *den* Vertragsschluss nach diesem Modell nicht gibt, denn je nach Vertriebssituation kann den vorvertraglichen Pflichten des Versicherers nur auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen werden:

Während bei einer Vertragsanbahnung in der Agentur des Versicherungsvertreters das „Antragsmodell“ die Möglichkeit eröffnet, innerhalb eines Termins die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers zu erfüllen, so dass der Versicherungsnehmer den Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages stellen kann, ist bei Besuchen des Versicherungsvertreters beim Kunden zu differenzieren: Entweder muss der Vertrag über zwei Termine erstreckt angebahnt werden, da anderenfalls ist wegen der technischen Schwierigkeiten die Informationspflichten nach § 7 VVG zu erfüllen der Vertrag über zwei Gesprächstermine anzubahnen, oder die Antragsstellung ist nach einem einzigen Termin auf den Postweg zu verlagern.

Letztlich hat ein Versicherer eine unternehmenspolitische Entscheidung zu treffen, wie er den Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ unter Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile gestalten möchte. Eine einheitliche Musterlösung, die sämtlichen Vertriebssituationen gerecht wird, lässt sich nicht finden.

Lediglich um einen Unterfall des „Antragsmodells“ handelt es sich bei dem „Vorschlagsmodell“, weshalb es sich genau genommen nicht um ein eigenes Vertragsschlussmodell handelt.

Neben dem „Antragsmodell“ kommt als zweites Vertragsschlussverfahren das „Invitativmodell“ in Frage, bei dem sich jedoch Schwierigkeiten ergeben, wenn der Versicherer es bis zum Vertragsschluss in den Händen halten möchte, auf die Änderung von Risikoumständen beim Versicherungsnehmer zu reagieren, ohne das Risiko eines vertragslosen Zustandes einzugehen. Es wird daher nur bei solchen Versicherungen in Frage kommen, bei denen vorvertragliche Anzeigepflichten keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Ein Vorgehen nach dem europarechtswidrigen „Policenmodell“ kommt nach der VVG-Reform nicht mehr in Frage.

Ebenso scheidet ein Vertragsschluss nach dem „Modell der bedingten Antragsklärung“ aus, denn hier würde der Versicherer jedes Mal gegen die Informationspflichten des § 7 VVG verstoßen, so dass dieses Modell den gesetzlichen Vorgaben des VVG zuwiderläuft.

E. Fehlerfolgen

In diesem Teil der Arbeit werden die Rechtsfolgen untersucht, die eintreten oder eintreten können, wenn die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB nicht beachtet werden oder die vorvertraglichen Informationspflichten gemäß § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV bzw. die anlassbezogenen Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation gemäß § 6 Abs. 1 und 2 VVG verletzt werden. Darüber hinaus wird der Frage nachgegangen, wie die verschiedenen Rechtsfolgen bei der Verletzung der vorvertraglichen Pflichten untereinander konkurrieren.

I. Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB

Die Einbeziehung von AVB in den Versicherungsvertrag richtet sich nach den §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB. Während im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 1 BGB die Vertragsparteien die Geltung der AVB einfach rechtsgeschäftlich vereinbaren können, muss der Versicherer bei § 305 Abs. 2 BGB den Versicherungsnehmer ausdrücklich auf die AVB hinweisen und ihm die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen, bevor dieser sein Einverständnis mit deren Geltung erklären kann. Bei § 310 Abs. 1 BGB kommt somit als einziger Verstoß in Betracht, dass die Parteien sich nicht über die Einbeziehung der AVB einigen. Regelmäßig wird der Versicherungsnehmer insoweit beim „Antragsmodell“ keinen Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages stellen bzw. beim „Invitativmodell“ das Angebot des Versicherers nicht annehmen. Mangels zweier korrespondierender Willenserklärungen kommt in diesen Fällen bereits kein Versicherungsvertrag zustande, so dass es auf die Frage, welche Folge die Nichteinbeziehung der AVB hat, nicht weiter ankommt. Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB, wenn der Versicherungsnehmer sich mit den AVB nicht einverstanden erklärt. Praktisch relevant sind daher nur Verstöße gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB.

1. Unterlassen des Hinweises oder der Übergabe der AVB

Erteilt der Versicherer keinen Hinweis auf die AVB oder unterlässt er es, die AVB zu übergeben, stellt sich die Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Versicherungsvertrag zustande kommt sowie welche Möglichkeiten der Versicherer hat, nachträglich für eine Einbeziehung der AVB zu sorgen.

a. Zustandekommen des Versicherungsvertrages

Verstößt der Versicherer gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB, ist zweifelhaft, ob infolgedessen ein Versicherungsvertrag überhaupt wirksam geschlossen werden kann.

aa. Verhältnis von § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB zu §§ 145 ff BGB

Das Zustandekommen des Versicherungsvertrages richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 145 ff BGB. Auch für eine Einbeziehung der AVB sind grundsätzlich ein Antrag und eine darauf bezogene Annahmeerklärung erforderlich¹⁵⁶⁸. Gleichwohl modifizieren die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB die allgemeinen Bestimmungen über den Vertragsschluss.

§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB formalisiert den Einbeziehungsvorgang von AGB. In Rechtsprechung und Literatur heißt es hierzu allgemein, dass ohne einen ausdrücklichen Hinweis auf die AGB, abweichend von den §§ 133, 157 BGB, eine Einbeziehungserklärung des Verwenders nicht im Wege der Auslegung aus seinen sonstigen, auf den Vertragsschluss bezogenen Erklärungen gewonnen werden kann¹⁵⁶⁹. Ausdrücklich beziehen sich diese Ausführungen auf den Fall, dass das Angebot zum Vertragsschluss vom Verwender ausgeht und dieser somit die Einbeziehungserklärung für die AGB abgibt. Geht jedoch die Einbeziehungserklärung vom Kunden aus, etwa weil er sich eines vorformulierten Antragsformulars des Verwenders bedient, muss das Gleiche auch für die Auslegung von dessen Erklärung gelten. Übertragen auf das Versicherungsrecht bedeutet dies Folgendes: Unterbreitet der Versicherer dem Versicherungsnehmer beim „Invitatiomodell“ ein Angebot auf Abschluss des Versicherungsvertrages, ohne auf die AVB hinzuweisen, kann seine Erklärung nicht dahin ausgelegt werden, dass er die AVB in den Vertrag einbeziehen will. Entsprechendes gilt, wenn der Versicherungsnehmer beim „Antragsmodell“ auf einem ihm zur Verfügung gestellten Antragsformular dem Versicherer den Abschluss eines Versicherungsvertrages anträgt, ohne dass dieses Formular einen ausdrücklichen Hinweis auf die AVB enthält.

§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergänzt die §§ 145 ff BGB in der Weise, dass für eine Einbeziehung der AGB dem Kunden die Gelegenheit verschafft werden muss, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen¹⁵⁷⁰. Anderenfalls fehlt es an einer auf die Einbeziehung der AGB gerichteten Willenserklärung¹⁵⁷¹. Wiederum übertragen auf das Versicherungsrecht bedeutet dies: Werden dem Versicherungsnehmer beim „Antragsmodell“ vor der Abgabe seiner Antragserklärung die AVB nicht übergeben, umfasst der Antrag des Versicherungsnehmers nicht deren Einbeziehung. Entsprechendes gilt, wenn beim „Invitatiomodell“ die AVB nicht vor der Abgabe der Annahmeerklärung überreicht werden.

¹⁵⁶⁸ Vgl. *Stoffels*, Rn. 261; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 118; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 5.

¹⁵⁶⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1987, 112 (113); *D. Schroeder*, S. 94f; *Stoffels*, Rn. 262; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 119; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 5.

¹⁵⁷⁰ Vgl. *D. Schroeder*, S. 53; *Stoffels*, Rn. 263; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 120; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 5.

¹⁵⁷¹ Vgl. *H. Schmidt*, S. 32.

bb. § 306 Abs. 1 BGB

Soweit § 305 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB die Regelungen über den Vertragsschluss modifiziert, bedeutet dies jedoch nicht, dass ohne dessen Beachtung ein Versicherungsvertrag nicht zustande kommen kann. Vielmehr bestimmt § 306 Abs. 1 BGB, dass auch im Falle der Nichteinbeziehung von AGB wegen eines Verstoßes gegen § 305 Abs. 2 BGB der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt¹⁵⁷². Damit trifft § 306 Abs. 1 BGB nicht nur eine Sonderregelung gegenüber § 139 BGB¹⁵⁷³, sondern auch gegenüber §§ 154, 155 BGB, soweit wegen eines Verstoßes gegen § 305 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB im Hinblick auf die Einbeziehung der AGB ein offener oder versteckter Dissens vorliegt¹⁵⁷⁴.

(1.) Einigung über die „essentialia negotii“ als Anwendungsvoraussetzung
Fraglich ist, ob § 306 Abs. 1 BGB voraussetzt, dass die Parteien sich ohne die Einbeziehung der AGB über die „essentialia negotii“ des Vertrages geeinigt haben, also die auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen auch ohne Berücksichtigung der AGB eine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte ergeben. Da AVB regelmäßig den Inhalt des Versicherungsvertrages ausgestalten und damit zu einem erheblichen Teil Bestimmungen über die „essentialia negotii“ beinhalten können¹⁵⁷⁵, ist diese Frage gerade für das Versicherungsrecht bedeutsam.

Mit unterschiedlicher Akzentuierung wird in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten, dass auch im Falle der Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung leistungsbeschreibender AGB, welche die Hauptleistungspflichten festlegen, § 306 Abs. 1 BGB Anwendung finde¹⁵⁷⁶. Der Inhalt des Vertrages richte sich insoweit nach § 306 Abs. 2 BGB¹⁵⁷⁷, wonach bei der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit von AGB der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen ist. Zu den gesetzlichen Vorschriften im Sinne des § 306 Abs. 2 BGB gehörten nicht nur die Bestimmungen des dispositiven Gesetzesrechts, sondern im Ergebnis auch die Grundsätze der ergänzenden Ver-

¹⁵⁷² Vgl. *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 7; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 4, *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 2; *H. Schmidt*, S. 33; *Stoffels*, Rn. 586.

¹⁵⁷³ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 3; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 5; *Stoffels*, Rn. 583;

¹⁵⁷⁴ Vgl. *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 5; *H. Schmidt*, S. 33.

¹⁵⁷⁵ Vgl. *Dreher*, S. 160.

¹⁵⁷⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 49 (51); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 5; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 2; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 5. Der Sache nach auch *Schlosser*, Jura 1984, S. 637 (642f). Unklar: *Bartmuß*, S. 217, der zwar darauf abstellt, dass das, was ohne die einbezogenen AVB von den vertraglichen Erklärungen übrig bleibt, wenigstens eine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte enthalten müsse, da anderenfalls der Vertrag unwirksam sei. Auf § 6 Abs. 1 AGBG bzw. nun § 306 Abs. 1 BGB geht er in diesem Zusammenhang nicht ein. Beiläufig geht er jedoch davon aus, dass die „essentialia negotii“ wegen § 6 Abs. 2 AGBG bzw. nun § 306 Abs. 2 BGB auch dem VVG entnommen werden könnten, wenn der betreffende Versicherungsvertrag eine gesetzliche Ausformung gefunden habe.

¹⁵⁷⁷ OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 49 (51).

tragsauslegung¹⁵⁷⁸. So wird namentlich für unwirksame oder nichteinbezogene Preisbestimmungen darauf abgestellt, dass gesetzliche Regelungen wie Gebührenordnungen für Freiberufler zur Anwendung kommen könnten¹⁵⁷⁹. Ferner sei es denkbar, gemäß §§ 157, 315, 316 BGB auf das übliche oder angemessene Entgelt abzustellen¹⁵⁸⁰. Schließlich sei es auch möglich, die durch das Fehlen der Einigung über die „essentialia negotii“ entstandene Lücke im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen¹⁵⁸¹. Beim Abschluss eines Versicherungsvertrages kommt es nach dieser Ansicht für eine Anwendung des § 306 Abs. 1 BGB somit nicht darauf an, dass ohne Berücksichtigung der AVB möglicherweise keine Einigung über die „essentialia negotii“ erzielt wird.

Andere Stimmen in Rechtsprechung und Literatur sind demgegenüber der Auffassung, § 306 Abs. 1 BGB setze voraus, dass die Parteien sich auch ohne Rücksicht auf die AGB und somit individualvertraglich über die vertragswesentlichen Punkte geeinigt haben¹⁵⁸². Konsequenz dieser Ansicht ist, dass im Falle einer fehlenden Einigung ein wirksamer Vertragsschluss ausscheidet.

Für die zweite Ansicht spricht der Wortlaut von § 306 Abs. 1 BGB, wonach der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt¹⁵⁸³. Vorausgesetzt wird somit, dass überhaupt ein Vertrag zustande kommt, der ohne Rücksicht auf die nichteinbezogenen AGB bestehen bleiben kann. Weiterhin überzeugt es nicht, wenn die Gegenansicht darauf abstellt, dass die „essentialia negotii“ durch Anwendung dispositiven Rechts bzw. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bestimmt werden könnten. Die Parteien müssen zumindest eine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte erzielen und somit den Vertragstypus festlegen, dessen dispositive Regelungen ergänzend herangezogen werden sollen¹⁵⁸⁴. Methodisch gangbar ist auch nicht der Weg, die „essentialia negotii“ im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmen, denn diese setzt ihrerseits einen bereits geschlossenen Vertrag voraus¹⁵⁸⁵ und dient nur dazu, die Rechtsfolgen bei der Abwicklung lückenhafter Verträge zu schließen¹⁵⁸⁶. Ebenso wenig ist es möglich, die „essentialia negotii“ im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu

¹⁵⁷⁸ Vgl. BGHZ 90, 69 (75); 117, 92 (98); *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 21f; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 6f; *Stoffels*, Rn. 613. Näher zu § 306 Abs. 2 BGB unter E. I. 1. b. bb.

¹⁵⁷⁹ *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 5; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 2.

¹⁵⁸⁰ OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 49 (51); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 5. Zweifelnd: *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 5.

¹⁵⁸¹ *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 2; *ders.*, Jura 1984, S. 637 (642f), der eine Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zur Festlegung der „essentialia negotii“ ablehnt.

¹⁵⁸² Vgl. BGHZ 130, 151 (156); *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 81; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 54; *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 4; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 10; *H. Schmidt*, S. 53 und 58f; *Stoffels*, Rn. 587; *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 13.

¹⁵⁸³ Vgl. *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 10.

¹⁵⁸⁴ Vgl. *Kramer*, in: MK, § 145, Rn. 4; *H. Schmidt*, S. 53.

¹⁵⁸⁵ Vgl. *Armbrüster*, in: *Erman*, § 157, Rn. 15; *Busche*, in: MK, § 157, Rn. 26; *H. Schmidt*, 53; *Schlosser*, Jura 1984, S. 637 (642).

¹⁵⁸⁶ Vgl. *Schlosser*, Jura 1984, S. 637 (642).

bestimmen. Ob die Parteien einen Vertrag schließen, kann angesichts des Grundsatzes der Privatautonomie nicht durch den Richter festgelegt werden¹⁵⁸⁷. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte Voraussetzung dafür ist, dass der Vertrag gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam bleibt.

(2.) Folgen bei einer fehlenden Einigung über die „essentialia negotii“

Erzielen die Parteien ohne Berücksichtigung der AVB keine Einigung über die „essentialia negotii“, findet § 306 Abs. 1 BGB keine Anwendung und der beabsichtigte Vertragsschluss schlägt fehl. Zweifel an diesem Ergebnis könnten jedoch insoweit bestehen, als dass die Unwirksamkeit des Vertrages infolge der Nichteinbeziehung der AVB nicht mit dem Schutzzweck des AGB-Rechts zu vereinbaren ist, denn der Kunde würde keinen vertraglichen Erfüllungsanspruch gegen den Verwender erwerben¹⁵⁸⁸. Für das Versicherungsrecht wäre die Konsequenz, dass dem Versicherungsnehmer kein Deckungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag zustünde.

Diese Konsequenz führt indes nur auf den ersten Blick zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Verstößt der Versicherer als Verwender der AVB beim Vertragsschluss gegen die Vorgaben des § 305 Abs. 2 BGB und führt dies zu keinem wirksamen Vertragsschluss, haftet er unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz¹⁵⁸⁹. Einschlägig ist insoweit die im Rahmen der Haftung aus „culpa in contrahendo“ anerkannte Fallgruppe des schuldhaften Herbeiführens eines unwirksamen Vertrages¹⁵⁹⁰. Zwar hat die Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB für den Versicherungsnehmer den Nachteil, dass diese verschuldensabhängig ist. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Verschulden des Versicherers vermutet wird. Darüber hinaus wird dieser auch kaum vortragen können, er habe die Unwirksamkeit des Vertrages infolge der fehlenden Einigung über die „essentialia negotii“ nicht vorhersehen können, um sich zumindest vom Vorwurf der Fahrlässigkeit zu exkulpieren¹⁵⁹¹, schließlich hat er den Inhalt der AVB entsprechend ausgestaltet.

Während das Verschulden des Versicherers vermutet wird, scheidet demgegenüber der Einwand eines Mitverschuldens des Versicherungsnehmers gemäß §

¹⁵⁸⁷ Vgl. *H. Schmidt*, S. 53.

¹⁵⁸⁸ Vgl. *Schlosser*, Jura 1984, S. 637 (642).

¹⁵⁸⁹ Vgl. OLG Oldenburg VersR 1996, 1400 (1401); *Bartmuß*, S. 230f; *Bauer*, BB 1978, S. 476 (477); *Schimikowski*, RuS 2007, S. 309 (311); *Schirmer*, ZVersWiss 1986, S. 509 (543); *H. Schmidt*, S. 260; *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 28.

¹⁵⁹⁰ Vgl. dazu: *Emmerich*, in: MK, § 311, Rn. 211; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 311, Rn. 38; *Grüneberg/Sutschet*, in: *Ba/Ro*, § 311, Rn. 67ff.

¹⁵⁹¹ Vgl. zur Vorhersehbarkeit als Teil des Fahrlässigkeitsvorwurfs: *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 276, Rn. 20.

254 Abs. 1 BGB aus¹⁵⁹². § 305 Abs. 2 BGB ist nämlich die Wertung zu entnehmen, dass die Verantwortlichkeit für die Einbeziehung der AVB allein beim Verwender liegt.

Liegen die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB dem Grunde nach vor, stellt sich die Frage, worin der ersatzfähige Schaden des Versicherungsnehmers zu sehen ist. Dies hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen die Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages festgestellt wird:

(a.) Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalls

Ist ein Versicherungsfall eingetreten und steht dem Versicherungsnehmer infolge der Unwirksamkeit des Vertrages kein Deckungsanspruch zu, kann er vortragen, dass er auch bei Einhaltung der Einbeziehungsvoraussetzungen den Versicherungsvertrag mit den nichteinbezogenen AVB abgeschlossen hätte. In diesem Fall ist der im Wege der Differenzhypothese zu ermittelnde Schaden¹⁵⁹³ in der fehlenden Deckung des Versicherungsfalls zu sehen. Da dieser Schaden gemäß § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution zu ersetzen ist, hat der Versicherer den Zustand herzustellen, der ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis bestünde, so dass er den eingetretenen Versicherungsfall nach Maßgabe der nichteinbezogenen AVB zu regulieren hat¹⁵⁹⁴.

Im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wegen des schuldhaften Herbeiführens eines unwirksamen Vertrages finden sich jedoch Stimmen in der Literatur, die den Schadensersatzanspruch lediglich auf den Ersatz des Vertrauensschadens begrenzen möchten. Ein Ersatz des Erfüllungsinteresses bzw. positiven Interesses müsse ausscheiden, da dies wirtschaftlich einem Kontrahierungszwang gleichkomme¹⁵⁹⁵.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse im Wege des Schadensersatzes nur in Frage kommt, wenn feststeht, dass der Vertrag mit dem Vertragspartner abgeschlossen worden wäre. Es wird daher bei der Ermittlung des Schadens nur darauf abgestellt, was der Ersatzpflichtige ohnehin getan hätte. Von einem irgendwie gearteten Kontrahierungszwang kann daher keine Rede sein.

Zweifel an dem Ersatz des Erfüllungsinteresses könnten jedoch bestehen, weil es der BGH in einigen Fällen der schuldhaften Herbeiführung eines unwirksamen Vertrages gelegentlich ausdrücklich abgelehnt hat, den Schadensersatzberechtigten so zu stellen, als sei ein Vertrag mit dem Ersatzpflichtigen wirksam zustande gekommen, ihm also den Ersatz des positiven Interesses bzw. des Erfüllungsinteresses zu leisten.

¹⁵⁹² Vgl. im Ergebnis auch: *Bartmuß*, S. 232f.

¹⁵⁹³ Vgl. *Ebert*, in: *Erman*, Vor §§ 249-253, Rn. 24.

¹⁵⁹⁴ Vgl. OLG Oldenburg VersR 1996, 1400 (1401); *Schimikowski*, RuS 2007, S. 309 (311).

¹⁵⁹⁵ Vgl. *Löwisch*, in: *Staudinger*, § 311, Rn. 138f.

teresses zu gewähren¹⁵⁹⁶. In den vom BGH entschiedenen Fällen folgte die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages jedoch aus einem Verstoß gegen Vorschriften, die gerade dem Zweck dienen, den anderen Teil vor rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen und Bindungswirkungen aus unbedachten und übereilten Verpflichtungserklärungen zu schützen¹⁵⁹⁷ bzw. aus einem Verstoß gegen Formvorschriften, deren Verbindlichkeit bei der Gewährung des Erfüllungsinteresses in Frage gestellt würden¹⁵⁹⁸. Das Gericht orientierte sich also am Schutzzweck der verletzten Normen, um einen Ersatz des positiven Interesses bzw. des Erfüllungsinteresses auszuschließen. Folglich kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Rahmen eines Schadensersatzanspruches wegen des schuldhaften Herbeiführens eines unwirksamen Vertrages *stets* nur der Ersatz des Vertrauensschadens verlangt werden kann. Vielmehr hat der BGH in anderen Fällen ausdrücklich auch die Möglichkeit anerkannt, den Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht nur in den Fällen zu gewähren, in denen ohne das schuldhaft Verhalten ein Vertrag mit einem Dritten zustande gekommen wäre, sondern auch dann, wenn feststeht, dass der Vertrag mit dem Ersatzpflichtigen selbst abgeschlossen worden wäre¹⁵⁹⁹.

Einem Ersatz des Erfüllungsinteresses stünde somit entgegen, wenn der Schutzzweck des § 305 Abs. 2 BGB eine Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf den Ersatz des Vertrauensschadens erfordert. Die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB sollen sicherstellen, dass die Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag von einem eindeutigen rechtsgeschäftlichen Willen des Kunden abhängig gemacht wird¹⁶⁰⁰. Die Norm dient also in erster Linie dem Schutz der Verwendergenseite. Hätte dieser den Vertrag auch bei Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen abgeschlossen, ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, weswegen der Ersatz des Erfüllungsinteresses mit Blick auf den Schutzzweck der Norm ausgeschlossen sein sollte. Es ist somit festzuhalten, dass der Versicherer nach Eintritt eines Versicherungsfalles diesen im Wege des Schadensersatzes so zu regulieren hat, als sei der Versicherungsvertrag unter Einbeziehung der AVB zustande gekommen.

Alternativ kann der Versicherungsnehmer jedoch auch geltend machen, dass er bei Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen anderweitig einen Versicherungsvertrag abgeschlossen hätte, aus dem ihm nun nach Eintritt des Versicherungsfalles ein Deckungsanspruch zustünde. Kann der Versicherungsnehmer die Möglichkeit eines anderweitigen Vertragsschlusses nicht nur darlegen, sondern

¹⁵⁹⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2001, 1524 (1524f); NJW-RR 1992, 1435 (1436); NJW 1965, 812 (814).

¹⁵⁹⁷ Vgl. BGH NJW-RR 2001, 1524 (1524f); NJW-RR 1992, 1435 (1436) zu öffentlich-rechtlichen Vertretungsregelungen kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften.

¹⁵⁹⁸ Vgl. BGH NJW 1965, 812 (814) zu § 313 BGB a.F. bzw. § 311b Abs. 1 BGB.

¹⁵⁹⁹ Vgl. BGH NJW 1998, 2900 (2901).

¹⁶⁰⁰ Vgl. Ulmer, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 102.

im Bestreitensfalle auch beweisen, hat der Versicherer den Versicherungsnehmer im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als sei ein Vertrag mit einem anderen Versicherer abgeschlossen worden¹⁶⁰¹. In diesem Fall kann der Versicherungsnehmer auch die Erstattung der Prämienzahlungen verlangen, die er gegenüber dem Versicherer erbracht hat, jedoch muss er sich zugleich im Rahmen des Vorteilsausgleichs¹⁶⁰² die Höhe derjenigen Prämienzahlungen auf seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen, die er an den anderen Versicherer hätte erbringen müssen.

(b.) Ausbleiben eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles

Stellt der Versicherungsnehmer die Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages zu einem Zeitpunkt fest, zu dem noch kein Versicherungsfall eingetreten ist und trägt er vor, dass er den Vertrag auch bei Einhaltung der Einbeziehungsvoraussetzungen abgeschlossen hätte, ist sein Schaden darin zu sehen, dass ihm kein auf den Versicherungsfall bedingter Deckungsanspruch zusteht. Er kann daher verlangen, vom Versicherer so gestellt zu werden, wie er ohne dessen schuldhaftes Verhalten stünde. In diesem Fall hätte er einen wirksamen Versicherungsvertrag abgeschlossen. Dieser Schaden ist im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB in der Weise zu ersetzen, dass zwischen den Parteien rückwirkend ein Vertrag unter Einbeziehung der AVB abgeschlossen wird.

Gegen einen Anspruch des Versicherungsnehmers auf rückwirkenden Abschluss eines Versicherungsvertrages könnte wiederum vorgebracht werden, dass dies im Ergebnis auf einen Abschlusszwang hinausläufe¹⁶⁰³, jedoch ist ebenfalls zu sehen, dass von einem Zwang des Versicherers keine Rede sein kann, da dieser seinerseits den Vertrag mit dem Versicherungsnehmer abgeschlossen hätte, wenn er die Einbeziehungsvoraussetzungen für die AVB eingehalten hätte. In der Literatur wird darüber hinaus von *Bartmuß* eingewendet, dem Versicherungsnehmer könne kein Anspruch auf rückwirkenden Abschluss eines Versicherungsvertrages zustehen, da offen bliebe, zu welchen Konditionen der Versicherer den Versicherungsnehmer rückwirkend versichern müsste. Darüber hinaus sei es äußerst fraglich, ob eine Verpflichtung zur Gewährung von Versicherungsschutz zu bestimmten Konditionen noch von den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts umfasst sei. Der BGH habe dies verschiedentlich ausdrücklich und zu Recht angelehnt¹⁶⁰⁴.

Diese Einwände überzeugen nicht. Zum einen kann kein Zweifel bestehen, welche AVB dem Vertrag zugrunde zu legen sind. Es können nur diejenigen sein, die beim ursprünglich beabsichtigten Vertragsschluss nicht in den Versiche-

¹⁶⁰¹ Vgl. *Bartmuß*, S. 236.

¹⁶⁰² Vgl. dazu: *Heinrichs*, in: *Palandt*, Vorb. v. § 249, Rn. 119-124.

¹⁶⁰³ Vgl. oben unter E. I. 1. a. bb. (2.) (a.).

¹⁶⁰⁴ *Bartmuß*, S. 237.

rungsvertrag einbezogen worden sind. Zum anderen kommt eine Verpflichtung zum Vertragsschluss beim Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution durchaus in Frage¹⁶⁰⁵. Gegenteiliges hat entgegen den Ausführungen von *Bartmuß* auch nicht der BGH entschieden. *Bartmuß* verweist auf die Entscheidungen BGH WM 1968, 1402 und BGH NJW 1965, 812¹⁶⁰⁶. Beide Male führte der BGH aus, dass der wegen schuldhafter Herbeiführung eines unwirksamen Vertrages in Betracht kommende Schadensersatzanspruch aus „culpa in contrahendo“ nicht einen Ersatz des Erfüllungsinteresses umfasse und daher die Kläger nicht verlangen könnten, so gestellt zu werden, als sei ein Vertrag wirksam zustande gekommen. In beiden Fällen beruhte jedoch die Unwirksamkeit des Vertrages auf einem Verstoß gegen die Formvorschrift des § 313 BGB a.F. bzw. nun § 311b Abs. 1 BGB. Insoweit geht aus der Entscheidung BGH NJW 1965, 812 auch eindeutig hervor, dass der Ausschluss des Erfüllungsinteresses allein der Erwägung geschuldet ist, das anderenfalls die Formvorschrift des § 313 BGB a.F. außer Kraft gesetzt würde¹⁶⁰⁷. Es handelt sich mithin um Fälle, in denen aus Gründen des Schutzzweckes der verletzten Norm der Ersatz des Erfüllungsinteresses ausscheiden musste. Bereits oben ist dargelegt worden, dass dieser Rechtsprechung nicht entnommen werden kann, dass im Rahmen des Schadensersatzanspruches wegen schuldhaften Herbeiführens eines unwirksamen Vertrages *stets* ein Ersatz des Erfüllungsinteresses ausscheidet¹⁶⁰⁸. Daher ist festzuhalten, dass der Versicherungsnehmer im Wege der Naturalrestitution verlangen kann, rückwirkend einen Versicherungsvertrag unter Einbeziehung der AVB abzuschließen.

Alternativ kann er geltend machen, er hätte bei Einhaltung der Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer nicht abgeschlossen, sondern anderweitig um Versicherungsschutz nachgesucht. Hat der Versicherungsnehmer trotz der Unwirksamkeit des Vertrages Versicherungsprämien an den Versicherer gezahlt, kann er deren Erstattung im Wege des Schadensersatzes verlangen.

(3.) Folgen bei einer Einigung über die „essentialia negotii“

Auch wenn die AVB Regelungen über die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages beinhalten, bedeutet dies nicht zwingend, dass im Falle eines Verstoßes gegen § 305 Abs. 2 BGB das Zustandekommen eines Versicherungsvertrages ausgeschlossen ist. Je nachdem, wie ein Versicherer beim Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ das Antragsformular für den Versicherungsnehmer bzw. seine eigenen Angebotsunterlagen beim „Invitatiomodell“ ausges-

¹⁶⁰⁵ Vgl. *Oetker*, in: MK, § 249, Rn. 312.

¹⁶⁰⁶ *Bartmuß*, S. 237.

¹⁶⁰⁷ BGH NJW 1965, 812 (814).

¹⁶⁰⁸ Vgl. oben unter E. I. 1. a. bb. (2.) (a.).

taltet, können im Falle der Nichteinbeziehung der AVB die „essentialia negotii“ dem Angebotsschreiben oder dem Antragsformular im Wege der Auslegung entnommen werden¹⁶⁰⁹. Denkbar ist dies insbesondere dann, wenn diese nicht nur weitgehend auf die AVB verweisen. Insoweit kann also zwischen den Vertragsparteien eine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte auch ohne AVB erzielt werden, so dass der Versicherungsvertrag gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam ist.

Deutlich zeigt dies die Entscheidung BGH NJW 1982, 824. In diesem Fall hatte ein Versicherungsnehmer über einen Versicherungsvermittler den Abschluss eines Vertrages über eine vorläufige Deckung für eine Kaskoversicherung eines Motorsportboots beantragt. Dem Vertrag sollten die „AVB Wassersportfahrzeuge 1976“ zugrunde liegen, welche nicht der Genehmigungspflicht durch das BAV unterlagen, so dass sich die Einbeziehung nicht nach § 23 Abs. 3 AGBG, sondern nach § 2 AGBG richtete. Der Versicherer hatte jedoch weder ausdrücklich auf die AVB hingewiesen noch diese dem Versicherungsnehmer vor dessen Antragsstellung übergeben. Der BGH nahm in diesem Fall auch ohne Einbeziehung der AVB einen wirksamen Vertragsschluss an, dessen näheren Inhalt er durch die Anwendung von § 6 Abs. 2 AGBG bzw. nun § 306 Abs. 2 BGB bestimmte¹⁶¹⁰. Zwar ging das Gericht auf die vorrangige Frage nicht ein, ob § 6 Abs. 1 AGBG bzw. nun § 306 Abs. 1 BGB zumindest eine individualvertragliche Einigung über die „essentialia negotii“ erfordert. Im Ergebnis war dies jedoch nicht weiter von Bedeutung, weil es sich bei der beantragten Versicherung um eine Allgefahrenversicherung handelte, deren vertragswesentliche Punkte dem Antrag des Versicherungsnehmer auch ohne Rückgriff auf die AVB entnommen werden konnten¹⁶¹¹.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, dass ein Verstoß gegen § 305 Abs. 2 BGB dem wirksamen Zustandekommen eines Vertrages gemäß § 306 Abs. 1 BGB nicht entgegensteht, wenn dem Antragsformular oder dem Angebotsschreiben des Versicherer ohne Rücksicht auf die AVB die „essentialia negotii“ entnommen werden können.

b. Inhalt des Vertrages

Bleibt der Vertrag ohne Einbeziehung der AVB gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam, so bestimmt sich der Inhalt des Vertrages gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften.

¹⁶⁰⁹ Vgl. *Bartmuß*, S. 217; *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (155); *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 28. Sie gehen davon aus, dass die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages sich regelmäßig dem Versicherungsantrag und entnehmen lassen bzw. dass durch den Antrag und den Versicherungsschein eine Einigung über die wesentlichen Vertragselemente erfolgt.

¹⁶¹⁰ Vgl. BGH NJW 1982, 824 (825). Nach neuem Recht wäre der Fall über § 49 Abs. 2 VVG zu lösen.

¹⁶¹¹ Vgl. *Dreher*, S. 153; *Schirmer*, ZVersWiss, 1986, S. 509 (542).

aa. Dispositives Gesetzesrecht

Mit Blick auf die Anwendung dispositiven Rechts bestand bislang die Schwierigkeit, dass dispositive gesetzliche Vorgaben im VVG häufig nur im geringen Umfang vorgesehen waren und einzelne Versicherungszweige keine gesetzliche Regelung erfahren hatten¹⁶¹². An diesem Umstand hat auch die Reform des VVG kaum etwas geändert¹⁶¹³. Zwar hatte die Reformkommission ursprünglich beabsichtigt, gesetzliche Leitbilder für einzelne Versicherungszweige im VVG zu kodifizieren, jedoch hat sie dieses Vorhaben auf Grund diverser Schwierigkeiten wieder aufgegeben¹⁶¹⁴.

Vor diesem Hintergrund ist bereits zur alten Rechtslage vereinzelt die Ansicht vertreten worden, dass ein Versicherungsvertrag, der gemäß § 306 Abs. 2 BGB nur nach den gesetzlichen Bestimmungen des VVG und des BGB zu beurteilen wäre, ohne AVB in der Praxis fast ausnahmslos nicht erfüllbar sei, weswegen der Vertrag insgesamt unwirksam sein müsse¹⁶¹⁵.

Überzeugend ist diese Ansicht jedoch nicht. Vielmehr ist im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben im Einzelfall zu untersuchen, ob diese dazu führen, dass der Vertrag in der Praxis erfüllt werden kann¹⁶¹⁶. So konnte im Fall BGH NJW 1982, 824 das Gericht durch Rückgriff auf die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 129 ff VVG a.F. die durch die Nichteinbeziehung der AVB entstandene Lücke sinnvoll schließen. Von einer fehlenden Erfüllbarkeit des Vertrages konnte daher keine Rede sein.

bb. Ergänzende Vertragsauslegung

Stehen keine dispositiven gesetzlichen Regelungen zur Verfügung oder reichen die bestehenden Regelungen nicht aus, um die entstandene Lücke zu schließen, finden im Rahmen des § 306 Abs. 2 BGB auch die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB Anwendung¹⁶¹⁷. Entsprechend verfährt die Rechtsprechung, um Lücken in Verträgen sowohl bei unwirksamen AGB¹⁶¹⁸ als auch bei unwirksamen AVB¹⁶¹⁹ zu schließen. Es stellt sich daher die Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung zur Lückenfüllung nicht nur bei

¹⁶¹² Vgl. *Bartmuß*, S. 25, 105f; 218f; *Dreher*, S. 153; *Farny*, ZVersWiss 1975, S. 169 (173); *Präve*, in: VersR-Hdb, § 10, Rn. 162; *Römer*, VersR 1994, S. 125; *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 28f; *ders.*, in: VersR-Hdb, § 11, Rn. 124.

¹⁶¹³ Vgl. im Ergebnis *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 81; *Wandt*, Rn. 204.

¹⁶¹⁴ Vgl. Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 16f.

¹⁶¹⁵ Vgl. *Bauer*, BB 1978, S. 476 (477).

¹⁶¹⁶ Vgl. BGH NJW 1982, 824 (825); *Schirmer*, ZVersWiss 1986, S. 509 (542).

¹⁶¹⁷ Vgl. BGHZ 90, 69 (75); 117, 92 (98); *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 21f; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 81; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 6f; *Stoffels*, Rn. 613.

¹⁶¹⁸ Vgl. BGHZ 90, 69 (75f); 120, 108 (122); 137, 153 (157).

¹⁶¹⁹ Vgl. BGHZ 117, 92 (98f); BGH NJW 2005, 3559 (3565); OLG Frankfurt VersR 1996, 885 (887); OLG Koblenz VersR 2000, 1008 (1009); OLG Köln VersR 1996, 1399 (1400); OLG Nürnberg VersR 2000, 1363 (1364f); OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 894 (895); VersR 1996, 1400 (1401); OLG Saarbrücken VersR 2001, 318 (319f); VersR 2002, 41 (43).

der Unwirksamkeit einzelner AVB zu Zuge kommen kann, sondern auch dann, wenn sämtliche AVB nicht in den Vertrag einbezogen worden sind.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, wie im Zuge der ergänzenden Vertragsauslegung bei der Unwirksamkeit einzelner AVB zu verfahren ist und inwieweit diese Grundsätze zu der Lösung des Problems der Nichteinbeziehung sämtlicher AVB beitragen können.

(1.) Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in den AVB

Entsteht durch die Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel in den AVB eine Lücke im Vertrag, ist diese, wenn einschlägiges dispositives Recht fehlt¹⁶²⁰, nicht zwingend im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die entstandene Lücke auch ausfüllungsbedürftig ist¹⁶²¹. Daran fehlt es, wenn die unwirksame Klausel ersatzlos wegfallen kann. In der Rechtsprechung außerhalb des Versicherungsrechts heißt es in diesem Zusammenhang, die ergänzende Vertragsauslegung komme nur zum Zuge, wenn die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und des Kunden Rechnung tragende Lösung bietet¹⁶²². Entsprechende Ausführungen finden sich auch in versicherungsrechtlichen Entscheidungen¹⁶²³. Dem ersatzlosen Wegfall einer Klausel kommt daher ein Vorrang vor der ergänzenden Vertragsauslegung zu¹⁶²⁴.

Zweifelhaft ist, ob für diese zu verlangen ist, dass es für den Versicherer unzumutbar sein muss, am lückenhaften Vertrag festgehalten zu werden. Teilweise wird in der Rechtsprechung zum Versicherungsrecht dieses zusätzliche Erfordernis aus der Regelung des § 306 Abs. 3 BGB abgeleitet¹⁶²⁵. In anderen versicherungsrechtlichen Entscheidungen werden entsprechende Erwägungen demgegenüber nicht angestellt¹⁶²⁶. Auch in der Rechtsprechung außerhalb des Versicherungsrechts finden sich keine Ausführungen dazu, dass eine ergänzende Vertragsauslegung vom Unzumutbarkeitskriterium des § 306 Abs. 3 BGB abhängig

¹⁶²⁰ Vgl. zum Vorrang des dispositiven Rechts: BGHZ 90, 69 (75); 117, 92 (99); OLG Nürnberg VersR 2000, 1363 (1364f); OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 894 (895); *Bartmuß*, S. 112f; *Base-dow*, in: MK, § 306, Rn. 23; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 14f; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 34.

¹⁶²¹ Vgl. allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung: *Busche*, in: MK, § 157, Rn. 43; *Roth*, in: *Staudinger*, § 157, Rn. 15.

¹⁶²² Vgl. BGHZ 90, 69 (75); 137, 153 (157); 143, 103 (120).

¹⁶²³ Vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 894 (895); OLG Köln VersR 1996, 1399 (1400); OLG Nürnberg VersR 2000, 1363 (1364f).

¹⁶²⁴ Vgl. *Bartmuß*, S. 114; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 81 und 306; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 12; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 11; *Stoffels*, Rn. 615.

¹⁶²⁵ Vgl. BGHZ 117, 92 (99); OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 894 (895); VersR 1996, 1400 (1401).

¹⁶²⁶ Vgl. BGH NJW 2005, 3559 (3565); OLG Köln VersR 1996, 1996, S. 1399 (1400); OLG Nürnberg VersR 2000, 1363 (1363f); OLG Saarbrücken VersR 2001, 318 (319f).

sei¹⁶²⁷. Der Wortlaut von § 306 Abs. 3 BGB stellt darauf ab, dass der Vertrag unwirksam ist, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Abs. 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Die Änderungen nach Abs. 2 und somit auch die ergänzende Vertragsauslegung gehen daher den Unzumutbarkeitserwägungen des § 306 Abs. 3 BGB vor, weswegen diese nicht bereits bei der ergänzenden Vertragsauslegung von Bedeutung sind. Folglich kann es nicht darauf ankommen, ob ein Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für den Versicherer bedeutet.

Kommt die ergänzende Vertragsauslegung zum Zuge, ist zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu fragen, welche Vereinbarung die Parteien bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte redlicherweise getroffen hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bewusst gewesen wäre¹⁶²⁸. Diese in der Rechtsprechung zunächst außerhalb des Versicherungsrechts formulierten Maßstäbe werden auch bei versicherungsrechtlichen Entscheidungen angewendet¹⁶²⁹. Anders als im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung von Individualverträgen stellt die Rechtsprechung sowohl bei der Unwirksamkeit von AGB als auch von AVB nicht darauf ab, den hypothetischen Willen der konkret am Vertragsschluss beteiligten Parteien zu ermitteln¹⁶³⁰, sondern sie legt einen objektiv-generalisierenden Maßstab an, der sich am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise orientiert¹⁶³¹. Die Vertragsergänzung müsse für den betroffenen Vertragstyp als allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen sein¹⁶³². Ein entsprechender Auslegungsmaßstab wird auch in der Literatur befürwortet¹⁶³³, schließlich handele es sich bei AGB bzw. AVB um Vertragsbestandteile, die der Verwender dem anderen Teil bei Vertragsschluss einseitig stellt, weswegen ein gemeinsamer Parteiwille oder ein gemeinsamer Regelungsplan, wie er ausgehandelten Individualverträgen zugrunde liegt, kaum festzustellen sei¹⁶³⁴. Gleichwohl bedeutet ein objektiv-generalisierender Maßstab nicht, dass ein dennoch festgestellter übereinstimmender, tatsächlicher Wille der Parteien unberücksichtigt bleiben muss. Viel-

¹⁶²⁷ Vgl. BGHZ 90, 69 (75f); 137, 153 (157); BGH NJW 1985, 621 (622f); NJW 1985, 2585 (2587).

¹⁶²⁸ Vgl. BGHZ 90, 69 (75 und 77).

¹⁶²⁹ Vgl. OLG Koblenz VersR 2000, 1008 (1009); OLG Oldenburg VersR 1996, 1400 (1401); OLG Saarbrücken VersR 2001, 318 (319).

¹⁶³⁰ Vgl. dazu: *Busche*, in: *MüchKomm*, § 157, Rn. 46; *Roth*, in: *Staudinger*, § 157, Rn. 30.

¹⁶³¹ Vgl. BGHZ 90, 69 (76); 107, 273 (277); BGH NJW 2005, 3559 (3565).

¹⁶³² Vgl. BGH NJW 2005, 3559 (3565).

¹⁶³³ Vgl. *Bartmuß*, S. 117f; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 82; *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 13; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 32; *Hubert Schmidt*, in: *Bar/Ro*, § 306, Rn. 12; *Stoffels*, Rn. 617; einschränkend: *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 12: vor allem für Versicherungsbedingungen.

¹⁶³⁴ Vgl. *Bartmuß*, S. 117.

mehr kommt diesem zum Schutze der Privatautonomie eine grenzziehende Funktion in der Weise zu, dass das gefundene Auslegungsergebnis nicht im Widerspruch zum tatsächlichen Parteiwillen stehen darf¹⁶³⁵. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der tatsächliche Wille der Parteien nicht aus der unwirksamen Klausel selbst abgeleitet werden darf, da insoweit der Schutzzweck des AGB-Rechts eine Sperrwirkung gegenüber dem in der unwirksamen Klausel zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen entfaltet¹⁶³⁶. Fraglich ist, welche weiteren Grenzen der ergänzenden Vertragsauslegung gesetzt sind.

In der Literatur und in einigen versicherungsrechtlichen Entscheidungen finden sich Stimmen, die darauf abstellen, dass die ergänzende Vertragsauslegung eine Stütze im Vertrag findet. Sie müsse sich als zwingende, selbstverständliche Folge aus dem gesamten Zusammenhang des Vereinbarten ergeben¹⁶³⁷. Diese Forderung mag zwar bei der ergänzenden Vertragsauslegung von Individualvereinbarungen zu stellen sein. Zur Ermittlung des hypothetischen Willens bei unwirksamen AGB bzw. AVB wird jedoch auf eine objektiv-generalisierende Betrachtungsweise abgestellt, die sich am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise orientiert. Folglich kann es nicht darauf ankommen, dass das Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung eine Stütze in der Vereinbarung der konkreten Parteien findet¹⁶³⁸.

Darüber hinaus wird verlangt, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führt¹⁶³⁹. Fraglich ist jedoch, was dies konkret für die ergänzende Vertragsauslegung bei der Unwirksamkeit einzelner AGB bzw. AVB bedeutet, zumal Ergänzungen des Vertrages zwangsläufig zu einer Änderung des ursprünglichen Regelungsgefüges führen. Dies ist jedoch mit dem Verbot der Erweiterung des Vertragsgegenstandes nicht gemeint. Verfolgt wird hiermit der Schutz der Privatautonomie, denn die Vertragsergänzung soll sich im Rahmen des rechtlichen Beziehungsfeldes halten, das durch die Parteien vorgegeben ist¹⁶⁴⁰. Dem Schutz der Privatautonomie wird im Zuge der ergänzenden Vertragsauslegung bei der Unwirksamkeit von AGB bzw. AVB bereits dadurch Rechnung getragen, dass das Ergebnis der Vertragsergän-

¹⁶³⁵ Vgl. BGHZ 90, 69 (77); *Bartmuß*, S. 114. Allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung: *Armbrüster*, in: *Erman*, § 157, Rn. 23; *Busche*, in: MK, 3 157, Rn. 54. Anders demgegenüber: *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 37a; *Stoffels*, Rn. 617.

¹⁶³⁶ Vgl. BGHZ 90, 69 (77); *Stoffels*, Rn. 613; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 12.

¹⁶³⁷ Vgl. BGHZ 117, 92 (99); OLG Saarbrücken VersR 2001, 318 (319f); VersR 2002, 41 (43); *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 83; *Präve*, in: VersR-Hdb, § 10, Rn. 162; *Römer*, VersR 1994, S. 125.

¹⁶³⁸ Vgl. *Bartmuß*, S. 120.

¹⁶³⁹ Vgl. OLG Koblenz VersR 2000, 1008 (1009); OLG Saarbrücken VersR 2001, 318 (319f); *Präve*, in: VersR-Hdb, § 10, Rn. 162; *Römer*, VersR 1994, S. 125. Allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung: *Armbrüster*, in: *Erman*, § 157, Rn. 23; *Busche*, in: MK, § 157, Rn. 55; *Roth*, in: *Staudinger*, § 157, Rn. 39.

¹⁶⁴⁰ Vgl. allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung: *Busche*, in: MK, § 157, Rn. 55; *Roth*, in: *Staudinger*, § 157, Rn. 39.

zung nicht im Widerspruch zu einem festgestellten übereinstimmenden, tatsächlichen Willen der Parteien stehen darf. In diesem Zusammenhang formuliert auch der BGH, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Änderung des Vertragsgegenstandes führen dürfe¹⁶⁴¹. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Forderung nichts anderes meint, als dass das Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung nicht im Widerspruch zu einem festgestellten übereinstimmenden, tatsächlichen Willen der Parteien stehen darf.

Auch wenn eine Nähe zu einer unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion¹⁶⁴² unverkennbar ist, besteht nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur keine Grenze für die ergänzende Vertragsauslegung darin, dass an die Stelle einer unwirksamen Klausel eine Vereinbarung tritt, die im Endeffekt zu dem gleichen Ergebnis führt wie die unwirksame Klausel selbst¹⁶⁴³. Entscheidend ist nämlich, dass bei einer geltungserhaltenden Reduktion eine vom Verwender einseitig gestellte, unangemessene Bestimmung auf ihren gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt wird¹⁶⁴⁴, während es bei der ergänzenden Vertragsauslegung darauf ankommt, was die Parteien unter Berücksichtigung ihrer beiderseitigen Interessen vereinbart hätten¹⁶⁴⁵.

Ferner stellt sich die Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheidet, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Lückenfüllung in Frage kommen, letztlich aber offen bleibt, welche Regelung die Parteien getroffen hätten. In Teilen der Rechtsprechung wird sowohl in Fällen ohne¹⁶⁴⁶ als auch mit¹⁶⁴⁷ versicherungsrechtlichem Bezug die Ansicht vertreten, eine ergänzende Vertragsauslegung sei in diesen Fällen nicht ausgeschlossen. Auch von Teilen der Literatur wird diese Auffassung geteilt¹⁶⁴⁸. Begründet wird sie damit, dass im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ein objektiv-generalisierender Maßstab angelegt wird und es gerade nicht um die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens geht¹⁶⁴⁹. Es könne daher die Ergänzung des Vertrages auf einer höheren Abstraktionsebene und damit ohne Rücksicht auf Anhaltspunkte für eine bestimmte Lösungsvariante vorgenommen werden¹⁶⁵⁰. Überdies sei eine exakte Bestimmung einer Ersatzre-

¹⁶⁴¹ Vgl. BGHZ 90, 69 (77).

¹⁶⁴² Vgl. dazu: *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 14; *Stoffels*, Rn. 593.

¹⁶⁴³ Vgl. BGHZ 90, 69 (78f); 117, 92 (100); OLG Köln VersR 1996, 1399 (1400); *Bartmuß*, S. 118f; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 18; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 12.

¹⁶⁴⁴ Vgl. *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 14; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 22;

¹⁶⁴⁵ Vgl. BGHZ 90, 69 (81f); *Bartmuß*, S. 118f; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 18; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 34a; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 12.

¹⁶⁴⁶ Vgl. BGHZ 90, 69 (80f).

¹⁶⁴⁷ Vgl. BGH NJW 2005, 3559 (3565).

¹⁶⁴⁸ Vgl. *Bartmuß*, S. 116; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 82, anders aber Rn. 306; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 21; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 15; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 38; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 13; *Seybold*, VersR 1989, S. 784 (788).

¹⁶⁴⁹ Vgl. BGHZ 90, 69 (80f); *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 13.

¹⁶⁵⁰ Vgl. BGH NJW 2005, 3559 (3565); *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 82; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 13.

gelung häufig entbehrlich, wenn das Gericht im Individualprozess feststellen könne, dass die Streit entscheidende Rechtsfolge jedenfalls von einer sachgerechten und beiderseits interessengerechten Vertragsergänzung gedeckt sei und diese zu den mehreren Gestaltungsmöglichkeiten zähle¹⁶⁵¹. Aber auch wenn es auf die Festlegung auf eine von mehreren denkbaren Vertragsergänzungen ankomme, sollten die Grenzen für eine Vertragsergänzung nicht zu eng gezogen werden, da anderenfalls sich die Gefahr vergrößere, dass der Vertrag gemäß § 306 Abs. 3 BGB unwirksam ist¹⁶⁵².

Demgegenüber finden sich in der Rechtsprechung sowohl in Entscheidungen ohne¹⁶⁵³ als auch mit¹⁶⁵⁴ versicherungsrechtlichem Bezug auch Stimmen, die die Ansicht vertreten, eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus, wenn mehrere Gestaltungsmöglichkeiten in Frage kommen, jedoch Anhaltspunkte dafür fehlen, welche die Parteien gewählt hätten. Dem folgt auch ein Teil der Literatur¹⁶⁵⁵. Begründet wird diese Ansicht damit, dass eine Entscheidung nur noch im Wege freier richterlicher Vertragshilfe getroffen werden könnte, die dem Richter jedoch verwehrt sei, da die Vertragsgestaltung Sache der Parteien sei¹⁶⁵⁶. Ihnen dürfe keine Regelung aufgedrängt werden, auch wenn sie dem Gericht angemessen erscheint¹⁶⁵⁷.

Im Hinblick auf die Problemstellung erscheint eine Differenzierung notwendig: Soweit es um die Frage geht, ob Anhaltspunkte dafür ersichtlich sein müssen, welche Gestaltungsalternative die Parteien gewählt hätten, kann es hierauf konsequenterweise wegen der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens anhand einer objektiv-generalisierenden Betrachtung nicht ankommen. Eine andere Frage ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen mehrere Gestaltungsalternativen zur Auswahl stehen. Die ergänzende Vertragsauslegung hat sich daran zu orientieren, was die Parteien redlicherweise bei Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen vereinbart hätten. Es genügt daher nicht, dass mehrere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, sondern es muss unter Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile ermittelt werden, welche Variante den beiderseitigen Interessen am besten Rechnung trägt¹⁶⁵⁸. Ein Entscheidungskonflikt kann daher nur auftreten, wenn mehrere Gestaltungsmöglichkeiten in Frage kommen, die *gleichermaßen*

¹⁶⁵¹ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 5, Rn. 21.

¹⁶⁵² Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 82; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 21; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 38; *Seybold*, *VersR* 1989, S. 784 (788).

¹⁶⁵³ Vgl. *BGHZ* 62, 83 (90); 84, 109 (117); 107, 273 (276); *BGH NJW* 2006, 996 (999); *NJW-RR* 2004, 262 (264); *NJW* 1985, 3013 (3016).

¹⁶⁵⁴ Vgl. *OLG Saarbrücken VersR* 2001, 318 (319f).

¹⁶⁵⁵ Vgl. *Basedow*, in: *MK*, § 306, Rn. 28; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 306, anders aber Rn. 86; *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 162; *Römer*, *VersR* 1994, S. 125 (125f); *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 13; *Stoffels*, Rn. 620.

¹⁶⁵⁶ Vgl. *Stoffels*, Rn. 620.

¹⁶⁵⁷ Vgl. *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 13.

¹⁶⁵⁸ Vgl. *Bartmuß*, S. 116; *Stoffels*, Rn. 620.

den Interessen der Vertragsparteien gerecht werden¹⁶⁵⁹. Insoweit ist unter Abwägung der Vor- und Nachteile verschiedener Gestaltungsvarianten vorrangig zu prüfen, ob nicht eine Gestaltungsmöglichkeit der anderen vorgezogen werden kann.

Ist dies nicht der Fall, kann es nicht darauf ankommen, dass zumindest eine der in Frage kommenden Gestaltungsmöglichkeiten die streitige Rechtsfolge deckt, denn zu Recht wird die unterliegende Seite fragen, warum nicht eine andere Variante gewählt worden ist. Anders ist die Lage jedoch dann, wenn alle der in Frage kommenden Gestaltungsmöglichkeiten die streitige Rechtsfolge decken, so dass das Gericht die konkrete Ersatzregelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nicht bestimmen muss¹⁶⁶⁰.

Besteht diese Möglichkeit nicht, führt in diesem Zusammenhang auch nicht das Argument weiter, dass der hypothetische Parteiwille anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabs zu ermitteln ist und daher die Ergänzung des Vertrages auf einer höheren Abstraktionsebene erfolgen könne, denn auch auf einer höheren Abstraktionsebene bleibt der Entscheidungskonflikt, welche Gestaltungsmöglichkeit zu wählen ist, bestehen. Diesen Konflikt kann ein Gericht im Streitfall nicht lösen, denn wenn mehrere Gestaltungsmöglichkeiten gleichermaßen den Parteiinteressen Rechnung tragen, müsste letztlich das Los entscheiden, welche Variante gewählt wird¹⁶⁶¹. Mit einer rechtsstaatlichen Entscheidungsfindung hat dies nichts zu tun. Diese Frage der Vertragsgestaltung kann daher nur von den Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie beantwortet werden. Folglich kann es auch nicht darauf ankommen, dass einer ergänzenden Vertragsauslegung keine zu engen Grenzen gesetzt werden dürfen, um einer eventuellen Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 306 Abs. 3 BGB vorzubeugen, denn die vom Gericht abverlangte Entscheidung kann mit rechtsstaatlichen Mitteln nicht getroffen werden. Die Konsequenz, dass eventuell der Vertrag gemäß § 306 Abs. 3 BGB insgesamt unwirksam ist, ist daher als gesetzliche Lösung des Problems der Unwirksamkeit einer einzelnen AVB und einer fehlgeschlagenen ergänzenden Vertragsauslegung zu akzeptieren. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet daher aus, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in gleicher Weise den Interessen der Parteien Rechnung tragen.

Schließlich soll eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheiden, wenn eine Vielzahl einzelner Klauseln unwirksam ist und eine ergänzende Vertragsauslegung zu einer gänzlich neuen, Vertragsgestaltung führen würde, die nicht mehr von dem Willen der Parteien getragen wäre. Entsprechende Auslegungsgrundsätze hat die Rechtsprechung in nichtversicherungsrechtlichen Entscheidungen

¹⁶⁵⁹ Vgl. *Stoffels*, Rn. 620.

¹⁶⁶⁰ Vgl. *Stoffels*, Rn. 620.

¹⁶⁶¹ Vgl. *Stoffels*, Rn. 620.

aufgestellt¹⁶⁶² und auch in der Literatur wird diese Einschätzung geteilt¹⁶⁶³. Zweifelhafte ist jedoch, wann die Vertragsgestaltung nicht mehr vom Willen der Parteien getragen ist, denn der hypothetische Parteiwille wird anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabs ermittelt, weswegen es auf den Willen der konkret am Vertragsschluss beteiligten Parteien nur insoweit ankommt, als dass das Ergebnis der Vertragsergänzung nicht im Widerspruch zu einem festgestellten übereinstimmenden, tatsächlichen Parteiwillen stehen darf. Es kann dieser Ansicht daher nur mit der Maßgabe zugestimmt werden, dass eine Vertragsergänzung ausscheidet, wenn diese von einem objektivierten Parteiwillen nicht mehr gedeckt ist oder im Widerspruch zu einem übereinstimmenden, tatsächlichen Willen der Vertragsparteien steht.

(2.) Ergänzende Vertragsauslegung bei Nichteinbeziehung sämtlicher AVB

Werden *sämtliche* AVB nicht in den Versicherungsvertrag einbezogen, weist die Vereinbarung der Parteien, ebenso wie bei der Unwirksamkeit einzelner AVB, eine Lücke auf. Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist, dass diese Lücke ausfüllungsbedürftig ist, also die AVB nicht ersatzlos wegfallen können.

Einerseits könnte darauf abgestellt werden, dass eine Geltung der AVB nicht erforderlich ist, wenn die Parteien sich über die „essentialia negotii“ des Vertrages geeinigt haben, denn diese Vereinbarung muss für sich gesehen einen abwicklungsfähigen Vertrag hervorbringen. Andererseits ist zu sehen, dass der ohne AVB zustande gekommene im Unterschied zu dem ursprünglich beabsichtigten Vertrag regelmäßig keine Risikoausschlüsse und Obliegenheiten vorsieht. Für den Versicherer besteht daher das Problem, dass er mit dem Vertrag ein Risiko zu einer Prämie übernommen hat, deren Höher unter Berücksichtigung der in den AVB enthaltenen Risikoausschlüsse und Obliegenheiten kalkuliert worden ist. Redlicherweise kann auch der Versicherungsnehmer nicht erwarten, einen einschränkungslosen Versicherungsschutz wegen der Nichteinbeziehung der AVB zu erhalten. Ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien kann daher durch einen ersatzlosen Fortfall der AVB nicht erzielt werden, weswegen die entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist.

Problematisch ist, dass die Lücke im Vertragsgefüge durch die Nichteinbeziehung der AVB wesentlich größer ist als in den Fällen, in denen einzelne Klauseln unwirksam sind. Es wird daher bezweifelt, ob sich für eine ergänzende Vertragsauslegung hinreichende Anknüpfungspunkte finden lassen, um die Interes-

¹⁶⁶² Vgl. BGH NJW 1985, 53 (56); NJW 1983, 159 (162); NJW 1969, 230 (232).

¹⁶⁶³ Vgl. *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 28.

sen der Parteien zu ermitteln¹⁶⁶⁴. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass bei der ergänzenden Vertragsauslegung ein objektiv-generalisierender Maßstab zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens angelegt wird. Da eine Einigung über die „essentialia negotii“ von den Parteien erzielt worden sein muss, lässt sich der abgeschlossene Versicherungsvertrag zumindest einem bestimmten Versicherungstyp zuordnen. Folglich kann daran angeknüpft werden, was die Parteien vereinbart hätten, die den Verkehrskreisen angehören, in denen entsprechende Versicherungsverträge abgeschlossen werden, also welche Abrede mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für gewöhnlich getroffen worden wäre. Abgestellt werden kann insoweit auf diejenigen AVB, die üblicherweise derartigen Verträgen zugrunde gelegt werden, mithin die marktüblichen AVB¹⁶⁶⁵.

Problematisch ist jedoch zu bestimmen, welche AVB marktüblich sind. Anders als zu Zeiten der Bedingungsgenehmigung durch das BAV kann nicht gesagt werden, dass nur die genehmigten AVB dem Vertrag hätten zugrunde gelegt werden dürfen und diese daher üblich sind¹⁶⁶⁶. Auch ist es nicht ohne weiteres möglich, auf AVB-Empfehlungen zurückzugreifen, die von den Verbänden der Versicherungswirtschaft erarbeitet worden sind¹⁶⁶⁷, da diese nicht zwingend marktüblich sein müssen¹⁶⁶⁸. Ist dies jedoch der Fall, sind sie dem Vertrag zugrunde zu legen. Dementsprechend können sogar die nichteinbezogenen AVB des Versicherers im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Berücksichtigung finden, wenn sie denn marktüblich sind¹⁶⁶⁹.

Zu klären bleibt jedoch die vorrangige Frage, wie die Marktüblichkeit von AVB zu bestimmen ist. Insoweit könnten Zweifel bestehen, ob es überhaupt möglich ist, ein marktübliches Klauselwerk zu bestimmen. Schließlich können die Versicherer seit dem Wegfall der Genehmigungspflicht für AVB diese grundsätzlich frei gestalten und sie unter Beachtung des Transparenzgebots und der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle durch „Sonder- und Zusatzbedingungen“ modifizieren. Folglich sind verschiedene AVB für dieselben oder ähnliche Sachverhalte nicht nur theoretisch denkbar, sondern bei den meisten Versicherern auch Realität¹⁶⁷⁰. Dennoch bedeutet dies nicht, dass eine Bestimmung des Marktüblichen unmöglich ist. Es ist zu berücksichtigen, dass die Marktüblichkeit ein Bild dessen widerspiegelt, was innerhalb einer Versicherungssparte für gewöhnlich an Leistungen geboten wird. Dies kann durch einen Vergleich mehrerer, für sich

¹⁶⁶⁴ Vgl. OLG Oldenburg VersR 1996, 1400 (1401); *Bartmuß*, S. 219.

¹⁶⁶⁵ Vgl. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (155); *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 299; *ders.*, Rn. 293.

¹⁶⁶⁶ Vgl. im Ergebnis *Schlosser*, in: *Staudinger*, 12. Aufl. § 23 AGBG, Rn. 38; *Heinrichs*, in: *Palandt*, §§ 23, 24 Anm. 2 b, zitiert nach: *Schirmer*, ZVersWiss 1986, S. 509 (543), Fn. 144.

¹⁶⁶⁷ So wohl *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (155).

¹⁶⁶⁸ Weitergehend *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 84 und *Präve*, in: VersR-Hdb, § 10, Rn. 163, die grundsätzlich einen Rückgriff auf empfohlene Musterbedingungen ablehnen.

¹⁶⁶⁹ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 299.

¹⁶⁷⁰ Vgl. *Bartmuß*, S. 218.

gesehen unterschiedlicher Klauselwerke ermittelt werden, indem auf die Schnittmenge der Bestimmungen abgestellt wird, die sich mehrheitlich in den einzelnen Klauselwerken wieder finden. Unabhängig davon wird es häufig auch nicht darauf ankommen, ein gesamtes Klauselwerk zu ermitteln. Schließlich stellt sich die Frage einer ergänzenden Vertragsauslegung zumeist erst dann, wenn die Parteien in einem Prozess um die Leistungspflicht des Versicherers streiten. Bei der Lückenfüllung wird sich dann nur die Frage stellen, inwieweit einzelne, üblicherweise in AVB enthaltene Regelungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu berücksichtigen sind, die jeweils für sich auf ihre Marktüblichkeit hin überprüft werden können, ohne dass es auf das gesamte Klauselwerk ankäme.

Eine ergänzende Vertragsauslegung könnte daher allenfalls scheitern, wenn ein Versicherungsnehmer ohne Rücksicht auf einen konkreten Versicherungsfall wissen möchte, wie weit der von ihm erworbene Versicherungsschutz reicht. In diesem Falle bleibt die Schwierigkeit bestehen, marktübliche AVB zu ermitteln, die insgesamt zur Lückenschließung heranzuziehen sind. Durch einen Vergleich verschiedener am Markt verwendeter Klauselwerke ist dieses jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen. Problematisch ist vielmehr der damit verbundene Aufwand und, dass der Versicherungsnehmer nicht sicher sein kann, ob sein Auslegungsergebnis im Streitfall vom Gericht akzeptiert wird. Dies ist jedoch eine grundsätzliche Schwäche der ergänzenden Vertragsauslegung und zeigt daher deutlich, dass diese das Problem der Lückenfüllung nur in unbefriedigender Weise löst¹⁶⁷¹.

Grenzen für die Bestimmung des Marktüblichen ergeben sich jedoch dann, wenn ein Versicherungsprodukt völlig neu am Markt ist und daher kein Vergleich zur Ermittlung des Üblichen angestellt werden kann¹⁶⁷². Unter diesem Gesichtspunkt führt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht weiter.

Scheidet ein Rückgriff auf marktübliche AVB aus, ist konsequenterweise zu fragen, welche Regelung die Parteien auch ohne Rücksicht auf das Kriterium der Marktüblichkeit getroffen hätten, um die beiderseitigen Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Dabei gewinnt die Tatsache an Bedeutung, dass AVB-Klauselwerke frei gestaltet werden können und daher gerade auch bei einer abstrakten Betrachtungsweise regelmäßig mehrere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, die durch eine unterschiedliche Gewichtung einzelner Punkte diverse Vor- und Nachteile aufweisen können, die dazu führen, dass im Rahmen einer Abwägung nicht die eine der anderen Gestaltungsmöglichkeit eindeutig vorgezogen werden kann¹⁶⁷³. Hier ist die Grenze der ergänzenden Vertragsaus-

¹⁶⁷¹ Vgl. *Wandt*, Rn. 206.

¹⁶⁷² Vgl. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (155).

¹⁶⁷³ Vgl. *Bartmuß*, S. 220.

legung erreicht, die auch bei der Unwirksamkeit einzelner Klauseln besteht, nämlich eine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten zu treffen, die gleichermaßen den Interessen der Parteien Rechnung tragen.

Es ist daher davon auszugehen, dass eine ergänzende Vertragsauslegung zur Lückenschließung in erster Linie dann in Frage kommt, wenn marktübliche AVB ermittelt werden können, da mit Blick auf die Verkehrssitte davon auszugehen ist, dass die Parteien diese dem Versicherungsvertrag zugrunde gelegt hätten¹⁶⁷⁴. Ist eine Bestimmung des Marktüblichen demgegenüber nicht möglich, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung wegen der verschiedenen, den Interessen der Parteien gleichermaßen Rechnung tragenden Gestaltungsmöglichkeiten regelmäßig nicht in Frage¹⁶⁷⁵.

cc. Zwischenergebnis

Einigen sich Versicherungsnehmer und Versicherer trotz der Nichteinbeziehung der AVB über die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages, gilt § 306 Abs. 2 BGB. Bestehen gesetzliche Regelungen, um die entstandene Lücke zu schließen, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach diesen Bestimmungen. Fehlt einschlägiges dispositives Recht, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung regelmäßig nur in Frage, soweit marktübliche AVB zur Lückenfüllung herangezogen werden können.

c. Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 306 Abs. 3 BGB

§ 306 Abs. 3 BGB bestimmt, dass ein Vertrag unwirksam ist, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Abs. 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Fraglich ist, inwieweit diese Norm zur Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages führt, wenn die durch die Nichteinbeziehung der AVB entstandene Lücke durch dispositives Gesetzesrecht bzw. einen Rückgriff auf marktübliche AVB geschlossen werden kann oder aber eine Lückenschließung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausscheidet.

aa. Anwendung dispositiven Gesetzesrechts

Ob das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei ist, beurteilt sich nach einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles¹⁶⁷⁶. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür nicht der Ver-

¹⁶⁷⁴ Vgl. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (155); *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 299.

¹⁶⁷⁵ Vgl. im Ergebnis: OLG Oldenburg VersR 1996, 1400 (1401); *Bartmuß*, S. 220.

¹⁶⁷⁶ Vgl. *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 16; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 30; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 43; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 20.

tragsschluss, sondern derjenige der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Vertrag¹⁶⁷⁷.

Bei der Interessenabwägung kann auf Seiten des *Versicherers* nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, dass er den Vertrag lieber unter Geltung seiner AVB und nicht zu den Bedingungen des dispositiven Rechts hat abschließen wollen¹⁶⁷⁸, denn anderenfalls ginge das Risiko des Verwenders, für eine ordnungsgemäße Einbeziehung der AVB zu sorgen, allein zu Lasten des Versicherungsnehmers. Ebenso kann nicht von einer unzumutbaren Härte allein deswegen gesprochen werden, weil die Nichtgeltung der AVB zu wirtschaftlichen Nachteilen des Verwenders führt. Erforderlich ist vielmehr eine krasse Störung des Äquivalenzverhältnisses¹⁶⁷⁹. So hat die Rechtsprechung von einer Anwendung des § 306 Abs. 3 BGB trotz der Unwirksamkeit eines wichtigen Risikoausschlussgrundes Abstand genommen¹⁶⁸⁰. Ähnlich entschied der BGH in dem bereits erwähnten Fall der Nichteinbeziehung der „AVB Wassersportfahrzeuge 1976“, bei der das dispositive Recht im Hinblick auf einen Streit entscheidenden Risikoausschlussgrund hinter den AVB zurückblieb¹⁶⁸¹. Von einer einschneidenden Störung des Äquivalenzverhältnisses kann daher erst gesprochen werden, wenn das vom Versicherer übernommene Risiko und die vom Versicherungsnehmer geschuldete Prämienzahlung in keinem Verhältnis mehr zueinander stehen.

Fraglich ist jedoch, ob der Versicherer sich auf den Standpunkt stellen kann, dass die von ihm zu erbringende Leistung aufgrund eines Vertrages, in den die AVB nicht einbezogen worden sind, keine Versicherungsleistung mehr darstellt, da diese nicht auf der versicherungstechnischen Kalkulation beruht, die gerade in den AVB ihren Ausdruck gefunden hat. Demgegenüber ist jedoch zu sehen, dass ein Abweichen eines einzelnen Vertrages von der allgemeinen versicherungstechnischen Kalkulation des Versicherers nicht dazu führt, dass die versprochene Leistung keine Versicherungsleistung mehr ist und bereits daher ein Festhalten an dem abgeschlossenen Vertrag unzumutbar ist. Dass nämlich einzelne Verträge rechtlich gesehen als Versicherungsverträge auf der Grundlage von Bestimmungen abzuwickeln sind, die ihrerseits nicht für das tatsächlich übernommene Risiko vom Versicherer vorgesehen sind, zeigt § 5 VVG. Kommt

¹⁶⁷⁷ Vgl. BGHZ 130, 115 (133); 133, 25 (34); *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 30; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 86; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 64; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 47.

¹⁶⁷⁸ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 86; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 62; *Präve*, in: *VersR-Hdb*, § 10, Rn. 164; *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 16; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 33.

¹⁶⁷⁹ Vgl. BGH WM 2002, 2337 (2338); WM 1996, 2018 (2020); *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 31; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 86; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 11; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 62; *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 16; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 31; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 52; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 20; *Stoffels*, Rn. 634.

¹⁶⁸⁰ Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 823 (824).

¹⁶⁸¹ Vgl. BGH NJW 1982, 824 (825).

der Versicherer bei der Prüfung eines angetragenen Risikos zu dem Ergebnis, dass der Vertrag nur unter Einbeziehung bestimmter Risikoausschlussgründe rentabel ist und nimmt er daher den Antrag unter dementsprechenden Abweichungen an, ohne jedoch auf diese gemäß § 5 Abs. 2 VVG hinzuweisen, kommt der Vertrag auf der Grundlage des ursprünglichen Antrages zustande. Entsprechende Beeinträchtigungen seiner versicherungstechnischen Kalkulation hat der Versicherer auch hinzunehmen, wenn die von ihm beabsichtigten AVB nicht in den Vertrag einbezogen werden und infolge dessen dispositives Gesetzesrecht gilt. Ein Versicherer wird daher kaum mit Erfolg geltend machen können, dass das Festhalten an einem Vertrag ohne Einbeziehung der AVB unter der Geltung dispositiven Rechts eine unzumutbare Härte darstellt.

Demgegenüber könnte das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für den *Versicherungsnehmer* sein. Häufig findet sich in der Literatur der Hinweis, dass die Nichtgeltung der AGB für die Verwendergenseite von Vorteil sei, so dass in der Regel von keiner unzumutbaren Härte auszugehen sei¹⁶⁸². Mit Blick auf die Folgen der Nichteinbeziehung der AVB wie im Fall BGH NJW 1982, 824 scheint diese Aussage auf den ersten Blick ohne weiteres einzuleuchten, da hier ein nur in den AVB vorgesehener Risikoausschlussgrund zu Gunsten des Versicherungsnehmers nicht eingriff¹⁶⁸³. Unberücksichtigt bleibt insoweit aber die Situation des Versicherungsnehmers, wenn dieser nach einem (vermeintlichen) Versicherungsfall glaubt, einen Anspruch gegen den Versicherer zu haben, dieser aber die Regulierung ablehnt. Der Versicherungsnehmer kann in dieser Situation nicht auf die AVB zurückgreifen, um zu ermitteln, ob ein Versicherungsfall eingetreten ist und welche Leistungen der Versicherer gegebenenfalls zu erbringen hat. Vielmehr muss er prüfen, ob die auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen auch ohne Rücksicht auf die Geltung der AVB zu einer Einigung über die „essentialia negotii“ führen, damit überhaupt ein wirksamer Versicherungsvertrag geschlossen worden ist, und inwieweit dieser Vertrag durch dispositives Gesetzesrecht zu ergänzen ist. Er müsste also zunächst umfassende rechtliche Recherchen betreiben, um zu ergründen, ob ihm aus dem Versicherungsvertrag ein Anspruch gegen den Versicherer zusteht. An einer Beratung durch einen Rechtsanwalt wird er noch weniger vorbeikommen, als wenn die AVB Vertragsbestandteil geworden wären.

Allerdings könnte argumentiert werden, dass die Anwendung dispositiven Rechts vom Gesetzgeber als Regelfall der Lückenfüllung gemäß § 306 Abs. 2 BGB vorgesehen ist und daher entsprechende Anstrengungen von der Verwendergenseite erwartet werden können. Der Einwand der Unzumutbarkeit gemäß

¹⁶⁸² Vgl. *Basedow*, in: MK, § 306, Rn. 32; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 12; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 18; *Stoffels*, Rn. 632.

¹⁶⁸³ Vgl. BGH NJW 1982, 824 (825).

§ 306 Abs. 3 BGB kann jedoch trotz der in Abs. 2 vorgesehenen Möglichkeit der Lückenfüllung erhoben werden, weswegen die hiermit verbundenen Mühen nicht von vornherein bei der Annahme einer unzumutbaren Härte unberücksichtigt bleiben müssen. Zudem ist zu bedenken, dass der Versicherungsnehmer durch den Abschluss des Versicherungsvertrages eine Absicherung gegen Risiken erstrebt und er damit gerade für den Eintritt eines Versicherungsfalles die Sicherheit erlangen möchte, die versprochene Leistung des Versicherers zu erhalten. Liegen dem Vertrag die AVB nicht zugrunde, wird dieser Vertragszweck in Frage gestellt.

Dies gilt umso mehr, wenn man die Konsequenzen berücksichtigt, die eine Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge hätte. Für diesen Fall wird überwiegend ein Schadensersatzanspruch der Verwendergegenseite gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB befürwortet¹⁶⁸⁴. Die Rechtslage wäre also die Gleiche wie bei der Unwirksamkeit des Vertrages wegen einer fehlenden Einigung über die „essentialia negotii“¹⁶⁸⁵. Nach Eintritt des Versicherungsfalles könnte daher der Versicherungsnehmer geltend machen, den Vertrag auch unter Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB geschlossen zu haben und somit im Wege des Schadensersatzes die Leistungen zu beanspruchen, die ihm auf der Grundlage eines wirksamen Vertragsschlusses zustünden. Diese Lösung ist daher für den Versicherungsnehmer mit Blick auf die Abwicklung eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles bedeutend angenehmer als die Ermittlung des Ob eines Vertragsschlusses und der Bestimmung der ergänzend eingreifenden dispositiven Regelungen.

Die Interessengerechtigkeit der Annahme einer unzumutbaren Härte liegt umso mehr auf der Hand, als dass die Rechtsfolge des § 306 Abs. 3 BGB erst eintritt, wenn der Versicherungsnehmer die Unzumutbarkeit geltend macht¹⁶⁸⁶. Meint er seine Rechte auch auf der Grundlage des ergänzend heranzuziehenden dispositiven Rechts geltend machen zu können, bleibt ihm diese Möglichkeit unbenommen.

Gegen die Annahme einer unzumutbaren Härte spricht auch nicht, dass der Versicherer wegen der Unwirksamkeit des Vertrages seinen Anspruch auf die Versicherungsprämie verliert. Kommt es zu einem Versicherungsfall und verlangt der Versicherungsnehmer Schadensersatz, da er den Vertrag auch unter Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB geschlossen hätte, kann der Versicherer bereits erhaltene Prämienzahlungen behalten, da diese zu keinem

¹⁶⁸⁴ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 306, Rn. 13; *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 19; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 49; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 22; *Stoffels*, Rn. 633; einschränkend: *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 65, der § 6 Abs. 3 AGBG bzw. § 306 Abs. 3 BGB trotz des eindeutigen Wortlauts nur auf den Verwender von AGB anwenden möchte.

¹⁶⁸⁵ Vgl. oben unter E. I. 1. a. bb. (2.).

¹⁶⁸⁶ BGHZ 130, 150 (157); *Roloff*, in: *Erman*, § 306, Rn. 19; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 32; *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 48; *Hubert Schmidt*, in: *Ba/Ro*, § 306, Rn. 22.

Schaden beim Versicherungsnehmer geführt haben bzw. dieser sich ersparte Prämienzahlungen im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen muss.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass es eine unzumutbare Härte für den Versicherungsnehmer bedeutet, wenn die AVB nicht in den Versicherungsvertrag einbezogen werden und er daher ermitteln muss, ob dieser überhaupt zustande gekommen ist und inwieweit dispositives Recht zur Lückenfüllung herangezogen werden kann.

bb. Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung

Kann die durch die Nichteinbeziehung der AVB entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden, ist das Festhalten am Vertrag für den *Versicherer* aus den gleichen Gründen wie bei der Lückenfüllung durch dispositives Recht nicht unzumutbar.

Auch für den *Versicherungsnehmer* stellt sich die Situation nicht anders dar. Fehlt es an einschlägigem Gesetzesrecht, muss er nicht nur prüfen, ob ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde und dispositives Recht Anwendung findet. Vielmehr muss er durch einen Vergleich verschiedener am Markt vorhandener Klauselwerke auch herausfinden, inwieweit marktübliche AVB existieren, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dem Vertrag zugrunde gelegt werden können. Ferner besteht die Ungewissheit, ob bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung das Gericht den Vertrag in gleicher Weise ergänzend auslegen wird. In der Rechtsprechung und Literatur wird es daher als unzumutbare Härte angesehen, wenn infolge des Wegfalls aller oder einer Vielzahl von AGB-Klauseln bei einem nicht gesetzlich geregelten Vertragstyp Ungewissheit oder Streit über die beiderseitigen Rechte und Pflichten droht¹⁶⁸⁷. Dementsprechend ist von einer unzumutbaren Härte für den Versicherungsnehmer auszugehen, wenn der Inhalt des Vertrages im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmen ist.

cc. Keine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung

Fraglich ist, ob es für den Versicherer oder den Versicherungsnehmer eine unzumutbare Härte darstellt, wenn weder dispositives Gesetzesrecht noch eine ergänzende Vertragsauslegung in Frage kommt.

Von einigen Stimmen in der Literatur darauf abgestellt, dass in diesen Fällen der Vertrag insgesamt unwirksam sei, ohne dass es auf das Zumutbarkeitskriterium des § 306 Abs. 3 BGB ankomme¹⁶⁸⁸. Dem wäre jedoch nur zu folgen, wenn die

¹⁶⁸⁷ Vgl. BGH NJW-RR 2003, 1056 (1060); KG MDR 1998, 760 (761); Basedow, in: MK, § 306, Rn. 32; Grüneberg, in: Palandt, § 306, Rn. 12; Roloff, in: Erman, § 306, Rn. 16; H. Schmidt, in: U/B/H, § 306, Rn. 54.

¹⁶⁸⁸ Vgl. Lindacher, in: W/H/L, § 6, Rn. 53f; Roloff, in: Erman, § 306, Rn. 16; Hubert Schmidt, in: Ba/Ro § 306, Rn. 21; Stoffels, Rn. 587.

nichtergänzungsfähige Abrede keine Einigung über die „essentialia negotii“ enthält, da es nur unter diesen Voraussetzungen an einem wirksamen Vertragsschluss fehlt.

Nach einer in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur vertretenen Ansicht soll das Vorliegen eines nichtergänzungsfähigen „Rumpf-“¹⁶⁸⁹ oder „Torsovertrages“¹⁶⁹⁰ zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, wenn dieser keine hinreichende Grundlage für einen Interessenausgleich bietet und damit eine unzumutbare Härte vorliegt¹⁶⁹¹. Mit Rücksicht auf die Tatsachen, dass einerseits kein Interessenausgleich gewährleistet sein muss, damit eine ergänzende Vertragsauslegung überhaupt zum Zuge kommt und andererseits § 306 Abs. 3 BGB das Kriterium einer unzumutbaren Härte aufstellt, die im Wege einer allgemeinen Interessenabwägung zu ermitteln ist, orientiert sich diese Ansicht nicht nahe genug an den gesetzlichen Vorgaben des § 306 Abs. 3 BGB. Vorzugswürdig ist es daher, auch in diesen Fällen eine allgemeine Interessenabwägung durchzuführen, um über das Vorliegen einer unangemessenen Härte zu entscheiden.

Orientiert daran ist eine unzumutbare Härte für den *Versicherer* anzunehmen, wenn infolge der Nichtergänzbarkeit des Vertrages ein gravierendes Missverhältnis zwischen übernommenem Risiko und der zu zahlenden Prämie besteht. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, jedoch ist die Wahrscheinlichkeit hierfür bedeutend größer als in den Fällen, in denen Lücken im Vertrag durch Anwendung dispositiven Gesetzesrechts oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden können. Kann der Versicherer eine unzumutbare Härte für sich reklamieren, führt dies zur Unwirksamkeit des Vertrages, weswegen sich die Rechtslage so gestaltet, als sei von vornherein keine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte erzielt worden.

Im Falle der Nichtergänzbarkeit des Vertrages ist aus den gleichen Gründen, wie in den vorgenannten Fällen auch, eine unzumutbare Härte für den *Versicherungsnehmer* anzunehmen.

dd. Zwischenergebnis

Regelmäßig bedeutet es für den Versicherer trotz Nichteinbeziehung der AVB keine unzumutbare Härte, am Vertrag festgehalten zu werden, da von einer hierfür erforderlichen krassen Störung des Äquivalenzverhältnisses keine Rede sein kann. Demgegenüber bedeuten für den Versicherungsnehmer die Mühen, zu ermitteln, ob ein Versicherungsvertrag geschlossen worden ist und wie etwaige Lücken geschlossen werden können sowie die damit verbundenen Unsicherhei-

¹⁶⁸⁹ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 6, Rn. 53.

¹⁶⁹⁰ Vgl. *Stoffels*, Rn. 587.

¹⁶⁹¹ Vgl. OLG München BB 2002, 2521 (2523); *H. Schmidt*, in: *U/B/H*, § 306, Rn. 53.

ten über die vertraglichen Rechte eine unzumutbare Härte, so dass er nicht am Vertrag festgehalten werden kann.

2. Möglichkeiten der Heilung

Werden die AVB nicht Bestandteil des Versicherungsvertrages, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten der Heilung, also der nachträglichen Einbeziehung der AVB bestehen. Von einer nachträglichen Einbeziehung kann jedoch nur die Rede sein, wenn die Parteien auch ohne Rücksicht auf die AVB überhaupt einen Vertrag geschlossen haben. Im Folgenden ist daher zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen ein Versicherungsvertrag mangels einer Einigung über die vertragswesentlichen Punkte nicht zustande gekommen und den Fällen, in denen ein Vertrag wirksam abgeschlossen worden ist.

a. Kein wirksamer Vertragsschluss

Ist kein Versicherungsvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen, können diese gemäß §§ 145 ff BGB unter Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB einen neuen Versicherungsvertrag schließen. Nahe liegend ist es daher, zu verlangen, dass der Versicherungsnehmer beim „Antragsmodell“ erneut einen Antrag stellt bzw. beim „Invitativmodell“ der Versicherer ein neues Angebot unterbreitet und somit das gesamte zum Vertragsschluss führende Verfahren wiederholt wird. Problematisch ist, dass es den Parteien regelmäßig gar nicht bewusst ist, dass die AVB nicht in den Vertrag einbezogen worden sind. Folglich besteht für sie kein Anlass, das Vertragsschlussverfahren erneut zu durchlaufen. Es stellt sich daher die Frage, wie im Rahmen des „Antragsmodells“ oder des „Invitativmodells“ Vorsorge dafür getroffen werden kann, dass trotz eines Verstoßes gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen gleichsam nachträglich die Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss unter Einbeziehung der AVB geschaffen werden können.

aa. Heilungsmöglichkeiten beim „Antragsmodell“

(1.) Vertragsschluss nach Übersendung des Versicherungsscheins

Wird der Versicherungsnehmer nicht vor Abgabe seiner Willenserklärung auf die AVB hingewiesen oder werden ihm diese nicht überlassen, führt nach allgemeinen AGB-rechtlichen Grundsätzen ein Nachholen der Einbeziehungsvoraussetzungen nicht dazu, dass die AVB Vertragsbestandteil werden¹⁶⁹². Etwas anderes kommt dann in Frage, wenn mit der Annahmeerklärung des Versicherers zugleich die Voraussetzungen für eine Einbeziehung der AVB geschaffen werden und diese Erklärung somit für den Fall der Nichteinbeziehung der AVB als neuer Antrag des Versicherers zu verstehen ist, der dann gesondert vom Versi-

¹⁶⁹² Vgl. *Stoffels*, Rn. Rn. 286; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 155; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 36.

cherungsnehmer angenommen werden kann. Um einen Fall einer abweichenden Annahmeerklärung im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB handelt es sich in dieser Konstellation bei genauer Betrachtung nicht, denn bei einem unter Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB werden die §§ 145 ff BGB in der Weise modifiziert, dass die Erklärung des Versicherungsnehmers nicht auf die Einbeziehung der AVB gerichtet ist¹⁶⁹³. Fehlen ohne Berücksichtigung der AVB der Antragserklärung jedoch die „essentialia negotii“, liegt mangels inhaltlicher Bestimmtheit in dieser kein Antrag im technischen Sinne, von dem die Annahmeerklärung des Versicherers abweichen könnte.

(a.) Neues Angebot des Versicherers

Wegen der Modifikation der §§ 145 ff BGB durch § 305 Abs. 2 BGB muss die eigentliche Annahmeerklärung des Versicherers ihrerseits die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB beachten, damit ihr die Bedeutung zukommt, dass er den Vertrag unter Geltung seiner AVB abschließen möchte. Es ist somit erforderlich, dass der Versicherer, der mit der Übersendung des Versicherungsscheins an sich den Antrag des Versicherungsnehmers annehmen will, in einem Begleitschreiben deutlich und unübersehbar darauf hinweist, dass der Versicherungsvertrag auf der Grundlage seiner im Einzelnen zu bezeichnenden AVB abgeschlossen werden soll. Hierin liegt der gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderliche Hinweis. Darüber hinaus muss der Versicherer nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB dem Versicherungsnehmer auch die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von den Versicherungsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Zu diesem Zwecke sind sie als Anlage dem Begleitschreiben beizufügen, worauf ebenfalls hinzuweisen ist.

Sind die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB vor der Antragsstellung des Versicherungsnehmers nicht eingehalten worden und ist daher in dessen Erklärung kein Antrag im technischen Sinne zu sehen, unterbreitet der Versicherer seinerseits ein Angebot auf Abschluss des Versicherungsvertrages. Sind demgegenüber die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB vor der Antragsstellung des Versicherungsnehmers eingehalten worden, korrespondieren Antrag und Annahmeerklärung, womit der Versicherungsvertrag wirksam zustande kommt. Folglich könnte es sich für einen Versicherer empfehlen, bei der Übersendung des Versicherungsscheins stets auf die Geltung seiner AVB hinzuweisen und diese dem Versicherungsnehmer (ggf. erneut) zur Verfügung zu stellen. Fraglich ist, wie dieser die Annahme erklären kann.

(b.) Ausdrückliche Annahme

Unproblematisch möglich ist es, dass sich der Versicherungsnehmer aufgrund

¹⁶⁹³ Vgl. oben unter E. I. 1. a. aa.

des Begleitschreibens an den Versicherer oder dessen Vertreter wendet und ausdrücklich die Annahme erklärt. Praktisch relevant dürfte dieser Fall indes nicht sein.

(c.) Konkludente Annahme

Eher als eine ausdrückliche Annahmeerklärung kommt eine konkludente Annahme des Versicherungsnehmers in Frage. Problematisch ist jedoch, ob diese den Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung der AVB genügt.

(aa.) Ausschluss konkludenter Erklärungen

Es besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass bei einem Vertragsschluss unter Verwendung von AGB die Verwendergegenseite ihr Einverständnis auch konkludent erklären kann¹⁶⁹⁴. Für die Fälle einer Änderungsvereinbarung, mit der nachträglich AGB in einen Vertrag einbezogen werden sollen, wird demgegenüber gefordert, dass diese Vereinbarung den Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB genügt und die Verwendergegenseite eindeutig bzw. ausdrücklich ihr Einverständnis mit den AGB erklärt¹⁶⁹⁵. Zwar könnte darauf abgestellt werden, dass es in den Fällen eines neuen Angebots des Versicherers nicht um eine nachträgliche Änderung eines bereits geschlossenen Vertrages geht, sondern darum, überhaupt einen Vertrag unter Einbeziehung der AVB zustande zu bringen, so dass eine konkludente Einverständniserklärung genügt¹⁶⁹⁶. In der Literatur wird vereinzelt jedoch auch für diesen Fall verlangt, dass der Kunde sein Einverständnis zum Ausdruck bringt¹⁶⁹⁷.

Zumindest für das Versicherungsrecht überzeugt das Erfordernis einer ausdrücklichen Einverständniserklärung sowohl im Falle einer Änderungsvereinbarung als auch im Falle eines neuen Angebots des Versicherers nicht¹⁶⁹⁸. Zunächst ist es widersprüchlich, für die erstmalige Einbeziehung von AGB konkludente Einverständniserklärungen ausreichen zu lassen, während bei einer nachträglichen Einbeziehung, die ebenfalls den Regeln des § 305 Abs. 2 BGB folgt¹⁶⁹⁹, nur eine ausdrückliche Erklärung genügen soll.

Soweit in der Literatur auf die Entscheidung BGH NJW 1984, 1112 verwiesen

¹⁶⁹⁴ Vgl. BGH BB 1983, 15 (16); OLG Köln WM 1993, 369 (370); *Basedow*, in: MK, § 305, Rn. 83; *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 65; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 43; *Roloff*, in: *Erman*, § 305, Rn. 41; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305, Rn. 160; *Stoffels*, Rn. 291; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 161.

¹⁶⁹⁵ Vgl. *Basedow*, in: MK, § 305, Rn. 75; *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 65; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 47; *Roloff*, in: *Erman*, § 305, Rn. 42; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 157; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 37.

¹⁶⁹⁶ Vgl. *Basedow*, in: MK, § 305, Rn. 84.

¹⁶⁹⁷ Vgl. *Roloff*, in: *Erman*, § 305, Rn. 41.

¹⁶⁹⁸ A.A. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 32.

¹⁶⁹⁹ Vgl. BGHZ 86, 135 (137); BGH NJW 1984, 1112.

wird, um das Erfordernis einer ausdrücklichen Erklärung zu begründen¹⁷⁰⁰, geht dieser Verweis ins Leere. Der BGH führt lediglich aus, dass eine Änderungsvereinbarung *jedenfalls* dann zulässig ist, wenn sie unter den Voraussetzungen des § 2 AGBG zustande kommt und der Kunde sich mit der Vertragsänderung ausdrücklich einverstanden erklärt¹⁷⁰¹. Der Entscheidung ist also nicht zu entnehmen, dass eine Einverständniserklärung stets ausdrücklich erfolgen muss.

Basedow begründet die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Erklärung im Falle einer nachträglichen Einbeziehung damit, dass hierdurch regelmäßig die Rechtsstellung der Verwendergegenseite verschlechtert wird¹⁷⁰². Zwar nimmt der Versicherer für sich eine einseitige Gestaltungsmacht in Anspruch, wenn in den Vertrag seine AVB einbezieht. Dieser Umstand dient jedoch zugleich der versicherungstechnischen Notwendigkeit, Kollektive gleichartiger Risiken zu schaffen¹⁷⁰³, so dass bereits aus diesem Grunde auch der Versicherungsnehmer mittelbar ein Interesse an der Einbeziehung der AVB hat. Entscheidender ist jedoch, dass der Versicherungsnehmer ohne Geltung der AVB keine Gewissheit darüber hat, ob ein Versicherungsvertrag zustande gekommen ist und welche Rechte ihm aus diesem Vertrag zustehen. Dies ist gerade der Grund dafür, weswegen das Festhalten an einem Vertrag ohne AVB für den Versicherungsnehmer nach der hier vertretenen Ansicht eine unzumutbare Härte im Sinne des § 306 Abs. 3 BGB darstellt¹⁷⁰⁴.

Soweit im Übrigen in der Literatur darauf abgestellt wird, dass eine Einverständniserklärung im Falle einer nachträglichen Einbeziehung von AGB ausdrücklich erfolgen müsse, da in einem Schweigen auf einen entsprechenden Änderungsantrag kein Einverständnis gesehen werden könne¹⁷⁰⁵, folgt dieser Umstand aus allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre, wonach Schweigen grundsätzlich keinen Erklärungsgehalt hat¹⁷⁰⁶. Einen Ausschluss konkludenter Erklärungen rechtfertigt dies jedoch nicht. Es ist daher festzuhalten, dass das Einverständnis mit der Geltung der AVB konkludent erklärt werden kann.

(bb.) Konkludente Annahme durch Prämienzahlung

Der Versicherungsnehmer kann die Annahme konkludent dadurch erklären, dass er die geschuldete Erstprämie an den Versicherer überweist¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁰ Vgl. *Basedow*, in: MK, § 305, Rn. 75, *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 65; *Roloff*, in: *Erman*, § 305, Rn. 42; *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 32.

¹⁷⁰¹ Vgl. BGH NJW 1984, S. 1112.

¹⁷⁰² Vgl. *Basedow*, in: MK, 305, Rn. 75.

¹⁷⁰³ Vgl. oben unter C. II. 1.

¹⁷⁰⁴ Vgl. oben unter E. I. 1. c. dd.

¹⁷⁰⁵ Vgl. *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 65; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 37.

¹⁷⁰⁶ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.).

¹⁷⁰⁷ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 30.

(cc.) Widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift

Häufig ist eine Überweisung der Versicherungsprämie nicht beabsichtigt, sondern der Versicherungsnehmer erteilt eine Einzugsermächtigung, damit der Versicherer die fällige Prämie im Lastschriftverfahren einziehen kann. Fraglich ist, ob auch das widerspruchslose Dulden einer Lastschrift als konkludente Annahmeerklärung gewertet werden kann.

Nach der hier vertretenen Ansicht kommt dem widerspruchlosen Dulden einer Lastschrift die Bedeutung einer Annahmeerklärung zu, wenn der Versicherer durch Übersenden des Versicherungsscheines verspätet die Annahme erklärt. In diesem Falle muss der Versicherungsnehmer damit rechnen, dass der Versicherer von einem wirksamen Vertragsschluss ausgeht und daher im Wege der Lastschrift die vermeintlich geschuldete Prämie einziehen wird. Widerspricht der Versicherungsnehmer einer solchen Lastschrift nicht innerhalb eines Zeitraumes, in dem mit einem Widerspruch gerechnet werden kann, so ist hierin eine konkludente Annahmeerklärung zu sehen¹⁷⁰⁸.

Demgegenüber ist in dem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift nach einer „*invitatio ad offerendum*“ des Versicherungsnehmers nicht die Bedeutung beizumessen, dass dieser mit dem Abschluss eines Vertrages einverstanden ist¹⁷⁰⁹. Der wesentliche Unterschied zu den Fällen einer verspäteten Annahmeerklärung liegt darin, dass der Versicherungsnehmer noch keine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben und somit noch keinen eindeutigen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck gebracht hat. Daher kann seinem Schweigen nicht der Erklärungsgehalt zukommen, den lediglich angefragten Vertrag wirksam zustande bringen zu wollen¹⁷¹⁰.

Die hier vorliegende Konstellation ist eher mit dem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift nach einer verspäteten Annahmeerklärung zu vergleichen als mit dem Dulden einer Lastschrift nach der Abgabe einer „*invitatio ad offerendum*“. Stellt der Versicherungsnehmer den Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages, bringt er hiermit zum Ausdruck, einen bestimmten Vertrag abzuschließen zu wollen. Zwar handelt es sich bei seiner Erklärung in den hier behandelten Fällen der Nichteinbeziehung der AVB mangels inhaltlicher Bestimmtheit um keinen Antrag im technischen Sinne, so dass argumentiert werden könnte, der Versicherungsnehmer bewege sich ebenso im rechtlich unverbindlichen Bereich wie bei der Erklärung einer „*invitatio ad offerendum*“. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Betrachtungsweise der rein tatsächliche Wille und das Interesse des Versicherungsnehmers, einen Versicherungsvertrag durch die Abgabe seiner Erklärung schließen zu wollen, um Versicherungsschutz zu erlangen.

¹⁷⁰⁸ Vgl. oben unter C. I. 2. b. cc. (1.) (c.).

¹⁷⁰⁹ Vgl. oben unter D. III. 3. b. bb.

¹⁷¹⁰ Vgl. oben unter D. III. 3. b. bb.

Bei näherer Betrachtung könnte allerdings eingewendet werden, zu welchen AVB der Versicherungsnehmer den Versicherungsvertrag abschließen möchte, denn zumindest in den Fällen, in denen gegen § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstoßen worden ist, hat dieser die AVB des Versicherers nicht zur Kenntnis nehmen können. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Versicherungsnehmer auch als Laie eine ungefähre Vorstellung davon hat, dass der Versicherungsvertrag zu den Konditionen abgeschlossen werden soll, die der Versicherer dem beantragten Versicherungsschutz zugrunde zu legen pflegt, ohne dass er wissen muss, dass es sich insoweit um AVB handelt und welchen Inhalt diese Bedingungen im Einzelnen haben.

Zweifelhaft ist jedoch, ob mit der Wertung, in dem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift eine konkludente Annahmeerklärung zu sehen, die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB umgangen werden, denn immerhin wird dem Versicherungsnehmer trotz eines ursprünglichen Verstoßes des Versicherer gegen § 305 Abs. 2 BGB eine Erklärungslast auferlegt und er wird somit unter Zugzwang gesetzt, wenn er die AVB nicht gelten lassen möchte.

Von einem Aushebeln des § 305 Abs. 2 BGB kann keine Rede sein, denn dessen Voraussetzungen müssen bei der Übersendung des Versicherungsscheines erfüllt werden, weswegen der Versicherungsnehmer die AVB nun zur Kenntnis nehmen kann. Modifiziert werden allein die Anforderungen an die Einverständniserklärung, indem dem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift aufgrund einer aus Treu und Glauben folgenden Erklärungspflicht ein schlüssiger Erklärungsgehalt beigemessen wird. Die Annahme einer solchen Erklärungspflicht ist jedoch mit Blick auf die Interessenlage des Versicherungsnehmers gerechtfertigt. Es liegt in seinem Interesse, Versicherungsschutz auf der Grundlage der AVB zu erlangen, damit er Gewissheit darüber gewinnt, welche Rechte und Pflichten für ihn aus dem Versicherungsvertrag folgen und er somit bei Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles prüfen kann, ob und inwieweit ihm Ansprüche zustehen. Möchte er die AVB nicht gelten lassen, kann von ihm redlicherweise erwartet werden, dass er ihrer Geltung widerspricht und sich somit bewusst gegen den Vertragsschluss und den damit verbundenen Versicherungsschutz wendet.

Kommt somit prinzipiell dem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift der Erklärungsgehalt zu, den Antrag des Versicherers annehmen zu wollen, ist fraglich, ob nicht aufsichtsrechtliche Bedenken bestehen, die es dem Versicherer versagen, zusammen mit der Übersendung des Versicherungsscheins die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB zu schaffen, um so den Weg für einen Vertragsschluss unter Einbeziehung der AVB frei zu machen.

Problematisch ist insoweit, dass der Versicherer ohne fälligen Anspruch keine Lastschrift veranlassen darf. Bereits im Zusammenhang mit der Diskussion über

die Möglichkeit einer konkludenten Annahme durch das widerspruchslose Dulden einer Lastschrift beim „Invitativmodell“ ist darauf hingewiesen worden, dass ein aufsichtsrechtlicher Missstand im Sinne des § 81 Abs. 2 S. 2 VAG anzunehmen ist, wenn ein Versicherer systematisch in rechtswidriger Weise vom Lastschriftverfahren Gebrauch macht, um zu einem Vertragsschluss zu gelangen¹⁷¹¹. Fraglich ist daher, ob nicht Entsprechendes gilt, wenn der Versicherer die AVB zusammen mit dem Versicherungsschein übersendet und darauf setzt, dass in dem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift eine konkludente Annahmeerklärung gesehen wird.

Dabei ist jedoch zu bedenken, dass es anders als bei der im Rahmen des „Invitativmodells“ erörterten Vorgehensweise nicht darum geht, regelmäßig auf diesem Wege Versicherungsverträge zu schließen, sondern nur eine Möglichkeit geschaffen werden soll, in Ausnahmefällen zu einem wirksamen Vertragsschluss zu gelangen. Insoweit zielt die hier vorgeschlagene Verfahrensweise allein darauf ab, eine Heilungsmöglichkeit für den Fall zu eröffnen, dass den Parteien die Nichteinbeziehung der AVB nicht bewusst ist und diese daher keinen Anlass haben, sich ausdrücklich erneut über einen Vertragsschluss unter Einbeziehung der AVB zu verständigen. Aufsichtsrechtliche Bedenken sind daher unbegründet.

(dd.) Nichtausüben des Widerrufsrechts

Schließlich ist zu überlegen, ob eine konkludente Annahmeerklärung nicht darin gesehen werden kann, dass der Versicherungsnehmer nach Erhalt der AVB zusammen mit dem Versicherungsschein von seinem Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 VVG innerhalb der Widerrufsfrist keinen Gebrauch macht. Zwar sind sowohl der Erhalt des Versicherungsscheines als auch der AVB gemäß § 8 Abs. 2 VVG Voraussetzungen für den Beginn der Widerrufsfrist, jedoch setzt dieser auch voraus, dass bereits ein Vertrag zustande gekommen ist¹⁷¹². Folglich kann in einem Verstreichenlassen der Widerrufsfrist keine konkludente Annahmeerklärung gesehen werden, die ihrerseits zum Vertragsschluss führt.

(2.) Nachträgliche Einbeziehung über § 5 VVG

Als weitere Heilungsmöglichkeit, um die AVB beim Abschluss des Versicherungsvertrages nach dem „Antragsmodell“ einzubeziehen, könnte ein Vorgehen des Versicherers nach § 5 VVG in Frage kommen¹⁷¹³. Hierzu müsste er einen Versicherungsschein übersenden, in dem er abweichend vom Antrag des Versicherungsnehmers seiner Annahmeerklärung die AVB zugrunde legt. Über diese

¹⁷¹¹ Vgl. oben unter D. III. 3. b. bb.

¹⁷¹² Vgl. oben unter D. III. 8.

¹⁷¹³ Vgl. *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 5, Rn. 11; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 46; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 26; *ders.*, RuS 2007, S. 309 (311).

Abweichung müsste er gemäß § 5 Abs. 2 VVG belehren, so dass möglicherweise nach Ablauf der Widerspruchsfrist der Vertrag unter Einbeziehung der AVB zustande kommt.

Als Befürworter dieser Lösung weist *Schimikowski* darauf hin, dass dieses Verfahren nicht als Regelfall praktiziert werden dürfe, um das „Policenmodell“ aufrecht zu erhalten. Er hält daher ein Vorgehen über § 5 VVG nur im Ausnahmefall für einen gangbaren Weg¹⁷¹⁴.

In der Literatur stößt eine Einbeziehung der AVB über § 5 VVG auch auf Ablehnung. *Knops* meint, dass eine Einbeziehung der AVB über § 5 VVG faktisch dieselbe Wirkung habe, als sei das „Policenmodell“ nicht abgeschafft worden. Dies widerspreche jedoch dem Willen des Gesetzgebers, der sich bewusst gegen das „Policenmodell“ entschieden habe¹⁷¹⁵. *Ebers* lehnt eine Anwendung von § 5 VVG zur Einbeziehung der AVB ab, da §§ 7 VVG und 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine Sperrwirkung entfalten¹⁷¹⁶. Demgegenüber meint *Wandt*, dass keine Abweichung vom Antrag des Versicherungsnehmers vorliege, da bereits die Vertragserklärung des Versicherungsnehmers die AVB bezeichne¹⁷¹⁷. *Beckmann* stellt darauf ab, dass § 5 VVG den Inhalt des Versicherungsscheines betreffe, die AVB jedoch grundsätzlich nicht Inhalt desselben seien¹⁷¹⁸.

Zweifelhaft ist bereits, ob die Voraussetzungen von § 5 VVG erfüllt sind, wonach der Versicherungsnehmer einen Antrag stellen muss. Sieht die Antragserklärung infolge des Verstoßes gegen die die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB deren Geltung nicht vor, obwohl diese die „essentialia negotii“ bestimmen, liegt mangels inhaltlicher Bestimmtheit kein Antrag im technischen Sinne vor¹⁷¹⁹. Denkbar wäre es daher allein, auf den Rechtsgedanken des § 5 VVG abzustellen, wenn im Übrigen dessen Voraussetzungen erfüllt sind und die §§ 7 VVG und 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB keine Sperrwirkung entfalten.

Soweit *Wandt* darauf abstellt, dass keine Abweichung im Sinne des § 5 Abs. 1 VVG vorliege, da der Antrag des Versicherungsnehmers die AVB bezeichne, kann dem nicht gefolgt werden. Werden die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB nicht beachtet, kommt der Willenserklärung des Versicherungsnehmers gerade nicht die Bedeutung zu, dass dieser mit der Einbeziehung der AVB einverstanden ist¹⁷²⁰. Der Antrag bezeichnet somit erst gar nicht die AVB. Gleichwohl liegen die Voraussetzungen einer Abweichung nicht vor. Diese ist nur

¹⁷¹⁴ Vgl. *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 26; *ders.*, RuS 2007, S. 309 (311). Ähnlich *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 5, Rn. 11.

¹⁷¹⁵ Vgl. *Knops*, in: *B/M*, § 5, Rn. 17.

¹⁷¹⁶ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 8.

¹⁷¹⁷ Vgl. *Wandt*, Verbraucherinformation, S. 13; *ders.*, in: Hdb. FA VersR, 1. Kap. Rn. 298; *ders.*, Rn. 292.

¹⁷¹⁸ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 94.

¹⁷¹⁹ Vgl. oben unter C. I. 2. a. aa.

¹⁷²⁰ Vgl. oben unter E. I. 1. a. aa.

dann gegeben, wenn der Versicherungsschein eine Regelung zu einem Punkt trifft, zu dem bereits der Antrag einen Regelungsvorschlag enthalten hat¹⁷²¹. Sieht der Antrag infolge des Verstoßes gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen keine Regelung über die Einbeziehung von AVB vor, kann in einer Bezugnahme auf die AVB im Versicherungsschein kein Abweichen vom Antrag gesehen werden. Eine Einbeziehung der AVB über § 5 VVG kommt somit nicht in Frage.

bb. Heilungsmöglichkeiten beim „Invitativmodell“

Fraglich ist, welche Vorkehrungen der Versicherer treffen kann, damit bei einer Vertragsanbahnung nach dem „Invitativmodell“ die Voraussetzungen für einen Vertragsschluss geschaffen werden können, wenn die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB vor der Abgabe der Annahmeerklärung nicht beachtet wurden.

(1.) Vertragsschluss nach Übersendung des Versicherungsscheins

Missachtet der Versicherer die Vorgaben des § 305 Abs. 2 BGB, kommt seinem Angebot nicht die Bedeutung zu, dass er den Vertrag unter Einbeziehung der AVB schließen möchte. Folglich fehlt es in diesem Fall, wenn ohne Rücksicht auf die AVB der Erklärung des Versicherers die „essentialia negotii“ nicht entnommen werden können, genau genommen bereits an einem Antrag des Versicherers im technischen Sinne. Aber auch der Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers lassen sich in dieser Konsequenz die vertragswesentlichen Punkte nicht entnehmen.

Ein Antrag des Versicherers könnte jedoch darin zu sehen sein, dass er dem Versicherungsnehmer zusammen mit dem Versicherungsschein die AVB übersendet und in einem Begleitschreiben auf ihre Geltung hinweist. Fraglich ist jedoch, wie dieser Hinweis zu gestalten ist, damit dem Verhalten insgesamt die Bedeutung einer Antragserklärung zukommt.

Es ist zu bedenken, dass die Formulierung in dem Begleitschreiben so zu wählen ist, dass sie auch in den Fällen verwendet werden kann, in denen die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB beachtet worden sind. Der Versicherer kann daher nicht schreiben, dass der Versicherungsvertrag unter Geltung seiner AVB zustande kommen soll, denn beim Vertragsschluss nach dem „Invitativmodell“ muss der Vertrag nach der hier vertretenen Ansicht im Regelfall bereits bei Zugang des Versicherungsscheins geschlossen worden sein¹⁷²². Die Formulierung sollte daher so lauten, dass der Versicherer davon ausgeht, dass der Vertrag auf der Grundlage seiner AVB geschlossen worden ist. Ist dies tatsächlich nicht der Fall, kann diese Erklärung gemäß §§ 133, 157 BGB dahin ausgelegt werden, dass der Versicherer zumindest bereit ist, zu seinen AVB zu kontrahieren, so

¹⁷²¹ Vgl. OLG Saarbrücken VersR 2003, S. 323 (324); *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 3a.

¹⁷²² Vgl. oben unter D. III. 2.

dass diesem Verhalten insgesamt die Bedeutung eines Antrages zukommt. Diesen kann der Versicherungsnehmer ebenso wie beim „Antragsmodell“ ausdrücklich oder konkludent durch Überweisen der Prämie oder widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift annehmen.

(2.) Einbeziehung der AVB gemäß § 5 VVG

Eine Einbeziehung der AVB gemäß § 5 VVG kommt bereits deswegen nicht in Frage, weil die Norm einen Antrag des Versicherungsnehmers voraussetzt, an dem es bei einem Vertragsschluss nach dem „Invitativmodell“ fehlt. § 5 VVG findet daher beim „Invitativmodell“ keine Anwendung¹⁷²³.

b. Wirksamer Vertragsschluss

Kommt eine Einigung zwischen den Parteien über die vertragswesentlichen Punkte auch ohne Rücksicht auf die AVB zustande, ist der Vertrag gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam. Eine nachträgliche Einbeziehung der AVB kommt in diesem Fall durch die Vereinbarung einer Vertragsänderung in Frage, die ihrerseits die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllen muss¹⁷²⁴. Problematisch ist wiederum, dass die Parteien regelmäßig nichts davon wissen, dass die AVB nicht Vertragsbestandteil geworden sind, so dass der Abschluss eines ausdrücklichen Änderungsvertrages nicht in Frage kommen wird. Es ist daher zu klären, welche Vorkehrungen beim „Antragsmodell“ und beim „Invitativmodell“ getroffen werden können, um für den Abschluss eines entsprechenden Änderungsvertrages zu sorgen.

aa. Heilungsmöglichkeiten beim „Antragsmodell“

(1.) Abschluss eines Änderungsvertrages nach Übersendung des Versicherungsscheins

Der Versicherer kann dem Versicherungsnehmer mit der Übersendung des Versicherungsscheins wiederum ein Begleitschreiben zusammen mit den AVB übersenden, in dem er erklärt, dass der Vertrag auf der Grundlage der AVB geschlossen werden soll. In diesem Falle stellt seine Annahmeerklärung wegen der Beachtung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB eine abweichende Annahme im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB dar.

Dieses neue Angebot kann der Versicherungsnehmer entweder ausdrücklich oder konkludent durch Überweisen der Prämie oder widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift annehmen¹⁷²⁵.

¹⁷²³ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 5, Rn. 6.

¹⁷²⁴ Vgl. BGHZ 86, 135 (137); BGH NJW 1984, 1112; *Basedow*, in: MK, § 305, Rn. 75; *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 65; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 47; *Roloff*, in: *Erman*, § 305, Rn. 42; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305, Rn. 157; *Wolf*, in: *W/H/L*, § 2, Rn. 37

¹⁷²⁵ Vgl. oben unter E. I. 2. a. aa. (1.) (c.) (cc.).

Darüber hinaus könnte eine konkludente Annahme in einem Verstreichenlassen der Widerrufsfrist des § 8 Abs. 1 VVG zu sehen sein¹⁷²⁶.

Ist der Versicherungsvertrag ohne die AVB zustande gekommen und werden dem Versicherungsnehmer die AVB mit der Übersendung des Versicherungsscheins überlassen, so beginnt die Widerrufsfrist des § 8 Abs. 2 VVG zu laufen. Widerruft der Versicherungsnehmer nicht, drückt er hiermit grundsätzlich sein Einverständnis mit einer Fortgeltung des Vertrages aus. Zweifelhaft könnte jedoch sein, dass seine ursprüngliche Willenserklärung nicht auf eine Einbeziehung der AVB gerichtet war und demgemäß das Unterlassen des Widerrufs nur ein Einverständnis mit einer Fortgeltung des Vertrages ohne Rücksicht auf die AVB zum Ausdruck bringen könnte. Werden jedoch die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB bei der Übersendung des Versicherungsscheines beachtet und stellt überdies deren Überlassen eine Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist dar, kann ein Unterlassen des Widerrufs redlicherweise nur so verstanden werden, dass der Versicherungsnehmer mit dem Vertrag unter Einbeziehung der AVB einverstanden ist. Daran ändert auch der in der Literatur erhobene Einwand nichts, wonach ein Widerruf weiter reichende Folgen habe als ein mangelndes Einverständnis zur Einbeziehung von AVB¹⁷²⁷, denn entscheidend ist allein, dass der Versicherungsnehmer sich nicht infolge eines Widerrufs vom Vertrag lösen möchte.

(2.) Einbeziehung über § 5 VVG

Eine Einbeziehung über § 5 VVG kommt nicht in Betracht, da der Versicherungsschein nach der hier vertretenen Ansicht nicht von dem Antrag des Versicherungsnehmers abweicht¹⁷²⁸.

bb. Heilungsmöglichkeiten beim „Invitativmodell“

(1.) Abschluss eines Änderungsvertrages nach Übersendung des Versicherungsscheins

Ebenso wie bei einer Vertragsanbahnung nach dem „Antragsmodell“ kann der Versicherer zusammen mit dem Versicherungsschein die AVB übersenden und in einem Begleitschreiben darauf hinweisen, dass er davon ausgeht, der Vertrag sei auf der Grundlage seiner AVB geschlossen worden.

Fraglich ist aber, ob hierin für den Versicherungsnehmer hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass ihm der Abschluss eines Änderungsvertrages angeboten wird. So wird in der Literatur in diesem Zusammenhang teilweise verlangt, dass der Verwender einen entsprechenden Änderungswillen ausdrücklich

¹⁷²⁶ Vgl. *Schimikowski*, RuS 2007, S. 309 (311).

¹⁷²⁷ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 93.

¹⁷²⁸ Vgl. oben unter E. I. 2. a. aa. (2.).

erklären muss. Nicht ausreichend sei es daher, auf die eigenen AGB in nach Vertragsschluss übersandten Rechnungen, Lieferscheinen oder sonstigen Begleitschreiben hinzuweisen¹⁷²⁹. Mit Blick auf das Versicherungsrecht sollten insoweit aber keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. Aus den gleichen Gründen, die auch eine ausdrückliche Einverständniserklärung des Versicherungsnehmers mit der Geltung von AVB bei einer nachträglichen Änderungsvereinbarung entbehrlich machen¹⁷³⁰, muss es daher genügen, dass aus den Umständen auf einen Willen des Versicherers zum Abschluss eines Änderungsvertrages geschlossen werden kann. Erklärt der Versicherer, dass er davon ausgeht, dass der Vertrag unter Geltung seiner AVB geschlossen worden ist und entspricht dies nicht den wahren Gegebenheiten, ist dieses Verhalten gemäß §§ 133, 157 BGB als Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages zu verstehen. Dieses Angebot kann ausdrücklich oder konkludent in der bereits beim „Antragsmodell“ beschriebenen Weise angenommen werden.

(2.) Einbeziehung über § 5 VVG

Eine nachträgliche Einbeziehung der AVB über § 5 VVG kommt aus den bereits erörterten Gründen beim „Invitativmodell“ nicht in Frage¹⁷³¹.

3. Zusammenfassung

Werden die AVB in den Versicherungsvertrag nicht einbezogen, kommt es für eine Anwendung des § 306 Abs. 1 BGB und somit für eine Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen darauf an, dass die Parteien auch ohne Rücksicht auf die AVB eine Einigung über die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages erzielen. Ist dies nicht der Fall, kommt kein wirksamer Vertrag zwischen den Parteien zustande und der Versicherer haftet dem Versicherungsnehmer gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz.

Einigen sich die Parteien über die vertragswesentlichen Punkte, bleibt der Vertrag gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam. Die durch die Nichteinbeziehung der AVB entstandenen Lücken sind durch die Anwendung dispositiven Gesetzesrechts sowie im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Regelmäßig kann in diesen Fällen jedoch der Versicherungsnehmer einwenden, dass ein Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte im Sinne des § 306 Abs. 3 BGB darstellt. Ist der Vertrag infolgedessen unwirksam, haftet der Versicherer wieder unter dem Gesichtspunkt der „culpa in contrahendo“ auf Schadensersatz. Werden die AVB in den Versicherungsvertrag nicht einbezogen, können die Parteien entweder erneut einen Versicherungsvertrag oder einen Änderungsver-

¹⁷²⁹ Roloff, in: *Erman*, § 305, Rn. 42.

¹⁷³⁰ Vgl. oben unter E. I. 2. aa. (1.) (c.) (aa.).

¹⁷³¹ Vgl. oben unter E. I. 2. b. bb. (2.).

trag abschließen, um nachträglich zu einer Geltung der AVB zu gelangen. Da den Parteien die Nichteinbeziehung der AVB häufig nicht bewusst ist, empfiehlt es sich für den Versicherer, dass er zusammen mit dem Versicherungsschein die AVB übersendet und in einem Begleitschreiben ausdrücklich darauf hinweist, dass der Vertrag auf der Grundlage seiner AVB geschlossen werden soll, bzw. dass er davon ausgeht, dass dem Vertrag seine AVB zugrunde liegen. Bei einem anfänglichen Verstoß gegen § 305 Abs. 2 BGB schafft der Versicherer mit diesem Vorgehen die Voraussetzungen für einen nachträglichen Vertragsschluss bzw. einen Abschluss eines Änderungsvertrages, da sein Verhalten gemäß §§ 133, 157 BGB als entsprechende Antragsklärung zu verstehen ist. Diesen Antrag kann der Versicherungsnehmer ausdrücklich oder konkludent durch Überweisen der Prämie aber auch durch widerspruchsloses Dulden einer Lastschrift bzw. Verstreichenlassen der Widerspruchsfrist annehmen.

II. Verstoß gegen die Pflicht zur Information (§ 7 VVG)

Die Pflicht zur Erteilung der vorvertraglichen Informationen gemäß § 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. der VVG-InfoV kann auf unterschiedlichste Art und Weise verletzt werden. Neben dem Fall, dass dem Versicherungsnehmer keine vorvertraglichen Informationen überlassen werden, ist es denkbar, dass die zur Verfügung gestellten Informationen den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen, etwa weil diese unvollständig, inhaltlich unzutreffend oder entgegen § 7 Abs. 1 S. 2 VVG nicht klar und verständlich abgefasst sind. Ferner ist an den Fall zu denken, dass die Informationen nicht rechtzeitig im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 VVG überlassen werden und der Versicherungsnehmer sie zu einem späteren Zeitpunkt erhält. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einem Verzicht auf Vorabinformation gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG der Versicherer nicht gegen seine Pflicht zur Information verstößt, wenn er sie unverzüglich nach Vertragsabschluss nachholt, da von der Verzichtsregelung trotz ihrer Europarechtswidrigkeit bis zu einer Änderung des VVG Gebrauch gemacht werden kann¹⁷³². Schließlich ist zu bedenken, dass ein Verstoß des Versicherers gegen § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV zu keiner Verletzung der Informationspflichten führt, da diese Norm auf keiner wirksamen Verordnungsermächtigung beruht und daher verfassungswidrig und somit nichtig ist¹⁷³³.

Zu untersuchen ist, welche Rechtsfolgen an die Verletzung der Informationspflichten anknüpfen können und wie diese untereinander konkurrieren¹⁷³⁴. Dabei ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese Pflichten weitgehend auf den Vorgaben der RL 92/49/EWG, 2002/83/EG und 2002/65/EG beruhen, denn in seiner Rechtsprechung hat der EuGH aus dem Gebot der praktischen Wirksamkeit („effet utile“) die Formel entwickelt, dass der nationale Gesetzgeber für Verstöße gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben Sanktionen vorsehen muss, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind¹⁷³⁵. Art. 11 der RL 2002/65/EG greift diese Rechtsprechung auf bestimmt in Abs. 1, dass die Mitgliedsstaaten angemessene Sanktionen zur Ahndung von Verstößen des Anbieters gegen die in Umsetzung der Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften vorsehen, und in Abs. 3, dass diese Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Dieser Maßstab ist nicht nur vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der jeweiligen Sanktionen, sondern auch bei der

¹⁷³² Vgl. oben unter C. III. 5. c. cc. (2.).

¹⁷³³ Vgl. oben unter C. III. 4. d. ee. (1.).

¹⁷³⁴ Um den Umfang zu begrenzen, bleiben im Folgenden insbesondere versicherungsaufsichtliche und wettbewerbsrechtliche Rechtsfolgen außer Betracht.

¹⁷³⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.10.1995 –Rs. C-36/94, Slg. 1995, I-3573, Rn. 20-Siesse; EuGH, Urt. v. 8.5.1994 –Rs. C-382, Slg. 1994, I-2435, Rn. 55-Kommission./Vereinigtes Königreich; EuGH, Urt. v. 8.5.1994 –Rs. C-383/92, Slg. 1994, I-2479, Rn. 40-Kommission./Vereinigtes Königreich; EuGH, Urt. v. 2.10.1991 –R. C-7/90, Slg. 1991, I-4371, Rn. 17-Vandevenne; *Schwintowski*, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hrsg.), S. 267 (284).

Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen¹⁷³⁶.

1. Zustandekommen und Inhalt des Versicherungsvertrages

Zunächst stellt sich die Frage, welchen Einfluss eine Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht auf das Zustandekommen und den Inhalt des Versicherungsvertrages hat¹⁷³⁷. Zu differenzieren ist hierbei zwischen dem Fall der Nichterteilung der Informationen, ihrer inhaltlichen Schlechterteilung sowie einer nicht rechtzeitigen Information.

a. Nichterteilen der Informationen

Werden dem Versicherungsnehmer keine Informationen zur Verfügung gestellt, stellt sich zunächst das Problem, dass gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 VVG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV auch die AVB Gegenstand der Informationspflichten sind. Eine strikte Trennung zwischen AVB und vorvertraglichen Informationen ist ohnehin nicht ohne weiteres möglich, denn ein Vergleich zwischen § 10 Abs. 1 VAG, der aufsichtsrechtliche Vorgaben für den Inhalt der Versicherungsbedingungen macht, und § 1 Abs. 1 VVG-InfoV zeigt, dass sich diese inhaltlich teils überschneiden. Zudem müssen nicht alle Informationen des § 7 VVG zwingend in einer eigenen von den AVB getrennten Broschüre zur Verfügung gestellt werden, sondern die AVB können auch, mit Ausnahme der Informationen des § 1 Abs. 1 Nr. 6b und 13 VVG-InfoV, selbst Informationsträger sein, soweit dies nicht einer klaren und verständlichen Übermittlung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 VVG entgegensteht¹⁷³⁸. Verwendet daher ein Versicherer eine einheitliche Informationsbroschüre, in die sowohl die vorvertraglichen Informationen einschließlich des Produktinformationsblattes als auch die AVB aufgenommen werden und wird diese dem Versicherungsnehmer nicht übergeben, führt dies dazu, dass der Versicherer *im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB* gegen die Einbeziehungsvoraussetzung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstößt. Die Folgen für das Zustandekommen und den Inhalt des Vertrages sind in diesem Fall die gleichen wie bei den bereits erörterten Konsequenzen der Nichteinbeziehung der AVB¹⁷³⁹.

Von einer Nichterteilung der Informationen trotz Einbeziehung der AVB kann daher *im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB* allenfalls dann die Rede sein, wenn ein Versicherer eine Informationsbroschüre samt Produktinformationsblatt und die AVB als gesonderte Druckstücke auflegt und im Einzelfall die Übergabe der Informationsschrift nebst Produktinformationsblatt unterbleibt, auch wenn genau genommen mit der Übergabe der AVB der Informationspflicht

¹⁷³⁶ Vgl. J. Hoffmann, ZIP 2005, S. 829 (833).

¹⁷³⁷ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 7, Rn. 53.

¹⁷³⁸ Vgl. näher oben unter C. III. 4. f. bb.

¹⁷³⁹ Vgl. oben unter E. I. 1. a. und b.

des § 7 VVG teilweise entsprochen wird.

Werden dem Versicherungsnehmer die Informationen nach § 7 VVG nicht erteilt, können diese nicht dazu beitragen, die zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gestörte Vertragsparität auszugleichen. Gleichwohl sieht das VVG als ausdrückliche Sanktionsfolge in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG nur vor, dass die Frist für das Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 VVG nicht zu laufen beginnt¹⁷⁴⁰. Da das Widerrufsrecht selbst die Wirksamkeit der Willenserklärung unberührt lässt¹⁷⁴¹ und die gesetzlich angeordnete Sanktion in erster Linie nur sinnvoll ist, wenn der Gesetzgeber von einer Wirksamkeit der Willenserklärung des Versicherungsnehmers ausgeht, führt das Unterlassen der Information nicht zur Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages¹⁷⁴². Auf das Zustandekommen des Vertrages hat die Nichterteilung der Informationen, vorbehaltlich einer Einbeziehung der AVB, keine Auswirkungen. Der Inhalt des Vertrages bestimmt sich insoweit nach den einbezogenen AVB.

b. Schlechterteilen der Informationen

Eine Schlechterteilung der Informationen ist in der Weise denkbar, dass diese unvollständig, inhaltlich unzutreffend, entgegen § 7 Abs. 1 S. 2 VVG nicht klar und verständlich oder in elektronisch gespeicherter Form erteilt werden, obwohl der Versicherungsnehmer hiermit nicht einverstanden ist bzw. er im Anschluss an eine solche Informationserteilung seine Willenserklärung abgeben will¹⁷⁴³.

aa. Unvollständige, unklare und unverständliche bzw. nicht formgerechte Informationen

Werden die Informationen unvollständig erteilt, ist dies als teilweise Nichterfüllung der Informationspflichten anzusehen, weswegen die Rechtsfolgen hinsichtlich des Zustandekommens und des Vertragsinhalts die gleichen sind wie im Falle der Nichterteilung der Informationen. Entsprechendes gilt, wenn die Informationen nicht klar und verständlich im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 VVG erteilt werden, da diese dann im Ergebnis so zu behandeln sind, als seien sie nicht erteilt worden. Ebenso verhält es sich in dem Fall, dass die Informationen in elektronisch gespeicherter Form übergeben werden, obwohl eine Übergabe in gedruckter Fassung erforderlich gewesen wäre.

¹⁷⁴⁰ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (303); *Funck*, VersR 2008, S. 163 (164); *Leverenz*, Rn. 3/79; *Marlow/Spuhl*, S. 21; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 75; *Niederleithinger*, Teil A, Rn. 69; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 20; *Schimikowski/Höra*, S. 116; *Stockmeier*, VersR 2008, S. 717 (723); *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 293.

¹⁷⁴¹ Vgl. oben unter C. I. 2. c.

¹⁷⁴² Vgl. *Funck*, VersR 2008, S. 163 (164); *Leverenz*, Rn. 3/79; *Marlow/Spuhl*, S. 21; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 7, Rn. 25. Unklar *Niederleithinger*, Teil A, Rn. 64 und 69.

¹⁷⁴³ Vgl. zu letzterem oben unter C. III. 4. f. aa.

bb. Unzutreffende Informationen

(1.) Zustandekommen des Vertrages

Werden die Informationen unzutreffend erteilt, sieht das Gesetz als Sanktion vor, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt, denn die in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG genannten „Informationen nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG“ können nur solche sein, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und damit inhaltlich zutreffend sind¹⁷⁴⁴. Folglich wirken sich unzutreffende ebenso wie nicht erteilte Informationen auf das wirksame Zustandekommen des Vertrages nicht aus.

(2.) Inhalt des Vertrages

Werden Informationen unzutreffend erteilt, ist jedoch fraglich, mit welchem Inhalt der Vertrag abgeschlossen wird. Bedeutung für den Inhalt des Vertrages können in erster Linie nur solche Informationen haben, die sich auf die vertraglichen Leistungen oder Rechte beziehen¹⁷⁴⁵. Nicht vertragsbezogene Informationen, wie etwa die des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 5, Nr. 16 bis 20 VVG-InfoV, treffen demgegenüber keine Aussagen zu den vertraglichen Rechten und Pflichten und haben daher für den Inhalt des Vertrages keine Bedeutung.

(a.) Fehler in den AVB

Hinsichtlich der vertragsbezogenen Informationen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese unzutreffend sind. Informiert der Versicherer über die vertraglichen Rechte und Pflichten durch Übergabe der AVB und weisen diese insoweit einen Fehler auf, etwa weil sie gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 9 VVG-InfoV Angaben über die Zahlungsweise der Prämie machen, die von derjenigen abweicht, welche der Versicherer an sich für den Vertrag vorgesehen hat, weicht das übergebende Exemplar von den Bedingungen ab, die der Versicherer an sich dem Vertrag zugrunde legen wollte. Aus der Sicht des Versicherers sind dann nicht nur die AVB, sondern auch die in ihnen enthaltenen Informationen falsch. Vom Standpunkt des Versicherungsnehmers aus gesehen sind sie demgegenüber nicht unzutreffend, da die AVB und somit die in ihnen enthaltenen Informationen übereinstimmen. Da das ausgehändigte Exemplar der AVB regelmäßig die Bezeichnung trägt, auf die im Antrag des Versicherungsnehmers bzw. im Angebot des Versicherers hingewiesen wird, sind somit die übergebenen AVB diejenigen, die für den Inhalt des Vertrages maßgeblich sind. Folglich sind die erteilten Informationen zutreffend.

Zu berücksichtigen ist, dass der Versicherer in dieser Situation versuchen könnte darzulegen, dass die Voraussetzungen eines zur Anfechtung berechtigenden „In-

¹⁷⁴⁴ Vgl. näher unten unter E. II. 2. b.

¹⁷⁴⁵ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 7, Rn. 53.

haltsirrtums“¹⁷⁴⁶ gemäß § 119 Abs. 1 1. Alt. BGB vorliegen. Unbeschadet der Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB wäre der Vertrag im Falle der Anfechtung abweichend von § 142 Abs. 1 BGB aber nicht insgesamt unwirksam, sondern die Folgen der Anfechtung richteten sich nach § 306 BGB¹⁷⁴⁷.

(b.) Widerspruch zwischen vorvertraglichen Informationen und AVB

Von einer unzutreffenden Information ist demgegenüber auszugehen, wenn die Informationen und die AVB einander widersprechen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Informationen über die wesentlichen Merkmale der Versicherungsleistung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV, welche getrennt von den AVB zu übermitteln sind¹⁷⁴⁸, oder die im Produktinformationsblatt enthaltenen Informationen in einzelnen Punkten den Vertragsinhalt unzutreffend wiedergeben oder Regelungen vorsehen, die in den AVB nicht enthalten sind. Fraglich ist, welchen Inhalt der Vertrag unter diesen Voraussetzungen hat.

(aa.) § 305c Abs. 2 BGB

Möglicherweise lässt sich der inhaltliche Widerspruch über § 305c Abs. 2 BGB auflösen, wonach Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders gehen. Voraussetzung für die Anwendung der „Unklarheitenregel“¹⁷⁴⁹ ist zunächst, dass es sich bei den Informationen überhaupt um AVB bzw. AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handelt.

Zum alten Recht wurde teilweise die Ansicht vertreten, dass es sich bei den gemäß § 10a Abs. 1 i.V.m. Anlage D VAG a.F. zu erteilenden Informationen nicht um AVB handele, da diese nicht den Vertragsinhalt konstituieren, sondern nur über diesen vor Vertragsschluss informieren sollen¹⁷⁵⁰. Überzeugend ist diese Sichtweise indes nicht. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrages stellt. Eine Vertragsbedingung liegt vor, wenn es sich um eine Regelung handelt, die den Vertragsinhalt gestalten soll¹⁷⁵¹. Werden in den Informationen Angaben über den Inhalt des Vertrages gemacht, dienen diese aus der Sicht des Versicherers in der Tat allein der Information des Versicherungsnehmers. Ob eine Vertragsbedingung vorliegt, ist jedoch aus der Sicht der Verwendergegenseite zu beurteilen¹⁷⁵². Vom Standpunkt des Versicherungsnehmers aus betrachtet enthalten die Informationen demge-

¹⁷⁴⁶ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 119, Rn. 11.

¹⁷⁴⁷ Vgl. *Wolf*, in: *W/H/L*, § 9, Rn. 8. Im Ergebnis auch: *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 306, Rn. 8.

¹⁷⁴⁸ Vgl. oben unter C. III. 4. f. bb.

¹⁷⁴⁹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305c, Rn. 18; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 61.

¹⁷⁵⁰ Vgl. *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 9.

¹⁷⁵¹ Vgl. *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 11; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305, Rn. 3;

¹⁷⁵² Vgl. *BGH NJW* 1996, 2574; *Basedow*, in: *MK*, § 305, Rn. 12; *Becker*, in: *Ba/Ro*, § 305, Rn. 15.

genüber eine verbindliche Aussage über die aus dem Vertrag folgenden Rechte und Pflichten, weswegen diesen Angaben des Versicherers die Bedeutung zukommt, eine Regelung über den Inhalt des Vertrages zu treffen. Handelt es sich somit bei den Informationen um Vertragsbedingungen, sind diese vom Versicherer für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, schließlich sollen sie im Vorfeld eines jeden Vertragsschlusses dem jeweiligen Versicherungsnehmer übergeben werden. Ferner werden die in den vorvertraglichen Informationen enthaltenen Vertragsbedingungen vom Versicherer gestellt, da er jene dem Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss vorlegt. Folglich handelt es sich bei den vertragsbezogenen Informationen um AVB¹⁷⁵³.

§ 305c Abs. 2 BGB setzt des Weiteren voraus, dass Zweifel bei der Auslegung der AGB bestehen. Eine solche Zweifelslage ist in Literatur und Rechtsprechung in den Fällen anerkannt, in denen verschiedene Klauseln sich widersprechen und dieser Widerspruch sich nicht im Sinne eines Vorrangs der speziellen vor der allgemeinen Regelung auflösen lässt¹⁷⁵⁴. Von einem Vorrang der AVB gegenüber den vorvertraglichen Informationen oder umgekehrt im Sinne eines Spezialitätsverhältnisses ist nicht auszugehen, da die Informationen über die vertraglichen Rechte und Pflichten im Normalfall das widerspiegeln sollen, was in den Versicherungsbedingungen vorgesehen ist. AVB und vorvertragliche Informationen stehen daher gleichberechtigt nebeneinander. Folglich ist ein Widerspruch zwischen ihnen im Sinne der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB aufzulösen, weswegen die für den Versicherungsnehmer günstigere Regelung zum Zuge kommt¹⁷⁵⁵. Dementsprechend wirkt sich ein Widerspruch auf den Inhalt des Vertrages zugunsten des Versicherungsnehmers aus¹⁷⁵⁶.

(bb.) Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung

Fraglich ist, ob der Inhalt des Versicherungsvertrages im Falle einer unzutreffenden Information nicht auch nach Maßgabe der nach bisherigem Recht praktizierten „gewohnheitsrechtlichen Erfüllungs- oder Vertrauenshaftung“¹⁷⁵⁷ umgestaltet wird¹⁷⁵⁸.

Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG) entwickelt worden¹⁷⁵⁹ und vom BGH fortgeführt wor-

¹⁷⁵³ Vgl. Beckmann, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 35; Biagosch/Scherer, VW 1995, S. 429 (431); Präve, VersR 2008, S. 151 (152); ders., in: *Prölss*, § 10a, Rn. 88.

¹⁷⁵⁴ Vgl. BGHZ 150, 226 (230); Ulmer, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 76 und 88; Roloff, in: *Erman*, § 305c, Rn. 27; Schlosser, in: *Staudinger*, § 305c, Rn. 16.

¹⁷⁵⁵ Vgl. BGHZ 150, 226 (230); Ulmer, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 88.

¹⁷⁵⁶ Vgl. im Ergebnis auch: Schwintowski, in: *BK*, § 5a, Rn. 14.

¹⁷⁵⁷ Vgl. BGHZ 40, 22 (26); BGHZ 108, 200 (206); Ebers, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 56; Hohloch, VersR 1980, S. 107; Kollhossler, in: *P/M*, § 43, Rn. 29; ders., RuS 2001, S. 89; Reichert-Facilides, VersR 1977, S. 208; Reiff, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 83.

¹⁷⁵⁸ Vgl. Ebers, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 53.

¹⁷⁵⁹ Vgl. RGZ 73, 302 (303f); 86, 128 (132); 147, 186 (188); Hohloch, VersR 1980, S. 107 (112f); Kollhossler, RuS 2001, S. 89 (89f); Reichert-Facilides, VersR 1977, S. 208.

den¹⁷⁶⁰. Nach bisherigem Rechtsverständnis findet die Erfüllungshaftung, deren Geltungsgrund entsprechend ihrer Bezeichnung nach überwiegender Ansicht auf gewohnheitsrechtlicher Anerkennung beruht¹⁷⁶¹, Anwendung, wenn ein Versicherungsvertreter¹⁷⁶² gegenüber dem Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss¹⁷⁶³ unzutreffende Auskünfte über den Inhalt des Versicherungsvertrages gibt¹⁷⁶⁴ oder es pflichtwidrig unterlässt, den Versicherungsnehmer über den Umfang der Versicherung aufzuklären¹⁷⁶⁵, ohne dass es auf ein Verschulden des Vertreters ankommt¹⁷⁶⁶. Der Versicherungsnehmer darf in diesen Fällen auf die positiven Angaben des Versicherungsvertreter bzw. auf seine eigenen Vorstellungen über den Umfang des Versicherungsschutzes vertrauen, soweit ihn kein erhebliches Eigenverschulden trifft¹⁷⁶⁷. Ein solches erhebliches Eigenverschulden ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Unrichtigkeit der vom Versicherungsvertreter gemachten Angaben ohne weiteres aus den klar und eindeutig abgefassten AVB zu erkennen ist¹⁷⁶⁸. Im Übrigen ist ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers im Sinne des § 254 BGB beim gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruch ohne Bedeutung¹⁷⁶⁹, weswegen es sich bei dieser Rechtsfi-

¹⁷⁶⁰ Vgl. BGHZ 2, 87 (92); 40, 22 (26); 108, 200 (206); BGH VersR 1964, S. 36 (37); *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (113); *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (90); *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208.

¹⁷⁶¹ Vgl. BGHZ 2, 87 (92); 40, 22 (26); 108, 200 (206); *Hofmann*, § 5, Rn. 74; *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (108); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 29; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 86; *Lorenz*, in: *FS Canaris*, S. 757 (771); *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208 (212); *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 86; ablehnend: *Gruber*, in: *BK*, § 43, Rn. 22; *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (90): richterliche Rechtsfortbildung. Ebenfalls kritisch: *Canaris*, S. 350; *Hilgenhövel*, S. 147ff; *Messerschmidt*, S. 310f.

¹⁷⁶² Versicherungsvertreter im Sinne der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung sind nicht nur selbständige, sondern auch angestellte Versicherungsvertreter, vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 57.

¹⁷⁶³ Vgl. OLG Karlsruhe RuS 1993, 331; OLG Köln RuS 1990, 325; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 29; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (96); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 39; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 87.

¹⁷⁶⁴ Vgl. RGZ 73, 302 (303); 86, 128 (132); 186 (188); BGHZ 2, 87 (92); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 56; *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (108); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (195); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 29; *ders.*, RuS 2001, S. 89; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 87; *Römer*, S. 18.

¹⁷⁶⁵ Vgl. BGHZ 40, 22 (26); 108, 200 (206); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 56; *Gruber*, in: *BK*, § 43, Rn. 27; *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (108); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (195); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 30; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (96); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 40; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 88; *Römer*, S. 18.

¹⁷⁶⁶ Vgl. BGHZ 40, 22 (26); 108, 200 (206); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 58; *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (109); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 52; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 89; *Römer*, S. 18.

¹⁷⁶⁷ Vgl. RGZ 73, 302 (304); 86, 128 (132); BGHZ 2, 89 (92); 40, 22 (26); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 58; *Hofmann*, § 5, Rn. 73; *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (109); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 31; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (90); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 42; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 90; *Römer*, S. 18.

¹⁷⁶⁸ Vgl. BGHZ 40, 22 (25); OLG Köln RuS 1991, 113 (114); *Hofmann*, § 5, Rn. 73; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 31; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (90); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 42; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 90.

¹⁷⁶⁹ Vgl. BGHZ 40, 22 (26f); *Hofmann*, § 5, Rn. 73; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 31.

gur um eine Ausprägung des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ handelt¹⁷⁷⁰.

Liegen die Voraussetzungen der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung vor, haftet der Versicherer gemäß den falschen Angaben seines Vertreters bzw. den irrtümlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers auf Erfüllung, und zwar selbst dann, wenn ein entsprechender Versicherungsschutz vom Versicherer nicht angeboten wird bzw. auch sonst am Markt nicht erhältlich ist¹⁷⁷¹. Ihre Grenzen findet diese Haftung jedoch in den Vorgaben zwingenden Gesetzesrechts, was bedeutet, dass ein Versicherungsvertrag mit einem entsprechenden Inhalt zwischen den Parteien wirksam hätte vereinbart werden können¹⁷⁷².

Indem die Rechtsprechung in Bezug auf die Rechtsfolgen der Erfüllungshaftung davon ausgeht, dass der Versicherer für die Erklärungen seines Vertreters einzustehen¹⁷⁷³ bzw. den Versicherungsnehmer so zu stellen habe, als sei ein Versicherungsvertrag mit dem von ihm gewünschten Inhalt zustande gekommen¹⁷⁷⁴, lässt sie das genaue Verhältnis des Anspruchs aus der Erfüllungshaftung zum vertraglichen Erfüllungsanspruch im Ungewissen¹⁷⁷⁵. Demgegenüber nimmt die Literatur überwiegend an, dass die Erfüllungshaftung den Inhalt des Versicherungsvertrages umgestalte¹⁷⁷⁶. Folgt man der Literatur, hat die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung unmittelbaren Einfluss auf den Inhalt des Vertrages. Es bestehen jedoch Zweifel, ob die Voraussetzungen der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung vorliegen, wenn die Informationen nach § 7 VVG unzutreffende Angaben über den Inhalt des Versicherungsvertrages enthalten, die im Widerspruch zu den AVB stehen.

Einerseits ist es zwar der Versicherungsvertreter, der dem Versicherungsnehmer die Informationen als Erfüllungsgehilfe des Versicherers übermittelt, so dass für den Kunden der Eindruck entstehen könnte, dass diese Informationen vom Vertreter stammen. Insoweit besteht durchaus eine gewisse Ähnlichkeit zu den Fällen einer gewohnheitsrechtlichen Vertrauenshaftung aufgrund positiver Falschangaben des Versicherungsververtreters. Andererseits ist jedoch zu sehen, dass der

¹⁷⁷⁰ Vgl. *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (109); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (205); *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (90); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 42; *Miettinen*, 50 und 267; *Weyers/Wandt*, Rn. 326.

¹⁷⁷¹ Vgl. RGZ 86, 128 (134f); BGHZ 40, 22 (26); *Hofmann*, § 5, Rn. 74; *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (205); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 29; *ders.*, RuS 2001, S. 89; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 91; *Weyers/Wandt*, Rn. 326.

¹⁷⁷² Vgl. OLG Düsseldorf ZfS 1984, 313 (314); OLG Koblenz VersR 1992, 552; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 31; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (93); *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 40; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 91; *Schirmer*, RuS 1999, S. 177 (178); *Weyers/Wandt*, Rn. 326.

¹⁷⁷³ Vgl. RGZ 73, 302 (303); 86, 128 (132); 147, 186 (188); BGHZ 2, 87 (92).

¹⁷⁷⁴ Vgl. BGHZ 40, 22 (26); 108, 200 (206); BGH VersR 1964, 36 (37).

¹⁷⁷⁵ Vgl. BGHZ 108, 200 (206f).

¹⁷⁷⁶ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 56; *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 (114); *Kieninger*, AcP 199, S. 190 (205); *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 30; *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 39; *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208; *Reiff*, VersR-Hdb, § 5, Rn. 91; *Schirmer*, RuS 1999, S. 177; *Weyers/Wandt*, Rn. 326. Zu anderen Erklärungsansätzen vgl. *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (90ff); *E. Lorenz*, in: *FS Canaris*, S. 757 (762ff).

Versicherungsvertreter, der das fehlerhafte Informationsmaterial des Versichers überreicht, auf dessen Inhalt keinen Einfluss hat, da er nicht dessen Urheber ist. Es geht also in Wirklichkeit nicht um Erläuterungen, die vom Versicherungsvertreter ausgehen. In diesem Punkt unterscheidet sich die Situation der vorvertraglichen Informationserteilung von derjenigen, die der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung zugrunde liegt. Dort ist es der Versicherungsvertreter, der im Gespräch mit dem Versicherungsnehmer mündlich den in Aussicht genommenen Versicherungsvertrag erläutert und damit auch über den Inhalt der erteilten Auskünfte bestimmt. Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung dreht sich also um Erläuterungen, für deren Inhalt der Versicherungsvertreter verantwortlich zeichnet. So hatte bereits das RG die Erfüllungshaftung vor dem Hintergrund entwickelt, dass die dem Agenten von der Gesellschaft zugewiesene Aufgabe darin bestehe, *im unmittelbaren mündlichen Verkehr* mit dem Versicherungsnehmer die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung der Versicherungsbedingungen und sonstigen Anforderungen der Gesellschaft zu gewähren¹⁷⁷⁷.

Es ist auch ein weiterer Unterschied zwischen der vorvertraglichen Informationserteilung und der gewohnheitsrechtlichen Vertrauenshaftung zu berücksichtigen. Bei letztgenannter erläutert der Versicherungsvertreter dem Versicherungsnehmer den Inhalt des Vertrages, so dass dieser seine Ausführungen unmittelbar vernehmen und infolgedessen auf die Richtigkeit der Angaben vertrauen kann. Demgegenüber gelangen die in den Informationsmaterialien enthaltenen Informationen dem Versicherungsnehmer erst dann zur Kenntnis, wenn er sich dazu entscheidet, diese tatsächlich zu lesen. Tut er dies nicht, ist von vornherein kein Raum für ein Vertrauen auf die Richtigkeit der in dem Informationsmaterial gemachten Angaben.

Unabhängig davon, dass die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung nach der VVG-Reform nicht mehr zum geltenden Recht gehört¹⁷⁷⁸, liegen bereits deren Voraussetzungen im Falle der Erteilung unzutreffender Informationen nach § 7 VVG nicht vor. Eine inhaltliche Umgestaltung des Vertrages auf dieser Grundlage kommt somit nicht in Betracht.

c. Nicht rechtzeitiges Erteilen der Informationen

Werden dem Versicherungsnehmer die Informationen nicht rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung übergeben, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, hat dies, vorbehaltlich eines Verstoßes gegen die Einbeziehungsvoraussetzung für AVB gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, auf das Zustandekommen des Vertrages keinen Einfluss, da ebenso wie im Falle der Nichterteilung der Infor-

¹⁷⁷⁷ RGZ 86, 128 (132).

¹⁷⁷⁸ Vgl. unten unter E. III. 2. a. cc.

mationen gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG zunächst nur die Frist für das Widerrufsrecht nicht zu laufen beginnt¹⁷⁷⁹. Werden die AVB gesondert von den übrigen Informationen übergeben und somit in den Vertrag einbezogen, bestimmen diese über den Inhalt des Vertrages. Im Falle der Nichteinbeziehung der AVB ist der Inhalt des Vertrages demgegenüber nach Maßgabe des § 306 Abs. 2 BGB zu bestimmen, soweit auch ohne Rücksicht auf die AVB eine Einigung über die vertragswesentlichen Punkte erzielt wird und somit überhaupt ein Versicherungsvertrag wirksam abgeschlossen wurde.

2. Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers

Mit Ausnahme der in § 8 Abs. 3 VVG genannten Fälle steht dem Versicherungsnehmer gemäß § 8 Abs. 1 VVG ein Widerrufsrecht zu, welches der Gesetzgeber in Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 der RL 2002/65/EG bewusst über den Fernabsatz hinaus auf sämtliche Formen des Vertragsschlusses erstreckt hat¹⁷⁸⁰, um damit die nach altem Recht bestehenden Lösungsrechte vom Vertrag¹⁷⁸¹ in einer Regelung zusammenzufassen¹⁷⁸². Das Widerrufsrecht übernimmt somit im Bereich der Lebensversicherung zugleich die Funktion des in Art. 35 Abs. 1 UA 1 der RL 2002/83/EG vorgeschriebenen Rücktrittsrechts¹⁷⁸³.

Während die Informationspflichten in erster Linie dem Schutz des Versicherungsnehmers vor Abgabe seiner Willenserklärung dienen, verfolgt das Widerrufsrecht den Schutz des Versicherungsnehmers über diesen Zeitpunkt hinaus. Allgemein wird der Zweck Verbraucherschützender Widerrufsrechte darin gesehen, dem Verbraucher eine Bedenkzeit einzuräumen, innerhalb derer er überlegen kann, ob er am Vertrag festhalten möchte, etwa weil er diesen übereilt abgeschlossen hat oder weil er wegen der Schwierigkeit des Vertragsgegenstandes trotz vorvertraglicher Information die Möglichkeit haben soll, den Vertragsschluss zu überdenken¹⁷⁸⁴. Der Verbraucher soll sich daher ohne Angabe von Gründen wieder vom Vertrag lösen können¹⁷⁸⁵. Was allgemein für Verbraucherschützende Widerrufsrechte gilt, lässt sich auch auf das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 1 VVG übertragen¹⁷⁸⁶, da der Gesetzgeber den Versicherungsnehmer auch ohne Rücksicht auf eine Verbrauchereigenschaft für schutzwürdig hält¹⁷⁸⁷. Soll

¹⁷⁷⁹ Vgl. näher unten unter E. II. 2. c.

¹⁷⁸⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 59 re. Sp. und 61 re. Sp.

¹⁷⁸¹ Vgl. §§ 5a, 8 Abs. 4 und Abs. 5, 48c Abs. 1 VVG a.F.

¹⁷⁸² Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (494); *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 3; *Knops*, in: *B/M*, § 8, Rn. 1; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 317; *ders.*, Rn. 294; *Wandt/Ganster*, VersR 2007, S. 1034.

¹⁷⁸³ Vgl. oben unter C. III. 4. d. bb. (9.) (a.).

¹⁷⁸⁴ Vgl. *Bülow/Artz*, Rn. 28; *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 2; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 355, Rn. 3; *Larenz/Wolf*, § 39, Rn. 3 und 18; *Reiner*, AcP 203, S. 1 (9f); *Saenger*, in: *Erman*, § 355, Rn. 1.

¹⁷⁸⁵ Vgl. *Saenger*, in: *Erman*, § 355, Rn. 1.

¹⁷⁸⁶ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (494); *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 2; *Knops*, in: *B/M*, § 8, Rn. 3; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 8, Rn. 1.

¹⁷⁸⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 61 re. Sp.

der Versicherungsnehmer somit den Vertragsschluss noch einmal überdenken können, liegt es nahe, dass ihm hierfür die Informationen ebenso vorliegen müssen wie für eine informierte Auswahlentscheidung vor Abgabe seiner Willenserklärung. Es ist daher nur konsequent, wenn der Gesetzgeber in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VVG anordnet, dass ohne die vorvertraglichen Informationen die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt¹⁷⁸⁸. Wegen der denkbaren Verstöße gegen die Informationspflichten ist im Einzelnen zwischen ihrer Nichterteilung, ihrer Schlechterteilung und einer nicht rechtzeitigen Information zu unterscheiden.

a. Nichterteilen der Informationen

aa. „Ewiges Widerrufsrecht“

Erhält der Versicherungsnehmer die Informationen nicht¹⁷⁸⁹, beginnt gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG die Widerrufsfrist des § 8 Abs. 1 S. 1 VVG von zwei Wochen bzw. des § 152 Abs. 1 VVG von 30 Tagen in der Lebensversicherung nicht zu laufen. Während der Gesetzgeber beim Widerspruchsrecht des § 5a VVG a.F. gemäß § 5a Abs. 2 S. 4 VVG a.F. ein Erlöschen des Widerspruchsrechts ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie aus Gründen des Rechtsfriedens für notwendig erachtete¹⁷⁹⁰ und ebenso die Widerrufsrechte in § 8 Abs. 4 und 5 VVG a.F. gemäß § 8 Abs. 4 S. 4 VVG a.F. bzw. § 8 Abs. 5 S. 4 VVG a.F. einen Monat nach Zahlung der ersten Prämie erloschen, wenn der Versicherungsnehmer über das Widerrufsrecht nicht belehrt hatte, sieht das neue VVG keine entsprechende Ausschlussfristen für das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 1 VVG vor¹⁷⁹¹. Der Versicherungsnehmer kann somit seine Willenserklärung prinzipiell unbegrenzt widerrufen, so dass ihm als Folge eines Verstoßes gegen die Informationspflichten ein „ewiges Widerrufsrecht“ zusteht¹⁷⁹².

bb. Verwirkung des „ewigen Widerrufsrechts“

Fraglich ist jedoch, ob der Versicherungsnehmer dieses Widerrufsrecht gemäß § 242 BGB verwirken kann¹⁷⁹³. Nach deutschem Recht unterliegen Gestaltungsrechte wie das Widerrufsrecht, anders als Ansprüche nach § 194 Abs. 1 BGB,

¹⁷⁸⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp. und S. 62 li. Sp.

¹⁷⁸⁹ Vgl. Dem gleichzustellen ist der eher theoretische Fall der ausschließlich mündlichen Informationserteilung, da diese analog § 125 S. 1 BGB nichtig ist, vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 75.

¹⁷⁹⁰ Vgl. BT-Drucks. 12/7595, S. 111 re. Sp.

¹⁷⁹¹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (494); *Marlow/Spuhl*, S. 34; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 89; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 313; *ders.*, Rn. 307.

¹⁷⁹² Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (494); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 8, Rn. 37; *Leverenz*, Rn. 3/80; *Marlow/Spuhl*, S. 21; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 89; *Schimikowski*, in: *HK-VVG*, § 8, Rn. 6; *Schimikowski/Höra*, S. 116; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 313; *ders.*, Rn. 307.

¹⁷⁹³ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (499); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 8, Rn. 38; *Marlow/Spuhl*, S. 34; *Schimikowski/Höra*, S. 116; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 313.

nicht der Verjährung. Sie können jedoch gemäß § 242 BGB verwirkt werden¹⁷⁹⁴. Die Verwirkung eines Rechtes tritt ein, wenn der Berechtigte es über einen längeren Zeitraum hindurch nicht geltend gemacht hat („Zeitmoment“¹⁷⁹⁵) und der Verpflichtete sich nicht nur hierauf eingerichtet hat, sondern er sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch hat darauf einrichten dürfen, dass das Recht nicht mehr ausgeübt werde („Umstandsmoment“ oder „Vertrauenstatbestand“¹⁷⁹⁶)¹⁷⁹⁷. Die Verwirkung stellt einen Fall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens dar, wobei der Verstoß gegen Treu und Glauben in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung zu sehen ist¹⁷⁹⁸. Hinsichtlich des Zeitmoments richtet sich die für eine Verwirkung erforderliche Dauer nach den Umständen des Einzelfalles, wobei neben der Art und Bedeutung des Rechts, die Intensität des geschaffenen Vertrauenstatbestandes und das Ausmaß der Schutzbedürftigkeit des Verpflichteten zu berücksichtigen sind¹⁷⁹⁹. Soweit in der Literatur vorgeschlagen wird, regelmäßig nach drei Jahren eine Verwirkung des Widerrufsrechts nach § 8 Abs. 1 VVG eintreten zu lassen¹⁸⁰⁰, ist dies mit den Grundsätzen der Verwirkung ebenso wenig zu vereinbaren, wie eine Verwirkung für den Fall anzunehmen, dass der Versicherungsnehmer bereits Leistungen aus dem Versicherungsvertrag in Anspruch genommen hat¹⁸⁰¹. Mit Blick auf das Umstandsmoment ist bedeutsam, dass es für eine Verwirkung zwar nicht darauf ankommt, ob der Berechtigte sein Recht kennt¹⁸⁰², jedoch soll ein schutzwürdiges Vertrauen regelmäßig dann ausscheiden, wenn es der Verpflichtete entgegen einer gesetzlichen Belehrungspflicht unterlassen hat, den Berechtigten über sein Recht zu informieren¹⁸⁰³ bzw. der Verpflichtete weiß, dass der andere Teil von seinem Recht keine Kenntnis hat¹⁸⁰⁴. Relevant ist diese Einschränkung für eine Verwirkung des Widerrufsrechts nach § 8 Abs. 1 VVG deswegen, weil der Versicherer gemäß §§ 8 Abs. 2 Nr. 2 VVG und 1 Abs. 1 Nr. 13 VVG-InfoV¹⁸⁰⁵ den Versicherungsnehmer über das Widerrufsrecht belehren muss. Ist eine ordnungsgemäße Belehrung unterblieben, kann der Versicherer nicht davon ausgehen, dass der Versicherungsnehmer sein Widerrufsrecht kennt. Hieraus wird in der Literatur teilweise der Schluss gezogen, dass ohne ord-

¹⁷⁹⁴ Vgl. *Domke*, BB 2005, S. 1582 (1584); *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 91; *Roth*, in: MK, § 242, Rn. 304.

¹⁷⁹⁵ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 93; *Roth*, in: MK, § 242, Rn. 301.

¹⁷⁹⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 95; *Roth*, in: MK, § 242, Rn. 301.

¹⁷⁹⁷ Vgl. BGHZ 25, 47 (52); BGH NJW 2007, 2183 (2183f); *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 87.

¹⁷⁹⁸ Vgl. BGHZ 25, 47 (51f); 67, 56 (68); BGH NJW 2007, 2183; *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 87.

¹⁷⁹⁹ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 93; *Roth*, in: MK, § 242, Rn. 301.

¹⁸⁰⁰ Vgl. *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 78.

¹⁸⁰¹ So aber *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 79.

¹⁸⁰² Vgl. BGHZ 25, 47 (53); BGH NJW 2007, 2183; *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 94.

¹⁸⁰³ Vgl. BGH NJW-RR 2005, 180 (182); OLG Karlsruhe WM 2006, 676 (678).

¹⁸⁰⁴ Vgl. BGH NJW 2000, 140 (142); *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 242, Rn. 95.

¹⁸⁰⁵ Vgl. oben unter C. III. 4. d. bb. (9.) (b.).

nungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht eine Verwirkung nicht in Frage komme¹⁸⁰⁶. Unabhängig von der Belehrung über das Widerrufsrecht ist mit Blick auf das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Information des Versicherungsnehmers im Übrigen zu berücksichtigen, dass diese in den Händen des Versicherers liegt und er daher für einen Beginn der Widerrufsfrist sorgen und somit ein ewiges Widerrufsrecht verhindern kann¹⁸⁰⁷.

Gleichwohl erscheint es bedenklich, mit Blick auf das Umstandsmoment von vornherein die Entstehung eines schutzwürdigen Vertrauenstatbestandes auf Seiten des Versicherers auszuschließen und ihm somit den Einwand der Verwirkung abzuschneiden. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass zwischen dem Zeitmoment und dem Umstandsmoment eine Wechselwirkung in der Weise besteht, dass besonders lange Zeiträume der Nichtausübung eines Rechts die Anforderungen an den Vertrauenstatbestand herabsenken¹⁸⁰⁸.

Im Übrigen ist ein Rückgriff auf das Institut der Verwirkung wegen der Regelung des § 8 Abs. 3 S. 2 VVG auch nicht entbehrlich. Gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 VVG besteht das Widerrufsrecht in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 2 lit. c der RL 2002/65/EG nicht, wenn ein Versicherungsvertrag auf *ausdrücklichen* Wunsch des Versicherungsnehmers von beiden Vertragsparteien vollständig erfüllt worden ist, bevor er sein Widerrufsrecht ausgeübt hat. Wegen der Ausdrücklichkeit des Verlangens liegen diese Voraussetzungen nicht bereits dann vor, wenn ein Versicherungsvertrag vollständig abgewickelt worden ist, da hierin allenfalls ein entsprechender *konkludenter* Wunsch des Versicherungsnehmers gesehen werden könnte. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass infolge des ewigen Widerrufsrechts unhaltbare Ergebnisse drohen, etwa wenn der Widerruf eines Versicherungsvertrages Jahrzehnte nach dessen Abschluss erklärt wird, um unter den Voraussetzungen des § 9 S. 2 VVG zumindest zu einer teilweisen Prämienersatzung zu gelangen. Mit einem Überdenken des Vertragsschlusses, wie ihn das Widerrufsrecht ermöglichen soll, hat dies nichts zu tun. Zwar kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass ein „ewiges Widerrufsrecht“ eine wirksame und abschreckende Sanktion im Sinne der Rechtsprechung des EuGH bzw. des Art. 11 Abs. 3 der RL 2002/65/EG darstellt, jedoch muss bezweifelt werden, ob eine solche Sanktion ohne Möglichkeit der Verwirkung verhältnismäßig ist. Folglich ist davon auszugehen, dass auf Seiten des Versicherers trotz eines Verstoßes gegen die Informationspflichten des § 7 VVG ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand entstehen kann¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁶ Vgl. Knops, in: B/M, § 8, Rn. 46 und 49f.

¹⁸⁰⁷ Vgl. Domke, BB 2005, S. 1582 (1584); Heinrichs, in: Palandt, § 242, Rn. 109 zu § 355 BGB.

¹⁸⁰⁸ Vgl. Domke, BB 2005, S. 1582 (1584); Roth, in: MK, § 242, Rn. 301.

¹⁸⁰⁹ Vgl. Domke, BB 2005, 1582 (1584) zu § 355 BGB.

cc. Verwirkung trotz europarechtlicher Vorgaben

Fraglich ist, ob der Grundsatz der Verwirkung aus Treu und Glauben zur Begrenzung von Rechten des Versicherungsnehmers herangezogen werden kann, die auf der Umsetzung von Richtlinienvorgaben beruhen¹⁸¹⁰. Art. 6 Abs. 1 der RL 2002/65/EG bestimmt, dass die Widerrufsfrist zu laufen beginnt entweder am Tag des Abschlusses des Fernabsatzvertrages oder an dem Tag, an dem der Verbraucher die Vertragsbedingungen und Informationen gemäß Art. 5 Abs. 1 oder 2 der RL 2002/65/EG erhält, wenn dieser Zeitpunkt nach dem Abschluss des Vertrages liegt. Für den Fall, dass der Verbraucher die in der Richtlinie vorgesehenen Informationen nicht vor Abschluss des Vertrages erhält, sieht diese somit ebenfalls ein prinzipiell unbefristetes Widerrufsrecht vor, da keine weitere Regelung über eine Höchstdauer der Widerrufsfrist vorgesehen ist. Aufgrund des von der RL 85/577/EWG¹⁸¹¹ („Haustürgeschäfte-Richtlinie“) abweichenden Wortlauts der RL 2002/65/EG über das Widerrufsrecht und die Rechtsfolgen des Widerrufs kann auch nicht die Rechtsprechung des EuGH zum Widerrufsrecht der RL 85/577/EWG, wonach nach vollständiger Erfüllung des Vertrages die Richtlinie kein Widerrufsrecht mehr verlangt¹⁸¹², nicht unbesehen auf das im Fernabsatz von Finanzdienstleistungen übertragen werden¹⁸¹³. Zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinie könnte es daher den europarechtlichen Vorgaben zuwiderlaufen, das „ewige Widerrufsrecht“ über die aus Treu und Glauben folgenden Grundsätze der Verwirkung zu begrenzen.

Die Frage inwieweit mitgliedstaatliche Grundsätze wie Treu und Glauben auf das durch europarechtliche Vorgaben angeglichene Recht angewendet werden können, hat der EuGH in seinem Urteil vom 12.5.1998 (Fall „Kefalas“)¹⁸¹⁴ entschieden¹⁸¹⁵. In dem zugrunde liegenden Fall hatten Aktionäre gegen die Wirksamkeit einer Kapitalerhöhung geklagt, die ohne Beteiligung der Hauptversammlung beschlossen worden war und die damit gegen die Vorgaben von Art. 25 Abs. 1 der RL 77/91/EWG¹⁸¹⁶ verstieß. Nach Auffassung des „Efeteio Athen“

¹⁸¹⁰ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (499).

¹⁸¹¹ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG L 372 vom 31.12.1985, S. 31.

¹⁸¹² Vgl. EuGH NJW 2008, 1865 (1867); *Kroll*, NJW 2008, S. 1999 (2000).

¹⁸¹³ A.A. *Knops*, in: *B/M*, § 8, Rn. 47f. Er zieht aus der Entscheidung des EuGH den Schluss, dass der nationale Gesetzgeber nicht gehindert wäre für den Fall einer nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgten Belehrung über das Widerrufsrecht eine Regelung zur Begrenzung des Widerrufsrechts einzuführen. Da eine solche Regelung im VVG nicht getroffen worden ist, komme eine zeitliche Beschränkung des Widerrufsrechts bei einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung nicht in Frage.

¹⁸¹⁴ EuGH, Urt. v. 12.5.1998, -Rs. C-367/96, Slg. 1998, I-2843-Kefalas.

¹⁸¹⁵ Vgl. *Riesenhuber*, Rn. 573.

¹⁸¹⁶ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 vom 31.1.1977, S. 1.

konnte die Rechtsausübung der Kläger wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben bzw. den in Art. 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs niedergelegten Grundsatzes des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens unzulässig sein, da die Kläger sich im konkreten Fall letztlich gegen die erfolgte Rettung der Gesellschaft vor der Insolvenz wendeten. Der EuGH entschied, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet sei. Es könne daher nicht als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen werden, dass nationale Gerichte eine innerstaatliche Rechtsvorschrift wie Art. 281 des griechischen Zivilgesetzbuches anwenden, um zu bestimmen, ob ein einer Gemeinschaftsbestimmung folgendes Recht missbräuchlich ausgeübt werde. Jedoch dürfe die Anwendung einer solchen Norm nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen¹⁸¹⁷. Folglich kann unter diesen vom EuGH aufgestellten Beschränkungen auch der nach deutschem Recht aus Treu und Glauben folgende Grundsatz der Verwirkung zur Begrenzung eines ewigen Widerrufsrechts des Versicherungsnehmers herangezogen werden¹⁸¹⁸.

dd. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das vom Gesetzgeber ohne Erteilung der vorvertraglichen Informationen vorgesehene „ewige Widerrufsrecht“ in eng begrenzten Ausnahmefällen vom Versicherungsnehmer verwirkt werden kann¹⁸¹⁹.

b. Schlechtereilen der Informationen

Die Informationspflichten können in der Weise schlecht erfüllt werden, dass diese unvollständig, inhaltlich unzutreffend, entgegen § 7 Abs. 1 S. 2 VVG nicht klar und verständlich oder in elektronisch gespeicherter Form übermittelt werden, obwohl im letztgenannten Fall unter Umständen eine gedruckte Fassung der Informationen zu überreichen gewesen wäre¹⁸²⁰. Fraglich ist, ob auch in diesen Fällen gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt.

Das hier aufgeworfene Problem stellte sich in ähnlicher Weise nach altem Recht bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Versicherungsnehmer das Widerspruchsrecht des § 5a VVG a.F. zustand¹⁸²¹. § 5a Abs. 1 VVG a.F. gewährte ein Widerspruchsrecht, wenn der Versicherer bei Antragsstellung die

¹⁸¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.5.1998, -Rs. C-367/96, Slg. 1998, I-2843, Rn. 20-22-Kefalas.

¹⁸¹⁸ Vgl. *Domke*, BB 2005, S. 1582 (1584) zu § 355 BGB.

¹⁸¹⁹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (499); *Franz*, VersR 2008, S. 398 (304); *Marlow/Spuhl*, S. 34; *Schimikowski/Höra*, S. 116; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 313; *ders.*, Rn. 307; ferner *Domke*, BB 2005, S. 1582 (1585) zu § 355 BGB.

¹⁸²⁰ Vgl. zu letzterem oben unter C. III. 4. f. aa.

¹⁸²¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/84.

Vertragsbedingungen nicht übergeben oder eine Verbraucherinformation nach § 10a VAG a.F. unterlassen hatte. Die Formulierung „eine Verbraucherinformation“ führte zu Kontroversen darüber, welche Anforderungen an die Information des Versicherungsnehmers zu stellen waren. Einige Stimmen in der Literatur vertraten die Ansicht, dass eine Verbraucherinformation nicht voraussetze, dass diese vollständig oder inhaltlich zutreffend sein müsse, sofern sie nicht vollständig inhaltslos sei¹⁸²². Schließlich sei in § 5a VVG a.F. nicht von Verbraucherinformationen, sondern von einer Verbraucherinformation im Sinne einer Gesamtinformation die Rede¹⁸²³. Andere stellten darauf ab, dass das Widerspruchsrecht dem Versicherungsnehmer nur dann zustehe, wenn vertragswesentliche Informationen unvollständig oder unzutreffend erteilt worden seien, nicht aber sog. „reine Informationen“, die sich auf Punkte außerhalb des Vertrages beziehen¹⁸²⁴. Überwiegend wurde demgegenüber die Ansicht vertreten, dass sowohl im Falle einer unvollständigen als auch einer unzutreffenden oder intransparenten Information dem Versicherungsnehmer ein Widerspruchsrecht nach § 5a VVG a.F. zustehe¹⁸²⁵. Mit Blick auf die AVB, die ebenfalls Gegenstand der Verbraucherinformation waren, wurde demgegenüber fast einhellig davon ausgegangen, dass der Versicherungsnehmer auch dann ordnungsgemäß informiert werde, wenn einzelne Klauseln in den AVB wegen Intransparenz unwirksam sein sollten¹⁸²⁶. Im Unterschied zum alten Recht findet sich in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG im Hinblick auf die Informationserteilung eine deutlichere Formulierung, denn Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist unter anderem der Zugang der Vertragsbestimmungen einschließlich der AVB sowie der weiteren Informationen nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG, ohne dass zwischen vertragswesentlichen und nicht vertragswesentlichen Informationen unterschieden wird¹⁸²⁷. Indem das Gesetz nicht nur von einer „Information“, sondern von „Informationen“ spricht, wird deutlich, dass sämtliche der nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. der VVG-InfoV vorgeschriebenen Informationen dem Versicherungsnehmer zu erteilen sind. Dementsprechend knüpft die Gesetzesbegründung den Beginn der Widerrufsfrist an eine vollständige Informationserteilung an¹⁸²⁸. Dies entspricht auch dem Zweck des Widerrufsrechts, wonach der Versicherungsnehmer den Ver-

¹⁸²² Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (618f); *Osing*, S. 74f; *Römer*, in: *R/L*, § 5a, Rn. 16.

¹⁸²³ Vgl. *E. Lorenz*, *VersR* 1995, S. 616 (618).

¹⁸²⁴ Vgl. *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 21 und 25a; *Schimikowski*, *RuS* 1996, S. 1 (6); *Wandt*, *Verbraucherinformation*, S. 10f.

¹⁸²⁵ Vgl. *OLG Oldenburg*, *VersR* 2002, 1133 (1134); *AG Berlin-Lichtenberg*, *VersR* 2003, 451 (452); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, § 8, Rn. 7a; *Schwintowski*, in: *BK*, § 5a, Rn. 13, 19 und 75; *ders.*, in: *VersR-Hdb*, § 18, Rn. 22, 29f; *ders.*, *VuR* 1996, S. 223 (239).

¹⁸²⁶ Vgl. *BGH* *VersR* 2007, 1547 (1548); *OLG Celle*, *VersR* 2003, 1113 (1113f); *OLG München*, *VersR* 2003, 1024 (1026); *OLG Nürnberg*, *VersR* 2004, 182; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 20 und 26a; *Schimikowski*, *RuS* 1996, S. 1 (5); *Werber*, *VersR* 2003, S. 148 (151f); a.A. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, § 18, Rn. 30.

¹⁸²⁷ In diese Richtung aber *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 76.

¹⁸²⁸ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 62 li. Sp.

tragsschluss überdenken können soll, was sinnvoll nur in Kenntnis aller Informationen möglich ist. Folglich hindert eine unvollständige Informationserteilung den Beginn der Widerrufsfrist¹⁸²⁹.

Dem Versicherungsnehmer müssen die „Informationen nach § 7 Abs. 1 und Abs. 2 VVG“ zugegangen sein, was nach überwiegender Ansicht in der Literatur zum neuen VVG bedeutet, dass diese den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und somit klar und verständlich im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 VVG sein¹⁸³⁰ und auch inhaltlich zutreffend¹⁸³¹ übermittelt werden müssen.

Demgegenüber wird in der Literatur auch die Ansicht vertreten, dass eine unrichtige oder nicht hinreichend verständliche Informationserteilung unerheblich sei, wenn sich unzutreffende Angaben oder unverständliche Ausführungen auf einen Punkt beziehen, der aus der Sicht eines verständigen Versicherungsnehmers für seine Entscheidung über die Ausübung des Widerrufsrechts nicht bedeutsam ist, weswegen neben technischen Informationen auch kleinere Unkorrektheiten zu Hauptpunkten oder unrichtige Angaben zu Nebenpunkten auszuklammern seien¹⁸³². Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Zum einen verweist § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG auf die „Information nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG“ und nimmt damit auch auf § 7 Abs. 1 S. 2 VVG Bezug. Zum anderen wird nicht nach dem Inhalt der vorvertraglichen Informationen differenziert. Eine entsprechende Differenzierung nimmt auch Art. 6 Abs. 2 UA 2 der RL 2002/65/EG für den Beginn der Widerrufsfrist nicht vor¹⁸³³, weswegen ein abweichendes Verständnis von § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG richtlinienwidrig wäre. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Richtlinie entsprechend teleologisch zu reduzieren sei¹⁸³⁴. Es ist nämlich nicht erkennbar, dass der Richtliniengeber einzelne der in Art. 3 Abs. 1 der RL 2002/65/EG vorgesehenen Informationen für die Entscheidung über den Abschluss eines Vertrages für nebensächlich hält und diese daher auch bei der Entscheidung über den Widerruf nur von untergeordneter Bedeutung sind. Dementsprechend ist mit Blick auf den Zweck des Widerrufsrechts davon auszugehen, dass das Überdenken des Vertragsschlusses ebenso wie eine Entscheidung darüber, ob ein Vertrag geschlossen werden soll, klare, verständliche und inhaltlich zutreffende Informationen erfordert und daher nur solche den Beginn der Widerrufsfrist auslösen¹⁸³⁵.

Schließlich stellt sich mit Blick auf die AVB die Frage, ob die Intransparenz

¹⁸²⁹ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 26; *Franz*, VersR 2008, S. 298 (304); *Grote/Schneider*, BB 2007, S. 2689 (2694); *Knops*, in: B/M, § 8, Rn. 18; *Leverenz*, Rn. 3/85; *Neuhaus/Kloth*, S. 58; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 8, Rn. 7; *Schimikowski/Höra*, S. 116.

¹⁸³⁰ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 28; *Leverenz*, Rn. 3/85.

¹⁸³¹ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 28; *Franz*, VersR 2008, S. 298 (304); *Leverenz*, Rn. 3/85; *Neuhaus/Kloth*, S. 58; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 8, Rn. 7; *Schimikowski/Höra*, S. 116.

¹⁸³² Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (495f).

¹⁸³³ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 26.

¹⁸³⁴ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (495).

¹⁸³⁵ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 28; *Leverenz*, Rn. 3/85.

einzelner Klauseln dazu führt, dass der Versicherer nicht ordnungsgemäß informiert hat, so dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt. Einerseits ist eine klare und verständliche Übermittlung der Informationen gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 VVG erforderlich. Andererseits können die AVB als Gegenstand der vorvertraglichen Information nur so übermittelt werden, wie sie vom Versicherer aufgestellt und verwendet werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Intransparenz einzelner Klauseln der Versicherer gegen § 305c Abs. 1 BGB bzw. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt und insoweit diesem Verstoß durch die Nichteinbeziehung bzw. Unwirksamkeit der Klausel und einer Anwendung von § 306 BGB Rechnung getragen wird¹⁸³⁶. Es ist daher entsprechend der zum alten Recht überwiegend vertretenen Auffassung davon auszugehen, dass die Intransparenz einzelner Klauseln keinen Verstoß gegen die Informationspflichten darstellt¹⁸³⁷.

c. Nicht rechtzeitiges Erteilen der Informationen

Werden die Informationen nicht rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers übermittelt, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf den Beginn der Widerrufsfrist hat.

Solange ihm die Informationen nicht vorliegen, sind die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG nicht erfüllt, weswegen der Lauf der Frist nicht beginnen kann. Soweit darüber hinaus in der Literatur Stellungnahmen zu finden sind, wonach im Falle einer nicht rechtzeitigen Informationserteilung dem Versicherungsnehmer ein „ewiges Widerrufsrecht“ zustehe¹⁸³⁸, bedeutete dies, dass auch eine nachträgliche Informationserteilung auf den Beginn der Widerrufsfrist keinen Einfluss hätte. Zwar stellt § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG darauf ab, dass die Widerrufsfrist zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem Versicherungsnehmer unter anderem die Informationen nach § 7 Abs. 1 und 2 VVG zugegangen sind, jedoch ist mit der Bezugnahme auf § 7 Abs. 1 VVG nicht auch der dort genannte Zeitpunkt der Informationserteilung gemeint¹⁸³⁹. Vielmehr ist diese Regelung so zu verstehen, dass die Informationen auch nachgereicht und damit, vorbehaltlich einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung, die Voraussetzungen für den Fristenlauf geschaffen werden können¹⁸⁴⁰. Dieses Normverständnis entspricht zum einen der Gesetzesbegründung zu § 8 VVG¹⁸⁴¹ und zum anderen erfordert auch

¹⁸³⁶ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (495).

¹⁸³⁷ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (495); *Leverenz*, Rn. 3/85; *H. Herrmann*, in: *B/M*, § 7, Rn. 76; *Marlow/Spuhl*, S. 33; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 293; *ders.*, Rn. 287. *Zweifeld Ebers*, in: *PK-VVR*, § 8, Rn. 27.

¹⁸³⁸ Vgl. *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (303).

¹⁸³⁹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (496).

¹⁸⁴⁰ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (496f); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 8, Rn. 25; *Gaul*, *VersR* 2007, S. 21 (22f); *Leverenz*, Rn. 3/82.

¹⁸⁴¹ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 62 li. Sp.

der Zweck des Widerrufsrechts für diesen Fall kein „ewiges Widerrufsrecht“. Denn wenn die Informationen ordnungsgemäß nachgereicht werden, kann der Versicherungsnehmer auf dieser Grundlage überlegen, ob er an dem abgeschlossenen Vertrag festhalten möchte oder nicht.

Informiert der Versicherer somit nicht rechtzeitig, beginnt die Widerrufsfrist erst zu laufen, sobald der Versicherungsnehmer die Informationen nach § 7 VVG nebst Widerrufsbelehrung erhalten hat. Folglich besteht auch in den Fällen, in denen der Versicherer keine Informationen zur Verfügung gestellt hat oder diese nicht den gesetzlichen Anforderungen genügen, die Möglichkeit, zusammen mit einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung die Informationen nachzureichen und somit die Voraussetzungen für den Beginn der Widerrufsfrist zu schaffen¹⁸⁴².

d. Beweisfragen

§ 8 Abs. 2 S. 3 VVG bestimmt, dass der Versicherer den Nachweis über den Zugang der Unterlagen nach § 8 Abs. 2 S. 1 VVG zu führen hat. Abgesehen davon, dass die vorvertraglichen Informationen nebst Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß zu gestalten und dem Versicherungsnehmer ebenso wie der Versicherungsschein zu übergeben sind, um die Widerrufsfrist in Gang zu setzen, führt die gesetzliche Beweislastregelung dazu, dass der Versicherer auch für den Fall vorsorgen sollte, dass ein Versicherungsnehmer im Streitfall, ggf. unter Verstoß gegen die prozessuale Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO¹⁸⁴³, behauptet, die vorgeschriebenen Unterlagen nicht erhalten zu haben.

aa. Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“

Wird der Versicherungsvertrag im „Antragsmodell“ angebahnt, kann der Versicherer seinen Versicherungsvertreter als Zeugen dafür benennen, dass dieser dem Versicherungsnehmer die Informationen nebst AVB und eine Widerrufsbelehrung übergeben hat. Da aber zum einen die Glaubhaftigkeit einer solchen Zeugenaussage auf Grund des Näheverhältnisses zum Versicherer in Zweifel gezogen werden kann, empfiehlt es sich für ihn, ein Empfangsbekanntnis zu entwickeln und seinen Versicherungsvertretern zur Verfügung zu stellen, damit diese sich bestätigen lassen können, die erforderlichen Unterlagen übergeben zu haben¹⁸⁴⁴. Das Empfangsbekanntnis muss zum einen den Anforderungen des § 309 Nr. 12b BGB genügen, also gesondert unterschrieben werden. Hierfür

¹⁸⁴² Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/85.

¹⁸⁴³ Vgl. *Reichold*, in: *T/P*, § 138, Rn. 1.

¹⁸⁴⁴ Vgl. *BT-Drucks.* 16/3945, S. 62 li. Sp.; *Armbrüster*, *RuS* 2008, S. 493 (498); *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (164); *Knops*, in: *B/M*, § 8, Rn. 65; *Leverenz*, Rn. 4/17; *Schimikowski*, in: *HK-VVG*, § 8, Rn. 16; *Schimikowski/Höra*, S. 117; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (719).

muss es zwar nicht in eine gesonderte Urkunde aufgenommen¹⁸⁴⁵ werden und kann daher auch in das Antragsformular integriert werden¹⁸⁴⁶, jedoch ist darauf zu achten, dass es vom übrigen Text deutlich abgesetzt wird und die Unterschrift des Versicherungsnehmers sich allein auf das Empfangsbekanntnis bezieht¹⁸⁴⁷. Zum anderen darf es über die bloße Empfangsbestätigung hinaus keine weiteren Erklärungen oder rechtlichen Wertungen enthalten¹⁸⁴⁸. Insbesondere ist es daher unzulässig, den Versicherungsnehmer bestätigen zu lassen, die „maßgebenden“ Unterlagen erhalten zu haben¹⁸⁴⁹. Es sind daher die einzelnen vom Versicherungsvertreter zu übergebenden Druckstücke genau zu bezeichnen.

Verwendet der Versicherer entsprechende Empfangsbekanntnisse, verbessert sich seine Beweissituation, da er, wie nach bisherigen Recht auch, allein vor dem Problem steht, den Zugang des Versicherungsscheins zu beweisen¹⁸⁵⁰. Denkbar ist es insoweit, den Versicherungsschein per Einschreiben mit Rückschein zu versenden¹⁸⁵¹, bei dem der Empfänger auf dem Rückschein mit Unterschrift und Datum den Empfang des Schreibens bestätigt¹⁸⁵², allerdings dürfte dies aus Kostengründen für die meisten Versicherer nicht in Frage kommen¹⁸⁵³. Darüber hinaus geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass eine Vermutung für den Zugang des Versicherungsscheins, der AVB sowie der weiteren Informationsunterlagen in Betracht kommen kann, wenn der Versicherungsnehmer bereits mehrfach die Prämie gezahlt hat und er erst danach den Widerruf mit der Behauptung erklärt, die Unterlagen seien ihm nicht zugegangen¹⁸⁵⁴. Ob für eine derartige Vermutung infolge der wiederholten Prämienzahlung tatsächlich Raum besteht, muss jedoch bezweifelt werden, denn allein aus der Tatsache der Prämienzahlung kann nicht zwingend darauf geschlossen werden, dass der Versicherungsnehmer bestimmte Unterlagen vom Versicherer erhalten¹⁸⁵⁵. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Rechtsprechung mit einer entsprechenden Vermutung die Beweislage für den Versicherer verbessern wird.

bb. Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“

Wird der Versicherungsvertrag über das „Invitatiomodell“ angebahnt, übersen-

¹⁸⁴⁵ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 309, Rn. 102; *Roloff*, in: *Erman*, § 309, Rn. 152.

¹⁸⁴⁶ Vgl. *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (164); *Leverenz*, Rn. 4/27; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (719).

¹⁸⁴⁷ Vgl. BGHZ 100, 373 (382); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 309, Rn. 102; *Roloff*, in: *Erman*, § 309, Rn. 152.

¹⁸⁴⁸ Vgl. OLG Köln, *VersR* 2000, 169 (169f); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 309, Rn. 102; *Roloff*, in: *Erman*, § 309, Rn. 152.

¹⁸⁴⁹ Vgl. OLG Köln, *VersR* 2000, 169 (169f).

¹⁸⁵⁰ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/27.

¹⁸⁵¹ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/27.

¹⁸⁵² Vgl. *Palm*, in: *Erman*, § 130, Rn. 8.

¹⁸⁵³ Vgl. im Ergebnis auch *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (166).

¹⁸⁵⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 62 li. Sp.

¹⁸⁵⁵ Vgl. *Armbrüster*, *RuS* 2008, S. 493 (498); *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 36; *Knops*, in: *B/M*, § 8, Rn. 65; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 54b.

det der Versicherer die vorvertraglichen Informationen zusammen mit den Angebotsunterlagen. Zum einen kann er in die vorgefertigte Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers ein den Anforderungen des § 309 Nr. 12b BGB genügendes Empfangsbekanntnis aufnehmen¹⁸⁵⁶. Darüber hinaus kann der Versicherer die vorvertraglichen Informationen mit der vorbereiteten Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers stets verklammert übersenden¹⁸⁵⁷. Bestreitet dieser den Erhalt der Informationen, obwohl er die Annahmeerklärung dem Versicherer übersendet hat, kann dieser seine Praxis der Angebotserstellung darlegen, so dass entweder eine tatsächliche Vermutung, zumindest aber ein gewichtiges Indiz dafür spricht, dass der Versicherungsnehmer die Unterlagen tatsächlich erhalten hat¹⁸⁵⁸. Problematisch bleibt für den Versicherer auch bei einem Vertragschluss nach dem „Invitatiomodell“ der Beweis des Zugangs des Versicherungsscheins, da dieser nach der hier vertretenen Ansicht nicht zusammen mit den Angebotsunterlagen versendet werden darf¹⁸⁵⁹. Insoweit stellt sich die Beweisproblematik ebenso wie beim „Antragsmodell“ dar¹⁸⁶⁰.

e. Rechtsfolgen des Widerrufs

Mit Blick auf die Frage, wie die einzelnen Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflichten untereinander konkurrieren, ist schließlich zu klären, welche Folgen an einen Widerruf anknüpfen. Wegen der vom Gesetzgeber verfolgten Vereinheitlichung der nach altem Recht bestehenden Lösungsrechte vom Vertrag und der damit einhergehenden überschießenden Umsetzung des Art. 6 Abs. 1 der RL 2002/65/EG¹⁸⁶¹, sind die Regelungen über den Widerruf und die Widerrufsfolgen auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie grundsätzlich „quasirichtlinienkonform“ auszulegen¹⁸⁶². Daher werden zunächst die Vorgaben der RL 2002/65/EG über die Rechtsfolgen des Widerrufs untersucht, bevor auf die Regelungen des neuen VVG eingegangen wird.

aa. Vorgaben der RL 2002/65/EG

Widerruft der Verbraucher einen Fernabsatzvertrag, darf der Anbieter gemäß Art. 7 Abs. 1 der RL 2002/65/EG Zahlung für die bis zum Widerruf erbrachte Dienstleistung verlangen, wobei die Erfüllung des Vertrages erst nach Zustim-

¹⁸⁵⁶ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/100.

¹⁸⁵⁷ Vgl. *Leverenz*, Rn. 4/100; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 8, Rn. 16.

¹⁸⁵⁸ Vgl. AG Bonn, VersR 1999, 1096; *Prölss*, in: *P/M*, § 5a, Rn. 54b, jeweils zur Übersendung der Verbraucherinformationen zusammen mit dem Versicherungsschein nach dem „Policenmodell“.

¹⁸⁵⁹ Vgl. oben unter D. III. 2.

¹⁸⁶⁰ A.A. *Leverenz*, Rn. 4/100, der jedoch die Übersendung des Versicherungsscheins zusammen mit den Angebotsunterlagen für zulässig hält, vgl. Rn. 4/63.

¹⁸⁶¹ Vgl. oben unter E. II. 2.

¹⁸⁶² Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 8, Rn. 3; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 317; *ders.*, Rn. 311; *Wandt/Ganster*, VersR 2007, S. 1034; *dies.*, VersR 2008, S. 425.

mung des Verbrauchers beginnen und der zu zahlende Summe nicht einen Betrag überschreiten darf, der dem Anteil der erbrachten Dienstleistungen im Verhältnis zum Gesamtumfang der vertraglich vorgesehenen Leistungen entspricht und nicht so bemessen ist, dass er als Vertragsstrafe ausgelegt werden kann. Einschränkung verlangt Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie weiterhin, dass der Anbieter die Zahlung nach Abs. 1 nur verlangen darf, wenn er nachweisen kann, dass er den Verbraucher über den zahlenden Betrag gemäß Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ordnungsgemäß unterrichtet hat und dieser ausdrücklich zugestimmt hat, dass mit der Vertragsausführung vor dem Ende der Widerrufsfrist begonnen wird. Art. 7 Abs. 1 und 3 der Richtlinie regeln somit die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Anbieter vom Verbraucher nach dem Widerruf eine Zahlung beanspruchen kann¹⁸⁶³.

Hiervon abweichend sieht Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie für Versicherungsverträge vor, dass der nationale Gesetzgeber bestimmen kann, dass der Verbraucher keinen Betrag schuldet, wenn er den Vertrag „kündigt“¹⁸⁶⁴.

Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie bestimmt, dass der Anbieter im Falle eines Widerrufs jeden Betrag erstatten muss, den er vom Verbraucher erhalten hat, mit Ausnahme des in Abs. 1 genannten Betrags. Abs. 4 betrifft somit den Fall der Erstattung von Zahlungen des Verbrauchers, die dieser vor Abgabe der Widerrufserklärung erbracht hat¹⁸⁶⁵.

Der Wortlaut des Abs. 4 spricht dafür, dass der in Abs. 1 genannte Betrag von der Erstattungspflicht des Anbieters in jeden Fall ausgenommen ist, also nicht auch zusätzlich die in Abs. 3 genannten Voraussetzungen für eine nachträgliche Zahlungspflicht des Verbrauchers vorliegen müssen¹⁸⁶⁶. Dies führte indes zu dem Ergebnis, dass ein Verbraucher, der durch den Anbieter weder über sein Widerrufsrecht noch über den zu zahlenden Betrag unterrichtet worden ist und der erst nach langer Zeit den Vertrag widerruft, seine anteiligen Zahlungen nicht erstattet bekäme und somit faktisch am Vertrag festgehalten würde. Der Anreiz für den Anbieter, den Verbraucher ordnungsgemäß zu belehren, wäre somit nicht sonderlich hoch. Daher ist davon auszugehen, dass der in Abs. 1 genannte Betrag nur dann von der Erstattungspflicht ausgenommen ist, wenn ebenfalls die in Abs. 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit in der Literatur in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten wird, dass zwar die in Abs. 3 genannten Voraussetzungen vorliegen müssen, jedoch keine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers zur Vertragsausführung erforderlich sei, da dieses Erfordernis

¹⁸⁶³ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 9, Rn. 7; Wandt/Ganster, VersR 2008, S. 425 (426).

¹⁸⁶⁴ Aufgrund des Regelungszusammenhangs ist davon auszugehen, dass mit der Formulierung „kündigt“ der Widerruf des Verbrauchers gemeint ist, vgl. Wandt/Ganster, VersR 2008, S. 425 (426).

¹⁸⁶⁵ Vgl. Wandt/Ganster, VersR 2008, S. 425 (427).

¹⁸⁶⁶ Vgl. Wandt/Ganster, VersR 2008, S. 425 (427).

bei der Erstattung bereits erbrachter Leistungen im Unterschied zu einer nachträglichen Zahlungspflicht keinen Sinn mache¹⁸⁶⁷, ist dem nicht zu folgen. Schließlich stünde der Verbraucher bei einer Vorleistung schlechter dar, als wenn er bis zum Widerruf noch keine Zahlungen an den Anbieter erbracht hätte. Dies wäre jedoch mit dem von der Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 13 angestrebten hohen Verbraucherschutzniveaus nicht zu vereinbaren. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung zu Nachteilen des Verbrauchers führen könne, da ohne sie kein Anspruch auf die Dienstleistung des Anbieters bestünde¹⁸⁶⁸. Entsprechende Auswirkungen der ausdrücklichen Zustimmung auf die Leistungspflicht des Anbieters sind in der Richtlinie nicht geregelt.

Es ist daher festzuhalten, dass der Anbieter vom Verbraucher für seine Dienstleistung eine anteilige Zahlung nur beanspruchen bzw. bereits erhaltene, anteilige Zahlungen gemäß Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie nur behalten kann, wenn die in Art. 7 Abs. 1 und 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind¹⁸⁶⁹.

Schließlich trifft Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie eine Regelung über die Erstattungspflicht des Verbrauchers für vom Anbieter erhaltene Geldbeträge oder Gegenstände. Diese sind innerhalb von 30 Tagen nach Abgabe der Widerrufserklärung an den Anbieter zurückzugewähren. Bei wortlautgetreuer Auslegung müsste der Verbraucher dem Anbieter bei einem Versicherungsvertrag somit eine auf Grund eines vor dem Widerrufs eingetreten Versicherungsfalles erhaltene Leistung auch dann erstatten, wenn der Verbraucher unter den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 und 3 der Richtlinie die anteilig geschuldete Prämie zahlen müsste. Dieses Ergebnis wäre jedoch sinnwidrig¹⁸⁷⁰. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie eine Rückgewährpflicht für eine empfangene Leistung nur für den Fall vorschreibt, dass der Anbieter keine anteiligen Zahlungen vom Verbraucher beanspruchen kann¹⁸⁷¹.

Da die RL 2002/65/EG ausweislich ihres Erwägungsgrundes 13 grundsätzliche eine Vollharmonisierung anstrebt und Art 7 für die Rechtsfolgen des Widerrufs, anders als Art. 4 Abs. 2 für die Informationspflichten, keine weitergehenden Regelungen zulässt, ist der deutsche Gesetzgeber gehalten, die Richtlinienvorgaben unverändert in deutsches Recht umzusetzen, so dass auch keine Abweichungen zugunsten des Verbrauchers getroffen werden dürfen¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁷ Vgl. *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (428).

¹⁸⁶⁸ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 325; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (428).

¹⁸⁶⁹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (502); *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1714); *Ebers*, in: PK-VVR, § 9, Rn. 7.

¹⁸⁷⁰ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 339; *ders.*, Rn. 334.

¹⁸⁷¹ Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1714).

¹⁸⁷² Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1714); *Ebers*, in: PK-VVR, § 9, Rn. 9; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 328; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (425f).

bb. Umsetzung im neuen VVG

Ausdrücklich geregelt sind die Rechtsfolgen des Widerrufs in § 9 VVG, der sachlich unverändert die Bestimmung des § 48c Abs. 5 VVG a.F. übernimmt¹⁸⁷³, sowie in § 152 Abs. 2 VVG, wonach abweichend von § 9 S. 1 VVG der Versicherer bei Lebensversicherungsverträgen auch den Rückkaufswert einschließlich der Überschussanteile oder, wenn dies für den Versicherungsnehmer günstiger ist, die für das erste Jahr geleisteten Prämien zu zahlen¹⁸⁷⁴. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 9 VVG jedoch nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Versicherungsschutz vor Ende der Widerrufsfrist beginnt, im Übrigen sollen sich die Folgen des Widerrufs nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 357 Abs. 1, 346 BGB richten¹⁸⁷⁵.

(1.) Materieller Versicherungsbeginn vor Ende der Widerrufsfrist

§ 9 S. 1 VVG bestimmt, dass der Versicherer nur den auf die Zeit nach Zugang des Widerrufs entfallenden Teil der Prämien zu erstatten hat, wenn der Versicherungsnehmer in der Belehrung nach § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VVG auf sein Widerrufsrecht, die Rechtsfolgen des Widerrufs sowie den zu zahlenden Betrag hingewiesen worden ist und dieser zugestimmt hat, dass der Versicherungsschutz vor Ende der Widerrufsfrist beginnt. Entgegen anders lautender Stimmen in der Literatur ist der Versicherer nicht allein unter den genannten Voraussetzungen verpflichtet, dem Versicherungsnehmer den auf den Zeitpunkt nach Zugang der Widerrufserklärung entfallenden Teil der Prämien zu erstatten¹⁸⁷⁶. Vielmehr bedeutet die Einschränkung „nur“ in § 9 S. 1 VVG, dass der Versicherer unter den dort genannten Voraussetzungen allein die auf den Zeitpunkt nach Zugang des Widerrufs entfallenden Prämien erstatten muss und im Übrigen die erbrachten Prämienzahlungen behalten kann¹⁸⁷⁷. Mit dieser Regelung wird deutlich, dass der Gesetzgeber von der in Art. 7 Abs. 2 der RL 2002/65/EG vorgesehenen Möglichkeit, den Versicherungsnehmer von jeder Zahlungspflicht freizustellen, keinen Gebrauch gemacht. Unabhängig davon ist jedoch fraglich, ob § 9 S. 1 VVG richtlinienkonform ist.

Damit der Versicherer die auf den Zeitraum vor dem Widerruf entfallenden Prämien behalten darf, verlangt § 9 S. 1 VVG, dass der Versicherungsnehmer dem Beginn des Versicherungsschutzes vor Ablauf der Widerrufsfrist zuge-

¹⁸⁷³ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 62 re. Sp.

¹⁸⁷⁴ Vgl. Römer, RuS 2008, S. 405 (410).

¹⁸⁷⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 62 re. Sp; ebenso: Ebers, in: PK-VVR, § 9, Rn. 1; Marlow/Spuhl, S. 35; Wandt, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 318; ders., Rn. 312; Wandt/Ganster, VersR 2008, S. 425 (430).

¹⁸⁷⁶ Vgl. Dörner/Staudinger, WM 2006, S. 1710 (1713).

¹⁸⁷⁷ Vgl. K. Johannsen, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 19; Wandt, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 319; ders., Rn. 313; Wandt/Ganster, VersR 2008, S. 1034 (1036); dies., VersR 2008, S. 425 (430).

stimmt hat, während gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie eine *ausdrückliche* Zustimmung Voraussetzung dafür ist, dass der Anbieter die anteiligen Zahlungen behalten kann. Das Erfordernis der Zustimmung in § 9 S. 1 VVG ist daher richtlinienkonform bzw. „quasirichtlinienkonform“ so auszulegen, dass eine ausdrückliche Zustimmung notwendig ist¹⁸⁷⁸.

Ferner setzt § 9 S. 1 VVG voraus, dass der Versicherungsnehmer nicht nur auf den zu zahlenden Betrag, sondern auch auf sein Widerrufsrecht und dessen Rechtsfolgen hinzuweisen ist. Demgegenüber verlangt die Richtlinie nur einen Hinweis auf den im Falle eines Widerrufs zu zahlenden Betrages. Ein solcher Hinweis bedingt notwendigerweise auch einen Hinweis auf das Widerrufsrecht¹⁸⁷⁹, nicht aber auf die einzelnen Rechtsfolgen des Widerrufs. Wegen der von der Richtlinie angestrebten Vollharmonisierung ist § 9 S. 1 VVG richtlinienkonform bzw. „quasirichtlinienkonform“ teleologisch zu reduzieren, so dass ein Hinweis auf die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht notwendig ist¹⁸⁸⁰. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 7 Abs. 2 der RL 2002/65/EG die Möglichkeit gehabt hätte, eine Zahlungspflicht des Verbrauchers umfassend auszuschließen und er daher auf Grund eines Erst-Recht-Schlusses auch befugt sei, an den Versicherer erhöhte Anforderungen zu stellen, um die bis zum Widerruf erbrachten Prämienzahlungen behalten zu dürfen¹⁸⁸¹. Wegen der mit der Richtlinie verfolgten Vollharmonisierung kann der nationale Gesetzgeber nämlich nur entscheiden, ob er eine Zahlungspflicht des Versicherungsnehmers gemäß Art. 7 Abs. 2 vollständig ausschließt oder eine solche unter Berücksichtigung der Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 und 3 begründet.

Liegen die Voraussetzungen des § 9 S. 1 VVG vor, kann der Versicherer die auf den Zeitraum vor Zugang des Widerrufs entfallenden Prämienzahlungen behalten. Da § 9 VVG keine weitere Regelung über die Rückgewährpflichten des Versicherungsnehmers enthält, also das Rückgewährschuldverhältnis nur unvollkommen regelt, sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 357 Abs. 1, 346 BGB analog¹⁸⁸² anzuwenden. Gleichwohl ist der Versicherungsnehmer entgegen der §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB analog nicht verpflichtet, eine zwischenzeitlich erhaltene Leistung aufgrund eines eingetretenen Versicherungsfalles zurück

¹⁸⁷⁸ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 9, Rn. 16; *Leverenz*, Rn. 4/32; a.A. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 325; *ders.*, Rn. 319f; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (432).

¹⁸⁷⁹ Vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 329; *ders.*, Rn. 324; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (431).

¹⁸⁸⁰ Vgl. *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 9, Rn. 6; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 329; *ders.*, Rn. 324; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (431).

¹⁸⁸¹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (501).

¹⁸⁸² Eine direkte Anwendung scheidet aus, da weder in § 8 VVG noch in § 9 VVG auf das allgemeine Widerrufsrecht des § 355 BGB verwiesen wird, vgl. *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap. Rn. 315 und 318; *ders.*, Rn. 309.

zu gewähren¹⁸⁸³, da insoweit die Vorgaben des Art. 7 Abs. 5 der RL 2002/65/EG zu berücksichtigen sind, wonach eine Erstattungspflicht des Verbrauchers ausgeschlossen ist, wenn der Anbieter anteilige Zahlungen behalten darf¹⁸⁸⁴. Dies gilt infolge der überschießenden Umsetzung der RL 2002/65/EG im Wege „quasirichtlinienkonformer“ Auslegung auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie.

Sind die Voraussetzungen des § 9 S. 1 VVG nicht erfüllt, ist zu differenzieren: Fehlt es an einer ausdrücklichen Zustimmung des Versicherungsnehmers zum Beginn des Versicherungsschutzes vor Ablauf der Widerrufsfrist, findet § 9 S. 2 VVG seinem Wortlaut entsprechend keine Anwendung. Es sind daher die allgemeinen Vorschriften der §§ 357 Abs. 1, 346 BGB analog anzuwenden. Da die Voraussetzungen für ein Behaltendürfen der anteiligen Prämienzahlungen des Versicherungsnehmers nicht vorliegen, hat der Versicherer diese bereits erbrachten Leistungen analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB vollständig zu erstatten¹⁸⁸⁵.

Unabhängig von der seit langem umstrittenen Frage, ob die Leistung des Versicherers ausschließlich in einer Leistung bei Eintritt des Versicherungsfalles zu sehen ist (sog. „Geldleistungstheorie“) oder ob bereits die abstrakte Gefahrtragung während der Laufzeit des Vertrages als Leistung anzusehen ist (sog. „Gefahrtragungstheorie“)¹⁸⁸⁶, scheidet eine Wertersatzpflicht des Versicherungsnehmers analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 2 BGB selbst unter Zugrundelegung der „Gefahrtragungstheorie“ aus, da hiermit die Wertung des Art. 7 Abs. 1 und 3 der RL 2002/65/EG umgangen würde¹⁸⁸⁷. Da der Versicherer keine anteiligen Prämien beanspruchen kann, müsste der Versicherungsnehmer jedoch entsprechend Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie eine auf Grund eines zwischenzeitlich eingetretenen Versicherungsfalles erhaltene Leistung des Versicherers analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB zurückgewähren¹⁸⁸⁸.

Fehlt es an einem richtlinienkonformen bzw. „quasirichtlinienkonformen“ Hinweis auf das Widerrufsrecht sowie den zu zahlenden Betrag, ist § 9 S. 2 VVG anzuwenden. Gemäß § 9 S. 2 HS 1 VVG hat der Versicherer zusätzlich zu den auf den Zeitraum nach Zugang der Widerrufserklärung entfallenden Teil der Prämien auch die für das erste Jahr des Versicherungsschutzes gezahlten Prä-

¹⁸⁸³ Vgl. im Ergebnis *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (501); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 19.

¹⁸⁸⁴ Vgl. oben unter E. II. 2. e. aa.

¹⁸⁸⁵ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (501); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 9, Rn. 12 und 16; *Knops*, in: *B/M*, § 9, Rn. 22; *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 325, Fn. 484; *ders.*, Rn. 326, Fn. 158; *Wandt/Ganster*, *VersR* 2008, S. 425 (433).

¹⁸⁸⁶ Vgl. hierzu: *Brömmelmeyer*, in: *HK-VVG*, § 1, Rn. 34f; *Dörner*, in: *BK*, Einl., Rn. 50 und 52.

¹⁸⁸⁷ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 9, Rn. 12; *Knops*, in: *B/M*, § 9, Rn. 22.

¹⁸⁸⁸ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (501); *K. Johannsen*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 8, Rn. 19.

mien zu erstatten. Dies gilt jedoch gemäß 9 S. 2 HS 2 VVG nicht, wenn der Versicherungsnehmer Leistungen aus dem Versicherungsvertrag in Anspruch genommen hat, also nach Eintritt eines Versicherungsfalles eine Leistung des Versicherers empfangen hat. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Regelung insgesamt richtlinienkonform ist.

Sind die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 und 3 der RL 2002/65/EG nicht erfüllt, darf der Versicherer vom Versicherungsnehmer keine Prämien beanspruchen. Demgegenüber hat der Versicherer gemäß § 9 S. 2 HS 1 VVG diejenigen Prämienzahlungen *nicht* zu erstatten, die auf den Zeitraum zwischen Ablauf des ersten Jahres des Versicherungsschutzes und Zugang des Widerrufs entfallen. Die aus § 9 S. 2 HS 1 VVG folgende Beschränkung der Erstattungspflicht ist somit richtlinienwidrig¹⁸⁸⁹. Fraglich ist, ob eine („quasi“-)richtlinienkonforme Auslegung von § 9 S. 2 HS 1 VVG möglich ist.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Regelung scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung dahin, dass die Erstattungspflicht des Versicherers sämtliche Prämienzahlungen umfasst, von vornherein aus. Denkbar wäre daher allenfalls eine teleologische Reduktion der Norm in der Weise, dass diese keine Anwendung findet, wenn der Widerruf ein Jahr nach Beginn des Versicherungsschutzes erklärt wird. Voraussetzung hierfür ist eine planwidrige, verdeckte Regelungslücke im Gesetz.

Problematisch ist insoweit, dass der Gesetzgeber § 9 S. 2 HS 1 VVG für richtlinienkonform hält. In der Gesetzesbegründung zu § 48c Abs. 5 VVG a.F., die sachlich § 9 VVG entspricht, führt er aus, dass der Entwurf von der Ausnahmeregelung des Art. 7 Abs. 2 der RL 2002/65/EG, nach dem ein Mitgliedsstaat abweichend von Art. 7 Abs. 1 bestimmen kann, dass der Verbraucher keinen Betrag schuldet, wenn er eine Versicherungspolice „kündigt“, keinen Gebrauch mache, weil die Leistung des Versicherers bis zum Widerruf in Anspruch genommen worden sei¹⁸⁹⁰. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass er die Regelung des Art. 7 Abs. 2 der RL 2002/65/EG nicht umgesetzt hat und daher eine vollständige Prämienersatzung durch den Versicherer nicht geboten sei. Außer Betracht bleibt dabei, dass der Versicherer, unabhängig von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie, erbrachte Zahlungen nur unter den Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 und 3 behalten darf¹⁸⁹¹. Dennoch hat der Gesetzgeber bewusst eine Beschränkung der Erstattungspflicht angeordnet, weswegen es an einer planwidrigen, verdeckten Regelungslücke im Gesetz fehlt. Bis zur notwendigen Neuregelung

¹⁸⁸⁹ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (501 und 502); *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1716); *Ebers*, in: PK-VVR, § 9, Rn. 19; *Knops*, in: *B/M*, § 9, Rn. 21; *Schimikowski*, in: HK-VVG, § 9, Rn. 6; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 335; *ders.*, Rn. 330; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (434). Ferner: *Dörner*, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (208) zu § 48c Abs. 5 VVG a.F. Zweifelnd *Mönnich*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 2, Rn. 85.

¹⁸⁹⁰ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 30 re. Sp. und S. 31 li. Sp.

¹⁸⁹¹ Vgl. *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (434).

des § 9 S. 2 HS 1 VVG ist die Norm jedoch in ihrer richtlinienwidrigen Fassung weiterhin anzuwenden¹⁸⁹².

Darüber hinaus bestehen Zweifel, ob die Regelung des § 9 S. 2 HS 2 VVG richtlinienkonform ist. Liegen die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 und 3 der RL 2002/65/EG nicht vor, kann der Versicherer vom Versicherungsnehmer keine Zahlung beanspruchen und muss gemäß Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie die gesamten bislang entrichteten Prämien erstatten. Indem die in § 9 S. 2 HS 1 VVG angeordnete Pflicht zur Rückzahlung der Prämien für das erste Jahr des Versicherungsschutzes ausgeschlossen wird, wenn der Versicherungsnehmer nach Eintritt eines Versicherungsfalles eine Leistung aufgrund des Versicherungsvertrages erhalten hat, wird die Erstattungspflicht des Versicherers in richtlinienwidriger Weise beschränkt¹⁸⁹³. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es in der Konsequenz des § 9 S. 2 HS 2 VVG liege, dass der Versicherungsnehmer die empfangene Versicherungsleistung behalten dürfe¹⁸⁹⁴. Zu berücksichtigen ist, dass § 7 Abs. 5 der RL 2002/65/EG vorschreibt, dass der Versicherungsnehmer eine empfangene Leistung zurückgewähren muss, wenn der Versicherer nicht anteilig eine Zahlung beanspruchen kann. Da dies unter den Voraussetzungen von § 9 S. 2 VVG entsprechend den Richtlinienvorgaben gerade nicht der Fall ist, ist ein Ausschluss der Erstattungspflicht des Versicherungsnehmers ebenfalls richtlinienwidrig.

Eine („quasi“-)richtlinienkonforme Auslegung des § 9 S. 2 HS 2 VVG, wonach der Versicherer umfänglich zur Erstattung der vom Versicherungsnehmer gezahlten Prämien verpflichtet ist, kommt wegen des eindeutigen Wortlauts nicht in Frage¹⁸⁹⁵. Ebenso scheidet eine („quasi“-)richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 9 S. 2 HS 2 VVG aus, da ein richtlinienkonformer Zustand nur durch eine Streichung des § 9 S. 2 HS 2 VVG zu erreichen ist und somit die Norm nicht teleologisch reduziert, sondern derogiert würde. Bis zur notwendigen Änderung des § 9 S. 2 HS 2 VVG ist die Norm jedoch weiterhin anzuwenden.

(2.) Materieller Versicherungsbeginn nach Ende der Widerrufsfrist

Liegt der materielle Versicherungsbeginn nach dem Ende der Widerrufsfrist, richten sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht nach § 9 VVG, sondern sind analog §§ 357 Abs. 1, 346 BGB zu bestimmen¹⁸⁹⁶. Analog §§ 357 Abs. 1, 346

¹⁸⁹² Vgl. *Wandt*, in *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 356; *ders.*, Rn. 330; *Wandt/Ganster*, *VersR* 2008, S. 425 (434).

¹⁸⁹³ Vgl. *Armbrüster*, *RuS* 2008, S. 493 (503); *Dörner*, in: *FS Lorenz* 2004, S. 195 (208) zu § 48c Abs. 5 VVG. Zweifelnd *Mönnich*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 2, Rn. 86.

¹⁸⁹⁴ Vgl. *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 339; *ders.*, Rn. 334f; *Wandt/Ganster*, *VersR* 2008, S. 425 (436), die jeweils ausgehend von dieser Prämisse zu einer abweichenden Beurteilung der Richtlinienwidrigkeit des § 9 S. 2 HS 2 VVG gelangen.

¹⁸⁹⁵ A.A. ohne näher auf den Wortlaut einzugehen *Armbrüster*, *RuS* 2008, S. 493 (503).

¹⁸⁹⁶ Vgl. *Armbrüster*, *RuS* 2008, S. 493 (501); *Wandt*, in: *Hdb FA VersR*, 1. Kap., Rn. 318; *ders.*, Rn. 312.

Abs. 1 BGB hat der Versicherer eventuell erhaltene Prämienzahlungen in vollem Umfang zu erstatten¹⁸⁹⁷. Da kein Versicherungsschutz vor Ablauf der Widerrufsfrist bestand, kann der Versicherungsnehmer weder analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB zur Erstattung von Versicherungsleistungen aufgrund eines zwischenzeitlich eingetretenen Versicherungsfalles sein noch analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 2 BGB zum Wertersatz für eine bis zum Widerruf erfolgte abstrakte Gefahrtragung seitens des Versicherers¹⁸⁹⁸.

3. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers

Verstöße gegen die Pflicht zur Informationserteilung können sich auf den Willensbildungsprozess eines Versicherungsnehmers bei seiner Entscheidung über den Abschluss eines Vertrages auswirken. Überlässt ein Versicherer seinem Kunden keine oder nur unvollständige bzw. unrichtige Informationen oder erteilt er diese nicht rechtzeitig, können hierdurch irrtümliche Vorstellungen über die Bedeutung und Tragweite eines beabsichtigten Vertragsschlusses entstehen. Nach allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre führen Fehlvorstellungen jedoch nicht dazu, dass eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung unwirksam ist. Vielmehr kann der Erklärende nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen seine Willenserklärung anfechten und damit rückwirkend beseitigen¹⁸⁹⁹. Zur Anfechtung berechtigt ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 1. Alt. bzw. 2. Alt. BGB, ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gemäß § 119 Abs. 2 BGB sowie ein Irrtum auf Grund einer arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB.

Dass ein Versicherungsnehmer infolge einer Verletzung der Informationspflichten einem Erklärungsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB unterliegt, dürfte weitgehend auszuschließen sein¹⁹⁰⁰. Größere Bedeutung dürften demgegenüber ein Inhaltsirrtum, ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der angebotenen Versicherung bzw. ein Irrtum infolge einer arglistigen Täuschung haben.

a. § 119 Abs. 1 1. Alt., Abs. 2 BGB

Unterlässt der Versicherer eine vorvertragliche Information oder erteilt er diese nicht rechtzeitig, ist es denkbar, dass ein Versicherungsnehmer, weil er seine Vorstellungen über den angebotenen Versicherungsschutz nicht anhand ordnungsgemäßer Informationen überprüfen kann, irrtümlich davon ausgeht, dass

¹⁸⁹⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 62 re. Sp.; *Ebers*, in: PK-VVR, § 9, Rn. 11; *Knops*, in: *B/M*, § 9, Rn. 23; *Leverenz*, Rn. 4/34; *Marlow/Spuhl*, S. 37; *Wandt*, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 318; *ders.*, Rn. 312; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, S. 425 (426).

¹⁸⁹⁸ Vgl. *Armbrüster*, RuS 2008, S. 493 (501); *Knops*, in: *B/M*, § 9, Rn. 23.

¹⁸⁹⁹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, Einf. v. § 116, Rn. 19; *Palm*, in: *Erman*, § 119, Rn. 1.

¹⁹⁰⁰ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 56.

ein bestimmtes Risiko abgedeckt sei, obwohl insoweit tatsächlich ein Risikoabschluss besteht. Infolgedessen kann seine Willenserklärung auf einem Inhaltsirrtum oder einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der angebotenen Versicherung beruhen. Hätte der Versicherungsnehmer bei verständiger Würdigung des Falles seine Willenserklärung nicht abgegeben, ist also der Irrtum kausal für die Abgabe seiner Erklärung¹⁹⁰¹, kann er diese gemäß § 121 Abs. 1 BGB unverzüglich anfechten. Die Beweislast für diese Voraussetzungen trägt der Versicherungsnehmer¹⁹⁰².

Folge der Anfechtung ist gemäß § 142 Abs. 1 BGB, dass die Willenserklärung des Versicherungsnehmers und somit der Versicherungsvertrag rückwirkend unwirksam wird. Bereits erbrachte Leistungen sind auf der Grundlage des Bereicherungsrechts gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB zurückzugewähren. Der Versicherer muss bereits geleistete Prämien zurückzahlen und der Versicherungsnehmer hat etwaige Leistungen aufgrund eines zwischenzeitlich eingetretenen Versicherungsfalles zurückzugeben¹⁹⁰³. Darüber hinaus schuldet der Versicherungsnehmer keinen Wertersatz für die zwischenzeitliche Gefahrtragung, auch wenn hierin mit der „Gefahrtragungstheorie“¹⁹⁰⁴ eine Leistung des Versicherers zu sehen sein sollte, denn die Anfechtung lässt den Vertrag rückwirkend unwirksam werden, womit auch eine abstrakte Gefahrtragung entfällt¹⁹⁰⁵. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Versicherungsnehmer bei Eintritt eines (gedeckten) Versicherungsfalles aller Wahrscheinlichkeit nach keine Anfechtung erklärt hätte und daher der Versicherer die Gefahr bis zur Anfechtung tatsächlich getragen hat¹⁹⁰⁶. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass in diesem Fall der Versicherungsnehmer faktisch auf sein Anfechtungsrecht verzichten müsste und damit der Vertrag zwischen den Parteien fortbestünde, so dass der Versicherer im Gegenzug auch weiterhin regulär die Prämienzahlungen vom Versicherungsnehmer beanspruchen könnte.

Fraglich ist schließlich, ob der Versicherungsnehmer gemäß § 122 Abs. 1 BGB dem Versicherer einen etwaigen Vertrauensschaden zu ersetzen hat. Zwar mag der Versicherer auf die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung vertraut haben, soweit jedoch der Irrtum auf einer Verletzung der Informationspflichten beruht, ist der Anspruch gemäß § 242 BGB ausgeschlossen, da er eine informierte Entscheidung des Versicherungsnehmers selbst vereitelt hat.

¹⁹⁰¹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 119, Rn. 31; *Palm*, in: *Erman*, § 119, Rn. 53.

¹⁹⁰² Vgl. *Palm*, in: *Erman*, § 119, Rn. 56; *Wendtland*, in: *Ba/Ro*, § 119, Rn. 47.

¹⁹⁰³ Vgl. *Dörner*, in: *BK*, Einl., Rn. 56.

¹⁹⁰⁴ Vgl. oben unter E. II. 2. e. bb. (1.).

¹⁹⁰⁵ Vgl. *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 195; *Dörner*, in: *BK*, Einl., Rn. 56.

¹⁹⁰⁶ Vgl. *Deutsch*, § 6, Rn. 66.

b. § 123 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für eine Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB ist, dass der Versicherer arglistig, also vorsätzlich¹⁹⁰⁷ täuscht, mithin einen Irrtum erregt¹⁹⁰⁸, und der Versicherungsnehmer hierdurch zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird, also der durch die Täuschung verursachte Irrtum für die Abgabe der Willenserklärung kausal ist¹⁹⁰⁹. Die Täuschungshandlung kann nicht nur in einem positiven Tun, sondern auch in einem pflichtwidrigen Unterlassen bestehen¹⁹¹⁰. Eine arglistige Täuschung kommt daher insbesondere in Betracht, wenn der Versicherungsvertreter, der im Lager des Versicherers steht und daher nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB ist¹⁹¹¹, im Zuge der Vertragshandlungen einen Irrtum des Versicherungsnehmers erkennt und es entgegen § 7 VVG unterlässt, die vorvertraglichen Informationen auszuhändigen, um so zu verhindern, dass der Kunde seinen Irrtum bei Durchsicht des Informationsmaterials erkennt. Gibt der Versicherungsnehmer infolge dieses Irrtums seine Willenserklärung ab, liegen die von ihm¹⁹¹² nur schwer zu beweisenden Voraussetzungen für ein Anfechtungsrecht gemäß § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB vor. Folglich kann er gemäß § 124 Abs. 1 und 2 BGB innerhalb eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung anfechten.

c. Konkurrenzverhältnis zwischen Anfechtungsrechten und Widerrufsrecht

Infolge einer Verletzung der Informationspflichten nach § 7 VVG können die Voraussetzungen für ein Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers erfüllt sein, so dass dieser sich im Wege der Anfechtung vom Versicherungsvertrag lösen kann. Demgegenüber ermöglicht auch das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 1 VVG eine Lösung vom Vertrag, wobei Verletzungen der Informationspflichten den Beginn der Widerrufsfrist hindern oder verzögern. Fraglich ist, in welchem Konkurrenzverhältnis Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers zu seinem Widerrufsrecht stehen.

Damit der Versicherungsnehmer das Widerrufsrecht ausüben kann, müssen keine besonderen Voraussetzungen erfüllt sein. Selbst in den Fällen, in denen sich der Versicherungsnehmer frei von Willensmängeln für den Abschluss eines Versicherungsvertrages entschieden hat, kann er die vertragliche Bindung lösen. Im Unterschied zum Widerruf kommt eine Anfechtung nur in Frage, wenn der Willensbildungsprozess auf Seiten des Versicherungsnehmers gestört ist, also er entweder sich über den Inhalt seiner Erklärung oder eine verkehrswesentliche

¹⁹⁰⁷ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 123, Rn. 11; *Palm*, in: *Erman*, § 123, Rn. 27.

¹⁹⁰⁸ Vgl. *Palm*, in: *Erman*, § 123, Rn. 25; *Wendtland*, in: *Ba/Ro*, § 123, Rn. 7.

¹⁹⁰⁹ Vgl. *Palm*, in: *Erman*, § 123, Rn. 26.

¹⁹¹⁰ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 123, Rn. 3 und 5; *Palm*, in: *Erman*, § 123, Rn. 11.

¹⁹¹¹ Vgl. *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. A., Rn. 154; *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 123, Rn. 13; *Palm*, in: *Erman*, § 123, Rn. 34.

¹⁹¹² Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 123, Rn. 30; *Palm*, in: *Erman*, § 123, Rn. 53.

Eigenschaft irrt oder er arglistig vom Versicherer getäuscht worden ist. Ein Anfechtungsrecht steht dem Versicherungsnehmer somit nur unter engen Voraussetzungen zu. Bereits die unterschiedlichen Voraussetzungen dieser Lösungsrechte sprechen somit dafür, dass beide Rechtsbehelfe frei miteinander konkurrieren.

Ferner unterscheiden sich die Rechtsfolgen. Während nach einem Widerruf ein Rückabwicklungsschuldverhältnis begründet wird, bei dem genau zu unterscheiden ist, wann etwa der Versicherungsschutz begonnen und ob der Versicherungsnehmer dem ausdrücklich zugestimmt hat, beseitigt die Anfechtung den Versicherungsvertrag rückwirkend, so dass die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht zu erfolgen hat. Dies ist für den Versicherungsnehmer insbesondere dann vorteilhafter, wenn etwa im Falle eines Widerrufs § 9 S. 1 VVG zum Zuge käme und er nur anteilige Prämienersatzung verlangen könnte. Dennoch ist nicht davon auszugehen, dass das Widerrufsrecht etwaige Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers ausschließt, denn jenes soll in erster Linie die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers verbessern, nicht aber zu seinem Nachteil verschlechtern. Weiterhin spricht auch die aus dem Gebot des „*effet utile*“ bzw. aus Art. 11 Abs. 1 und 3 der RL 2002/65/EG folgende Pflicht, Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht wirksam, verhältnismäßig und abschreckend auszugestalten¹⁹¹³, dafür, dass Anfechtungsrechte neben dem Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers Anwendung finden und dieser somit die Wahl hat, auf welches Gestaltungsrecht er sich berufen möchte¹⁹¹⁴. In gleicher Weise wird im Übrigen auch das Konkurrenzverhältnis der Anfechtungsrechte nach §§ 119, 123 BGB zum allgemeinen Widerrufsrecht des § 355 BGB beurteilt¹⁹¹⁵.

4. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB

a. Voraussetzungen des § 314 BGB

Ebenso wie andere Schuldverhältnisse kann auch ein Versicherungsvertrag gemäß § 314 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden¹⁹¹⁶. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Gemäß § 314 Abs. 1 S. 2 BGB liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages bis zur vereinbarten Be-

¹⁹¹³ Vgl. oben unter E. II.

¹⁹¹⁴ Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1713). Im Ergebnis auch: *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 56.

¹⁹¹⁵ Vgl. *Kramer*, in: MK, § 119, Rn. 41; *Masuch*, in: MK, § 355, Rn. 26; *Palm*, in: *Erman*, § 119, Rn. 20 und § 123, Rn. 5; *Reiner*, AcP 203, S. 1 (39); *Saenger*, in: *Erman*, § 355, Rn. 20.

¹⁹¹⁶ Vgl. BGH, VersR 1991, 580 (581); OLG Hamm, NJW-RR 2006, 1035; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2006, 465; *Baumann*, in: *B/M*, § 1, Rn. 202; *Dörner*, FS Lorenz 2004, S. 195 (201); *Ebers*, in: PK-VVR, § 11, Rn. 7; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 314, Rn. 5; *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 69.

endigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Da alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, kann auch ein pflichtwidriges Verhalten vor Vertragsschluss einen wichtigen Grund darstellen, soweit es das Verhältnis zwischen den Parteien erheblich beeinträchtigt und dem Kündigenden nicht schon bei Vertragsschluss bekannt war¹⁹¹⁷.

Verletzt ein Versicherer seine Pflichten nach § 7 VVG, kann nicht bereits jeder Verstoß unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine fristlose Kündigung rechtfertigen¹⁹¹⁸, beispielsweise weil einzelne nicht vertragsbezogene Informationen unvollständig oder unzutreffend sind. In erster Linie ist ein wichtiger Grund dann anzunehmen, wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer überhaupt nicht informiert. In diesem Fall hat der Versicherer von Anfang an nicht mit offenen Karten gespielt, weswegen der Versicherungsnehmer an dessen Redlichkeit und Zuverlässigkeit zweifeln muss und daher nicht sicher sein kann, ob dieser sich künftig ordnungsgemäß verhalten wird¹⁹¹⁹.

Liegt infolge dieser Pflichtverletzung ein wichtiger Grund vor, ist gemäß §§ 314 Abs. 2 S. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine an sich erforderliche Fristsetzung bzw. Abmahnung entbehrlich. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Vertrag trotz eines vor Vertragsschluss liegenden pflichtwidrigen Verhaltens abgeschlossen worden ist und es daher es sinnlos wäre, den Versicherer aufzufordern, künftig vor Vertragsschluss ordnungsgemäß zu informieren¹⁹²⁰.

Gemäß § 314 Abs. 3 BGB ist die Kündigung binnen einer angemessenen Frist zu erklären. Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber bewusst keine starre Frist für die Ausübung des Kündigungsrechts vorgegeben hat¹⁹²¹, verbietet es sich, unmittelbar die Widerrufsfrist des § 8 Abs. 1 VVG von zwei Wochen bzw. des § 152 Abs. 1 VVG von 30 Tagen zur Ausfüllung des gesetzlichen Wertungsspielraums heranzuziehen. Bei der Bestimmung der Fristlänge ist vielmehr darauf abzustellen, wie lang der Versicherungsnehmer braucht, um sich die Folgen der Kündigung zu überlegen und gegebenenfalls alternative Versicherungsangebote am Markt zu prüfen¹⁹²². Eine fristlose Kündigung *kann* somit auch dann noch in Frage kommen, wenn infolge einer ordnungsgemäß nachgeholten Information und Belehrung des Versicherungsnehmers die Widerrufsfrist zwischenzeitlich abgelaufen ist und damit der Versicherungsvertrag nicht mehr widerrufen werden kann.

¹⁹¹⁷ Vgl. BAG NJW 2002, 162 (163) zu § 626 BGB; Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (202); Grüneberg, in: Palandt, § 314, Rn. 7; Hohloch, in: Erman, § 314, Rn. 4; Unberath, in: Ba/Ro, § 314, Rn. 9.

¹⁹¹⁸ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (202); Ebers, in: PK-VVR, § 11, Rn. 9: Verletzung der Informationspflichten in schwerwiegender Weise.

¹⁹¹⁹ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (202).

¹⁹²⁰ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (202f).

¹⁹²¹ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 178 re. Sp.

¹⁹²² Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (203).

b. Rechtsfolgen der Kündigung

Durch die außerordentliche Kündigung wird der Versicherungsvertrag vorzeitig beendet. Gemäß § 39 Abs. 1 VVG steht somit dem Versicherer nur der Teil der Prämie zu, der dem Zeitraum entspricht, für den Versicherungsschutz bestanden hat, so dass überzahlte Prämienanteile zu erstatten sind. In der Lebensversicherung ist gemäß § 169 Abs. 1 VVG infolge der Kündigung zusätzlich der Rückkaufswert zu zahlen.

c. Konkurrenzen

aa. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Widerrufsrecht

Während das Recht zum Widerruf dem Versicherungsnehmer voraussetzungslos zusteht, besteht die Möglichkeit der fristlosen Kündigung allein unter den engen Voraussetzungen des § 314 Abs. 1 BGB, wonach ein Festhalten am Vertrag unzumutbar sein muss. Zwar ist es denkbar, dass im Falle einer nachgeholt ordnungsgemäßen Information und Belehrung die Widerrufsfrist bereits abgelaufen ist, während eine Kündigung unter Umständen noch in Betracht käme. Gerade wegen der verschiedenen Voraussetzungen beider Rechtsbehelfe steht jedoch nicht zu befürchten, dass über das Kündigungsrecht des § 314 BGB das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 1 VVG unterlaufen wird.

Bedenken gegen die Annahme eines freien Konkurrenzverhältnisses könnten daher allenfalls mit Blick auf die Rechtsfolgen der beiden Gestaltungsrechte bestehen.

Erklärt der Versicherungsnehmer den Widerruf, hat der Versicherer gemäß § 9 S. 1 VVG oder analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB, ebenso wie bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages infolge einer fristlosen Kündigung gemäß § 39 Abs. 1 VVG, die auf den Zeitpunkt nach Zugang der Widerrufserklärung entfallenden Prämienanteile zu erstatten bzw. in der Lebensversicherung, ebenso wie nach § 169 Abs. 1 VVG infolge einer Kündigung, gemäß § 152 Abs. 2 VVG zusätzlich den Rückkaufswert zu zahlen. Unterschiede ergeben sich in den Rechtsfolgen jedoch insoweit, als nach Eintritt eines Versicherungsfalles der Versicherungsnehmer, soweit er nicht ausdrücklich dem Beginn des Versicherungsschutzes vor Ablauf der Widerrufsfrist zugestimmt hat, analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB eine erhaltene Versicherungsleistung zurückgewähren muss, was bei einer Kündigung nicht der Fall wäre. Soweit sich die Rechtsfolgen des Widerrufs analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB bestimmen, hat der Versicherer zudem nicht nur die auf den Zeitpunkt nach Zugang des Widerrufs entfallenden Prämien zu erstatten, sondern auch für die Zeit davor.

Gleichwohl erscheint es mit Blick auf das Gebot, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sanktionieren¹⁹²³,

¹⁹²³ Vgl. oben unter E. II.

angebracht, die Folgen der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten nicht allein über das Widerrufsrecht zu sanktionieren, sondern auch wegen der unter Umständen weitergehenden Rechtsfolgen der Kündigung ein freies Konkurrenzverhältnis zwischen beiden Rechtsbehelfen anzunehmen. Dem ist auch nicht entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber entgegen der in Art. 11 Abs. 2 der RL 2002/65/EG vorgesehenen Möglichkeit davon Abstand genommen hat, ein jederzeitiges Kündigungsrecht zu normieren, da ein solches Recht neben dem Widerrufsrecht nicht erforderlich sei¹⁹²⁴. Schließlich handelt es sich bei § 314 BGB nicht um ein voraussetzungslos gewährtes Kündigungsrecht, so dass allein unter diesem Gesichtspunkt nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des Widerrufsrechts die nach nationalem Recht *bereits bestehenden* Kündigungsmöglichkeiten hat ausschließen wollen¹⁹²⁵.

Es ist daher als Ergebnis festzuhalten, dass der Versicherungsnehmer ein Wahlrecht hat, ob er den Widerruf oder die fristlose Kündigung erklärt¹⁹²⁶.

bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Anfechtungsrechten
Während das Recht zur Anfechtung voraussetzt, dass die vom Versicherungsnehmer abgegebene Willenserklärung irrtumsbehaftet ist und durch die Anfechtung rückwirkend beseitigt werden kann, verlangt das Recht zur fristlosen Kündigung, dass dem Versicherungsnehmer das Fortsetzen des Vertrages unzumutbar ist und dieser daher mit Wirkung für die Zukunft beendet werden kann. Anknüpfend an die unterschiedlichen Voraussetzungen weisen die Gestaltungsrechte einen verschiedenen Schutzzweck auf, denn die Anfechtung zielt darauf ab, dass der Erklärende sich von einem an sich nicht gewollten Rechtsgeschäft lösen kann, während es bei der Kündigung um die Lösung von einem nicht mehr gewollten, da unzumutbaren Vertrag geht. Schließlich unterscheiden sich auch die Rechtsfolgen, weil bei der Anfechtung eine Rückabwicklung des Vertrages erfolgt, während dieser bei der Kündigung allein mit Wirkung für die Zukunft beendet wird. Zwischen den Anfechtungsrechten und dem Recht zur fristlosen Kündigung besteht daher ebenfalls ein Wahlrecht¹⁹²⁷.

5. Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB

Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, dass der Versicherer bei einer Verletzung der vorvertraglichen Informationspflichten zum Schadensersatz verpflichtet ist, enthält das neue VVG nicht. Gleichwohl kann aus dem Fehlen einer dem § 6 Abs. 5 VVG entsprechenden Regelung nicht der Schluss gezogen werden,

¹⁹²⁴ Vgl. BT-Drucks. 15/2946, S. 31 li. Sp. zu § 48c VVG a.F.

¹⁹²⁵ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (208).

¹⁹²⁶ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (209); Dörner/Staudinger, WM 2006, S. 1710 (1713).

¹⁹²⁷ Vgl. Hohloch, in: Erman, § 314, Rn. 18.

dass der Versicherungsnehmer keinen Schadensersatz beanspruchen kann¹⁹²⁸. Eine derartige Auslegung liefe dem eindeutigen Regelungswillen des Gesetzgebers zuwider¹⁹²⁹, denn in der Gesetzesbegründung zu § 7 VVG heißt es, dass dem Versicherungsnehmer nach allgemeinem Schuldrecht ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht des Versicherers zustehen könne¹⁹³⁰. Folglich ist davon auszugehen, dass die Pflichten des § 7 VVG eine spezialgesetzliche Ausprägung des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB begründeten Schuldverhältnisses darstellen, deren schuldhafte Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch aus „culpa in contrahendo“ gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB führt¹⁹³¹.

Welchen Schaden der Versicherer zu ersetzen hat, hängt auf Grund der zur Schadensermittlung aufzustellenden Differenzhypothese davon ab, unter welchen Umständen der Versicherungsnehmer Schadensersatz verlangt. Unterschieden werden können insoweit im Wesentlichen zwei Konstellationen: Zum einen ist an den Fall zu denken, dass ein (vermeintlicher) Versicherungsfall eintritt, für den auf Grund des abgeschlossenen Versicherungsvertrages keine Deckung besteht und der Versicherungsnehmer nun geltend macht, dass er bei ordnungsgemäßer Information einen anderen Vertrag mit demselben oder einem anderen Versicherer abgeschlossen hätte, aus dem ihm nun ein Deckungsanspruch zustünde. Zum anderen kommt der Fall in Betracht, dass noch kein Versicherungsfall eingetreten ist, jedoch der Versicherungsnehmer eine Lösung vom Vertrag anstrebt, weil er bei ordnungsgemäßer Information den Vertrag nicht abgeschlossen hätte bzw. einen anderen Vertrag mit demselben oder einem anderen Versicherer.

a. Ersatzpflicht nach Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles

aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden

Verletzt der Versicherer schuldhaft¹⁹³² die Informationspflichten nach § 7 VVG, indem er es unterlässt, den Versicherungsnehmer ordnungsgemäß zu informieren oder, indem er ihn unvollständig, unzutreffend oder nicht rechtzeitig informiert, muss diese Pflichtverletzung zu einem ersatzfähigen Schaden führen. Trägt der Versicherungsnehmer nach Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles vor, er hätte bei einer ordnungsgemäßen Information einen anderen Versicherungsvertrag bei dem gleichen oder einem anderen Versicherer abgeschlossen, aus dem er nun Leistungen beanspruchen könnte, ist der Schaden in dem Fehlen

¹⁹²⁸ Kritisch A. Staudinger, S. 13.

¹⁹²⁹ Vgl. Leverenz, Rn. 3/89.

¹⁹³⁰ BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

¹⁹³¹ Vgl. Schwintowski, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 18, Rn. 129.

¹⁹³² Ein Verschulden des Versicherungsvertreters wird ihm gemäß § 278 BGB zugerechnet.

eines den Versicherungsfall erfassenden Deckungsanspruchs zu sehen. Er kann daher gemäß § 249 Abs. 1 BGB Naturalrestitution verlangen und ist damit so zu stellen, wie er stünde, wenn er den anderen Vertrag abgeschlossen hätte. Folglich kann er zu den Konditionen des anderen Vertrages Deckung beanspruchen¹⁹³³ und erhalte somit eine „Quasi-Deckung“¹⁹³⁴.

Darüber hinaus kann der Versicherungsnehmer anteilige Rückzahlung seiner Prämien verlangen, sofern der andere Versicherungsvertrag preiswerter gewesen wäre. Wäre für den anderen Vertrag demgegenüber eine höhere Prämie fällig gewesen, muss er sich die Prämien Differenz im Wege des Vorteilsausgleichs von seinem Schadensersatzanspruch abziehen lassen¹⁹³⁵.

Fraglich ist, wer die Beweislast für die Pflichtverletzung, das Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens und das Verschulden trägt. Nach allgemeinen Regeln der Beweislast muss bei einem Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB der Anspruchssteller sowohl die Pflichtverletzung als auch den Eintritt eines Schadens beweisen, während gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Verschulden vermutet wird¹⁹³⁶. Entsprechendes gilt daher auch für einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Informationspflichten des § 7 VVG. Insbesondere mit Blick auf die Entstehung eines ersatzfähigen Schadens muss somit der Versicherungsnehmer darlegen und beweisen, dass es ihm möglich gewesen wäre, mit dem gleichen oder einem anderen Versicherer einen Vertrag abzuschließen, aus dem er nun Deckung beanspruchen könnte. Kann er diesen Nachweis nicht führen, etwa weil ein entsprechender Versicherungsschutz am Markt nicht erhältlich ist, entfällt ein Anspruch auf Schadensersatz¹⁹³⁷, schließlich hätte er die Folgen der Unversicherbarkeit seines Risikos auch bei einer ordnungsgemäßen Information tragen müssen¹⁹³⁸.

bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

(1.) Kausalitätsvermutung

Der Versicherungsnehmer muss den Versicherungsvertrag infolge der Pflichtverletzung abgeschlossen und daher einen anderweitigen Vertragsschluss unterlassen haben. Nach allgemeinen Regeln der Beweislast müsste er als Anspruchsteller diesen Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und

¹⁹³³ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (57); ders., in: FS Lorenz 2004, S. 195 (197); Dörner/Hoffmann, NJW 1996, S. 153 (158); Ebers, in: PK-VVR, § 7, Rn. 57; Römer, S. 35.

¹⁹³⁴ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (57); ders., in: FS Lorenz 2004, S. 195 (197).

¹⁹³⁵ Vgl. Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (57); Ebers, in: PK-VVR, § 7, Rn. 57; Reiff, in: VersR Hdb, § 5, Rn. 103.

¹⁹³⁶ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 311, Rn. 59.

¹⁹³⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, RuS 1998, 362; OLG Hamm, VersR 1995, 1345 (1346); OLG Köln, VersR 1990, 1381 (1382); Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (58); Miittinen, S. 275f und 281f; Schirmer, RuS 1999, S. 177.

¹⁹³⁸ Vgl. Römer, S. 36.

Schadenseintritt beweisen¹⁹³⁹. Fraglich ist jedoch, ob nicht der Zweck der Informationspflichten eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Versicherers rechtfertigt.

In der Rechtsprechung des BGH ist eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs bei der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten anerkannt¹⁹⁴⁰. Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden ursächlich ist, also der Geschädigte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung aufklärungsrichtig bzw. beratungsgerecht, mithin rational verhalten hätte¹⁹⁴¹. Es ist daher Sache des Aufklärungspflichtigen, darzulegen und zu beweisen, dass der andere Teil sich über den Rat oder Hinweis hinweggesetzt hätte und somit auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Schaden eingetreten wäre¹⁹⁴². Einschränkend hat diese Vermutung jedoch zur Voraussetzung, dass infolge einer pflichtgemäßen Aufklärung oder Beratung vernünftigerweise nur *eine* den Schadenseintritt verhindernde Verhaltensweise in Betracht gekommen wäre¹⁹⁴³ oder, dass von mehreren in Frage kommenden Reaktionsmöglichkeiten *jede für sich* geeignet gewesen wäre, den eingetretenen Schaden zu vermeiden¹⁹⁴⁴. Hätte eine ordnungsgemäße Aufklärung demgegenüber einen Entscheidungskonflikt ausgelöst, da verschiedene Verhaltensweisen denkbar gewesen wären, bei der nicht jede für sich den Eintritt des Schadens verhindert hätte¹⁹⁴⁵, ist für eine Vermutung der Kausalität kein Raum¹⁹⁴⁶.

(2.) Übertragbarkeit der Kausalitätsvermutung auf die Verletzung von Informationspflichten

Die Kausalitätsvermutung ist in Rechtsprechung und Literatur auch auf versicherungsrechtliche Aufklärungs- und Beratungspflichten übertragen worden¹⁹⁴⁷.

¹⁹³⁹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 311, Rn. 59.

¹⁹⁴⁰ Vgl. BGHZ 61, 118 (120f); 64, 46 (51); 72, 92 (106); 94, 356 (363); 111, 75 (81f); 124, 151 (159f); 151, 5 (12). Abweichend für Verträge mit rechtlichen Beratern BGHZ 123 311 (314f); BGHZ 126, 217 (223); BGH NJW 2002, 593 (594): Keine Umkehr der Beweislast, sondern nur eine tatsächliche Vermutung des Ursachenzusammenhangs.

¹⁹⁴¹ Vgl. *Emmerich*, in: MK, § 311, Rn. 269; *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 280, Rn. 39; *Römer*, S. 36.

¹⁹⁴² Vgl. BGHZ 94, 356 (363); *Römer*, S. 36.

¹⁹⁴³ Vgl. BGH WM 1994, 1466 (1467); 1997, 811 (813); NJW 2001, 2021 (2022); NJW 2004, 2967 (2969); *Emmerich*, in: MK, § 311, Rn. 269; *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 280, Rn. 39; *Römer*, S. 37.

¹⁹⁴⁴ Vgl. BGHZ 151, 5 (12); BGH NJW 2005, 1113; *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 280, Rn. 39.

¹⁹⁴⁵ Vgl. Vgl. BGHZ 124, 151 (159f); BGH NJW 2005, 1113; NJW 2004, 2967 (2969); NJW 2001, 2021 (2022); *Emmerich*, in: MK, § 311, Rn. 269.

¹⁹⁴⁶ Vgl. *Emmerich*, in: MK, § 311, Rn. 269.

¹⁹⁴⁷ Vgl. BGH VersR 1989, 1093 (1094); OLG Düsseldorf, VersR 2001, 705 (706); RuS 2006, 331 (332f); OLG Hamm, RuS 2001, 334 (336); OLG Köln, VersR 1994, 342 (343); VersR 1998, 180 (181); OLG Oldenburg, VersR 1998, 220 (221f); OLG Stuttgart, VersR 2007, 1069 (1070); *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (57f); *ders.*, in: *FS Lorenz* 2004, S. 195 (197); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 47; *Ihle*, S. 217f; *Kollhossler*, in: *P/M*, § 43, Rn. 38; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, § 5, Rn. 118; *Römer*, S. 37. A.A. *Langheid*, in: *R/L*, § 43, Rn. 51.

Zweifelhaft ist indes, ob die Vermutung nur für individuelle Aufklärungs- und Beratungspflichten gilt oder ob diese auch auf die generellen Informationspflichten des § 7 VVG angewendet werden kann. In diesem Fall hätte nicht der Versicherungsnehmer zu beweisen, dass er bei ordnungsgemäßer Information von dem konkreten Vertrag Abstand genommen und einen anderen abgeschlossen hätte, sondern der Versicherer müsste Beweis dafür antreten, dass der gleiche Vertrag auch bei pflichtgemäßer Information zustande gekommen worden wäre.

(a.) Meinungsstand in der Literatur

Die hier aufgeworfene Frage stellt sich nicht nur im Versicherungsrecht, sondern auch im Verbraucherschutzrecht des BGB, etwa mit Blick auf die Informationspflichten im Fernabsatz:

Teilweise wird dort davon ausgegangen, dass die in der Rechtsprechung aufgestellte Kausalitätsvermutung auch bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung jener Pflichten herangezogen werden könne¹⁹⁴⁸. Die hiermit verbundene Beweislastumkehr sei mit Blick auf die einschlägigen europarechtlichen Vorgaben zu rechtfertigen, da anderenfalls die Wirksamkeit der Sanktion durch Schadensersatzansprüche wegen der Beweisprobleme beeinträchtigt würde¹⁹⁴⁹. Überdies lasse sich die Vermutung schon deshalb auf die Fälle der speziellen Informationspflichten übertragen, weil es hier, ebenso wie bei den anderen Aufklärungspflichten, um eine Haftung für Informationsdefizite gehe¹⁹⁵⁰.

Demgegenüber wird auch die Ansicht vertreten, dass im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nicht ohne weiteres auf die Kausalitätsvermutung zurückgegriffen werden könne. Sie setze voraus, dass es für die aufklärungsberechtigte Partei nur eine Entscheidung gebe, nämlich das Abstandnehmen vom Vertrag und somit ein Entscheidungskonflikt ausscheide. Daran fehle es bei den Informationspflichten typischerweise, weil sie inhaltlich neutral seien und nichts anderes bezweckten, als dem Verbraucher eine vollständige Entscheidungsgrundlage zu geben¹⁹⁵¹.

Ähnlich gespalten zeigt sich die Literatur zu den Informationspflichten im Versicherungsrecht:

Bereits zu den Pflichten des § 10a Abs. 1 i.V.m. Anlage D VAG a.F. gingen Teile der Literatur davon aus, dass die Kausalität im Rahmen eines Anspruchs aus „culpa in contrahendo“ vermutet werden könne¹⁹⁵². Auch zu den Informati-

¹⁹⁴⁸ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, Einf. BGB-InfoV, Rn. 11; *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (838); *Meller-Hannich*, S. 216.

¹⁹⁴⁹ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (838).

¹⁹⁵⁰ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (838).

¹⁹⁵¹ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 51.

¹⁹⁵² Vgl. *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (159f); *S. Hoffmann*, S. 221f.

onspflichten des neuen VVG wird diese Auffassung vertreten¹⁹⁵³, teils jedoch mit der Einschränkung, dass die betreffenden Informationen für den Versicherungsnehmer entscheidungserheblich sein, also auf den vorvertraglichen Willensbildungsprozess einwirken müssen, wie etwa § 1 Abs. 1 Nr. 6b, Nr. 7 und Nr. 13-15 VVG-InfoV¹⁹⁵⁴.

Andere lehnen demgegenüber die Kausalitätsvermutung für die Fälle der Verletzung des § 7 VVG ab, da es hier nicht um eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Beratung gehe¹⁹⁵⁵.

(b.) Analyse der Rechtsprechung

Um eine Aussage darüber treffen zu können, ob die Kausalitätsvermutung auf die Verletzung von generellen Informationspflichten angewendet werden kann, sind zunächst die Gründe zu untersuchen, welche die Rechtsprechung dazu veranlasst haben, eine Umkehr der Beweislast bei der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten anzunehmen.

Während in späteren Entscheidungen des BGH lediglich von einer ständigen Rechtsprechung die Rede ist¹⁹⁵⁶, finden sich die wesentlichen Erwägungen für eine Annahme der Beweislastumkehr in seinen ersten einschlägigen Entscheidungen:

Danach nimmt der BGH eine Beweislastumkehr bei der Verletzung von Aufklärungspflichten an, die dazu bestimmt seien, den Vertragsgegner zu einer Entscheidung über Maßnahmen zu bewegen, durch die ihm möglicherweise ein Schaden droht¹⁹⁵⁷. Der Zweck solcher Aufklärungs- und Beratungspflichten bestehe auch darin, Klarheit darüber zu schaffen, ob der Vertragsgegner, wenn ihm das jeweilige Risiko in seiner ganzen Tragweite bewusst gemacht wird, trotzdem an der ins Auge gefassten Maßnahme festhalten will¹⁹⁵⁸. Es geht mithin um Aufklärungspflichten, die dem anderen Teil eine Entscheidung über das Für und Wider einer Maßnahme ermöglichen sollen, damit er in Kenntnis eventueller Risiken für sich eine bewusste Entscheidung treffen kann. Weiterhin geht der BGH davon aus, die Aufklärung solle gerade die in den Fällen dieser Art häufig auftretende Beweisnot lindern, die darin bestehe, dass sich nachträglich nur schwer mit der erforderlichen Zuverlässigkeit beurteilen lasse, wie der Betroffene bei rechtzeitiger Kenntnis von schadensdrohenden Umständen gehandelt hätte¹⁹⁵⁹. Dem vorzubeugen, sei einer der Zwecke der Aufklärungspflichten, schließlich wäre ihm auch wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragspartner

¹⁹⁵³ Vgl. *Leverenz*, Rn. 3/90.

¹⁹⁵⁴ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 61.

¹⁹⁵⁵ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 36.

¹⁹⁵⁶ Vgl. BGHZ 94, 356 (363); 111, 75 (81f); 124, 151 (159); BGH WM 1997, 811 (813).

¹⁹⁵⁷ Vgl. BGHZ 61, 118 (121).

¹⁹⁵⁸ Vgl. BGHZ 61, 118 (121); 64, 46 (51).

¹⁹⁵⁹ Vgl. BGHZ 61, 118 (121f); 64, 46 (51f).

zwar an sich wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig an der Beweisführung scheitern würde¹⁹⁶⁰. Der BGH misst solchen Aufklärungspflichten somit auch den Schutzzweck zu, etwaigen Beweisschwierigkeiten des Aufklärungsberechtigten vorzubeugen, da anderenfalls die in der Schadensersatzpflicht liegende Sanktion des Aufklärungspflichtigen praktisch leer liefe.

(c.) Stellungnahme

Der Zweck der Informationspflichten des § 7 VVG liegt darin, die zwischen den Parteien aufgrund einer informationellen Unterlegenheit des Versicherungsnehmers gestörte Vertragsparität wiederherzustellen, indem er durch die erteilten Informationen in die Lage versetzt wird, eine rationale Entscheidung über den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu treffen¹⁹⁶¹. Dementsprechend sehen auch die Erwägungsgründe zu den hinter den Informationspflichten stehenden Richtlinienvorgaben vor, dass diese dazu dienen, dem Verbraucher eine informierte Entscheidung über den Vertragsschluss¹⁹⁶² bzw. dem Versicherungsnehmer die Auswahl eines seinen Bedürfnissen entsprechenden Vertrages zu ermöglichen¹⁹⁶³. Die Informationspflichten des § 7 VVG erfüllen damit den gleichen Zweck wie die in der Rechtsprechung angesprochenen individuellen Aufklärungspflichten, nämlich dem anderen Teil die Kenntnisse zu verschaffen, die er benötigt, um das Für und Wider einer Maßnahme abwägen zu können. An diesem Schutzzweck ändert auch der Umstand nichts, dass die Informationen allen Versicherungsnehmern gegenüber erteilt werden müssen und somit, anders als individuelle Aufklärungs- und Beratungspflichten, nicht mit Blick auf die Umstände des Einzelfalles, schließlich steht hinter ihnen die gesetzgeberische Wertung, dass jeder Versicherungsnehmer informationsbedürftig ist. Aus diesem Grunde überzeugt auch der in der versicherungsrechtlichen Literatur erhobene Einwand nicht, dass die Informationen des § 7 VVG ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles erteilt werden und daher die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht vermutet werden könne¹⁹⁶⁴.

Ebenfalls nicht überzeugen kann das zu den Informationspflichten des § 312c BGB vorgetragene Argument, diese seien inhaltlich neutral und bezweckten, dem Verbraucher eine vollständige Entscheidungsgrundlage zu geben, weswegen regelmäßig nicht nur eine Entscheidung des Verbrauchers in Frage komme und daher auf Grund eines Entscheidungskonfliktes nicht auf die Kausalitäts-

¹⁹⁶⁰ Vgl. BGHZ 61, 118 (122).

¹⁹⁶¹ Vgl. oben unter C. III. 1. b.-d.

¹⁹⁶² Vgl. Erwägungsgrund 21 der RL 2002/65/EG.

¹⁹⁶³ Vgl. Erwägungsgrund 52 der RL 2002/83/EG.

¹⁹⁶⁴ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 36.

vermutung nicht zurückgegriffen werden könne¹⁹⁶⁵. Zwar ist es richtig, dass im Falle eines Entscheidungskonfliktes die Kausalitätsvermutung nicht eingreift. Dennoch kann aus dem Zweck der Informationspflichten, dem Berechtigten eine Entscheidungsgrundlage zu geben, nicht geschlossen werden, dass bei einer ordnungsgemäßen Informationserteilung in jedem Fall ein die Kausalitätsvermutung ausschließender Entscheidungskonflikt eintritt. Auch wenn die Informationen unabhängig vom Einzelfall und damit inhaltlich neutral erteilt werden, können sie in der konkreten Situation für den Berechtigten so wirken wie eine individuelle Aufklärungspflicht, etwa weil gerade eine bestimmte Information für seine Entscheidung über den Vertragsschluss von entscheidender Bedeutung ist.

Es ist somit festzustellen, dass der Schutzzweck der Informationspflichten des § 7 VVG in die gleiche Richtung zielt wie der der Aufklärungspflichten, bei denen der BGH eine Beweislastumkehr annimmt. Unter diesem Gesichtspunkt ist daher eine Übertragung der Kausalitätsvermutung gerechtfertigt.

Ebenso wie bei den Aufklärungspflichten trifft auch das in der Rechtsprechung für eine Beweislastumkehr vorgebrachte Argument der schwierigen Beweislage des Aufklärungsberechtigten sowie der unzureichenden Sanktion des Aufklärungspflichtigen auf die Situation bei den Informationspflichten des § 7 VVG zu. In gleicher Weise steht hier der Informationsberechtigte vor der Situation, im Nachhinein darlegen und beweisen zu müssen, wie er auf eine bestimmte Information reagiert hätte, wenn sie ihm ordnungsgemäß erteilt worden wäre. Dieser Darlegungs- und Beweislast wird ein Versicherungsnehmer kaum genügen können. Auf der anderen Seite hätte der Versicherer im Hinblick auf die Sanktionierung einer Informationspflichtverletzung, die ausweislich der Gesetzesbegründung gerade auch in einer Schadensersatzpflicht bestehen soll¹⁹⁶⁶, kaum etwas zu befürchten.

Da die vorvertraglichen Informationspflichten weitgehend auf europarechtlichen Vorgaben beruhen, gewinnt der Umstand einer unzureichenden Sanktion des Informationspflichtigen wegen der Pflicht, Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sanktionieren¹⁹⁶⁷, erheblich an Bedeutung. Überdies rechtfertigt auch der BGH die Beweislastumkehr mit dem Argument einer ungenügenden Sanktion des Aufklärungspflichtigen, weswegen dieser Aspekt in besonderer Weise dafür spricht, die Kausalität zwischen der Verletzung einer Informationspflicht und dem Eintritt eines Schadens zu vermuten. Mit Blick auf das Versicherungsrecht ist daher den Vertretern der Ansicht, dass die Kausalität bei der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten im Verbraucherschutzrecht des BGB wegen ihres europarechtlichen Hintergrundes

¹⁹⁶⁵ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 51.

¹⁹⁶⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

¹⁹⁶⁷ Vgl. oben unter E. II.

zu vermuten sei¹⁹⁶⁸, beizupflichten.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die in der Rechtsprechung zu der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten entwickelte Kausalitätsvermutung auch auf die Verletzung der generellen Informationspflichten des § 7 VVG übertragen werden kann. Fraglich ist allein, ob eine Beschränkung dieser Vermutung auf sog. entscheidungserhebliche Informationen notwendig ist, wie dies in der Literatur teilweise vertreten wird¹⁹⁶⁹.

Gegen eine solche Einschränkung spricht zum einen, dass es abstrakt nur schwer feststellbar ist, welche Informationen für einen Versicherungsnehmer entscheidungserheblich sind, zumal hinter sämtlichen Informationspflichten die Erwägung steht, dass sie ihm eine informierte Entscheidung ermöglichen sollen. Zudem ist ein derartiges Vorgehen angesichts der Voraussetzungen der Kausalitätsvermutung unnötig, da diese im Falle eines Entscheidungskonfliktes nicht zum Zuge kommt. Da die Voraussetzungen einer Vermutung von demjenigen darzulegen und zu beweisen sind, der sich auf die Vermutungsfolge berufen möchte¹⁹⁷⁰, ist es dementsprechend Sache des Versicherungsnehmers, vorzutragen und Beweis dafür anzutreten, weswegen bei Erteilung einer bestimmten Information vernünftigerweise nur eine, den Schadenseintritt vermeidende Reaktion in Frage gekommen wäre und somit ein Entscheidungskonflikt nicht bestanden hätte.

(3.) Widerlegung der Kausalitätsvermutung

(a.) Keine Kenntnisnahme der Informationen

Den Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden kann der Versicherer in den Fällen widerlegen, in denen er zwar rechtzeitig informiert hat, aber die Informationen inhaltliche Mängel aufweisen, wenn er darlegen und beweisen kann, dass der Versicherungsnehmer von der ihm eingeräumten Möglichkeit der Kenntnisnahme keinen Gebrauch gemacht hat. Praktische Bedeutung hat diese Konstellation vor allem für die Anbahnung eines Versicherungsvertrages nach dem „Antragsmodell“, bei der der Versicherungsnehmer sich nach Erhalt der Informationen unmittelbar zur Antragsstellung entschließt. In dieser Situation können die fehlerhaften Informationen sich nicht auf seine Auswahlentscheidung ausgewirkt haben.

(b.) Nachträgliche Information des Versicherungsnehmers

Fraglich ist, ob die Kausalitätsvermutung widerlegt ist, wenn der Versicherer zwar nicht rechtzeitig informiert, jedoch eine ordnungsgemäße Information

¹⁹⁶⁸ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (838).

¹⁹⁶⁹ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 61.

¹⁹⁷⁰ Vgl. *Huber*, in: *Musielak*, § 292, Rn. 4; *Reichold*, in: *T/P*, § 292, Rn. 2.

nachgeholt hat und der Versicherungsnehmer trotz der ihm vorliegenden Informationen keinen Widerruf erklärt. Entsprechendes könnte gelten, wenn der Versicherungsnehmer den Vertrag nicht widerrufen aber auch nicht vom Versicherer eine Änderung des Vertrages verlangt hat, was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn er den eventuell in Teilen bedarfsgerechten Versicherungsschutz nicht durch einen Widerruf verlieren will.

Erhält der Versicherungsnehmer die Informationen erst nach Abgabe seiner Vertragserklärung, hat er sich bereits für den Abschluss des Versicherungsvertrages entschieden. Der ursprüngliche Zweck der Informationspflichten, für eine informierte Entscheidung des Versicherungsnehmers zu sorgen, kann daher nicht mehr erreicht werden. Gleichwohl bietet eine nachträgliche Information einen Anlass, sich mit dieser auseinanderzusetzen. Unterlässt dies der Versicherungsnehmer oder gelangt er bei Durchsicht der Informationen zu dem Ergebnis, dass der abgeschlossene Vertrag seinem Bedarf entspricht, wird er infolgedessen sich auch nicht an den Versicherer wenden, um den Vertrag zu widerrufen bzw. eine Änderung seines Versicherungsschutzes zu veranlassen. Das Ausbleiben einer solchen Reaktion ist somit ein starkes Indiz dafür, dass der Versicherungsnehmer die Informationen nicht zur Kenntnis genommen hat oder er trotz einer Kenntnisnahme den Versicherungsvertrag für bedarfsgerecht hält. Wenn nun nach Eintritt eines Versicherungsfalles geltend gemacht wird, dass bei einer rechtzeitigen Information dieser Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, spricht die Indizwirkung des vorangegangenen Schweigens entscheidend gegen die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Eintritt des geltend gemachten Schaden, weil davon auszugehen ist, dass die Informationen auch bei rechtzeitiger Erteilung nicht zur Kenntnis genommen worden wären oder an der Entscheidung des Versicherungsnehmers nichts geändert hätten.

Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass er nach Erhalt der Informationen einen gewissen Zeitraum benötigt, um diese zur Kenntnis zu nehmen und zu entscheiden, inwieweit der abgeschlossene Vertrag nicht bedarfsgerecht und dieser daher zu widerrufen oder eine Änderung des Versicherungsschutzes zu veranlassen ist. Fraglich ist, wie lange dieser Zeitraum zu bemessen ist.

Mit Blick auf die Ausübung des Widerrufsrechts ist diese Frage gesetzlich mit der Widerrufsfrist des § 8 Abs. 1 bzw. § 152 Abs. 1 VVG geklärt. Da der Versicherungsnehmer vor der Ausübung des Widerrufsrechts überlegen sollte, ob der abgeschlossene Vertrag überhaupt bedarfsgerecht ist, spricht dieser Umstand dafür, die Dauer der Widerrufsfrist entsprechend zur Bestimmung des Zeitraumes heranzuziehen, in dem mit einem Verlangen nach Änderung des Versicherungsschutzes zu rechnen ist, etwa wenn der Versicherungsnehmer den Vertrag nicht insgesamt widerrufen will, um den eventuell in Teilen bedarfsgerechten Versicherungsschutz nicht zu gefährden.

Erklärt der Versicherungsnehmer keinen Widerruf oder wendet er sich nicht innerhalb von zwei Wochen bzw. 30 Tagen an den Versicherer, um eine Änderung des Versicherungsschutzes zu verlangen, spricht das hierin liegende Indiz entscheidend gegen die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden, weswegen dann die Kausalitätsvermutung widerlegt ist und damit ein Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers ausscheidet¹⁹⁷¹.

(c.) Informationen in den AVB

Ob die Kausalitätsvermutung widerlegt ist, wenn der Versicherungsnehmer zwar nicht ordnungsgemäß informiert worden ist, ihm aber die AVB übergeben worden sind und er diesen die einschlägigen Informationen hätte entnehmen können, erscheint zweifelhaft.

Soweit die vorvertraglichen Informationen auch in den AVB übermittelt werden können, ist diese Konstellation der Informationspflichtverletzung von vornherein nicht denkbar. Anders verhält es sich bei den Informationen, die zwar den AVB entnommen werden können, aber dennoch in gesonderter Form übermittelt werden müssen, wie etwa gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV Angaben über die wesentlichen Merkmale der Versicherungsleistung¹⁹⁷². Entsprechendes gilt, soweit in den AVB enthaltene Informationen auch dem nach § 4 VVG-InfoV zu überreichenden Produktinformationsblatt entnommen werden können und der Versicherungsnehmer dieses nicht erhält.

Unter diesen Voraussetzungen könnte ein Versicherungsnehmer geltend machen, dass er bei ordnungsgemäßer Informationserteilung die notwendigen Informationen zur Kenntnis genommen und infolgedessen einen anderen Vertrag abgeschlossen hätte. Dennoch steht der Umstand, dass die nach § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV zu erteilenden Informationen den AVB entnommen werden können oder das Produktinformationsblatt entsprechende Angaben enthält, dem Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht zwingenden entgegen. Immerhin soll die von den AVB gelöste Form der Informationserteilung gerade einen Anreiz bieten, die vorvertraglichen Informationen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen, wie sich insbesondere an den Erwägungen zeigt, die hinter der Einführung des Produktinformationsblattes stehen¹⁹⁷³.

Relevant wird dieser Aspekt jedoch auf der Ebene des Mitverschuldens nach §

¹⁹⁷¹ Im Ergebnis ähnlich: *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (157f): Widersprüchliches Verhalten des Versicherungsnehmers, wenn er ungenutzt die Widerspruchsfrist des § 5a VVG a.F. verstreichen lässt, aber im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz geltend macht, er hätte bei ordnungsgemäßer Information den Vertrag nicht geschlossen. Vgl. ebenfalls LG Köln, VersR 1985, 381 (381f); *Römer*, S. 36 zu den Aufklärungspflichten des Versicherers: Erfährt der Versicherungsnehmer von einer Aufklärungspflichtverletzung des Versicherers und unterlässt es, sich anderweitig um Versicherungsschutz zu kümmern, kann er den Schaden mangels Kausalität bzw. wegen Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs nicht dem Versicherer aufbürden.

¹⁹⁷² Vgl. oben unter C. III. 4. f. bb.

¹⁹⁷³ Vgl. oben unter C. III. 4. d. ff. (1.).

254 Abs. 1 BGB.

cc. Mitverschulden

Eine Kürzung des Schadensersatzanspruchs kommt in Betracht, wenn bei der Entstehung des Schadens gemäß § 254 Abs. 1 BGB ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers mitgewirkt hat.

Denkbar ist dies in der soeben angesprochenen Konstellation¹⁹⁷⁴, dass der Versicherungsnehmer zwar die AVB erhalten hat, ihm jedoch hiervon getrennt nicht die Informationen nach § 1 Abs. 1 Nr. 6b VVG-InfoV übergeben worden sind oder er kein Produktinformationsblatt erhalten hat. Zwar kann der Versicherungsnehmer vortragen, dass er bei einer ordnungsgemäßen Informationserteilung die gesondert zu übermittelnden Informationen zur Kenntnis genommen und dann einen anderen Vertrag geschlossen hätte. Soweit er aber diese Informationen auch den AVB hätte entnehmen können, er diese aber nicht weiter durchgesehen und so die nach seinem Vortrag maßgeblichen Informationen nicht zur Kenntnis genommen hat, ist dieses Unterlassen als Mitverschulden des Versicherungsnehmers zu werten. Anderenfalls liefe die in der Übergabe der AVB liegende Informationsfunktion in diesem Punkt leer. Fraglich ist, wie dieses Mitverschulden zu gewichten ist.

Einerseits soll die von den AVB gelöste Form der Information dazu beitragen, dass diese tatsächlich zur Kenntnis genommen wird. Andererseits sind die AVB ihrerseits Teil der vorvertraglichen Informationen, weswegen grundsätzlich eine Kenntnisnahme erwartet werden kann. Um jedoch dem Gedanken einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten Rechnung zu tragen¹⁹⁷⁵, wäre es verfehlt, von einem überwiegenden Verschulden des Versicherungsnehmers auszugehen.

b. Ersatzpflicht vor Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles

aa. Schuldhafte Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden

Ebenso wie bei der Pflicht zum Schadensersatz nach Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles muss eine schuldhafte Pflichtverletzung auch davor zu einem ersatzfähigen Schaden des Versicherungsnehmers führen.

(1.) Vertragsschluss als Schaden

Macht der Versicherungsnehmer geltend, er hätte bei einer ordnungsgemäßen Information den Vertrag nicht geschlossen oder einen anderen mit dem gleichen oder einem anderen Versicherer, führt die Aufstellung einer Differenzhypothese zu dem Ergebnis, dass *zumindest* der abgeschlossene Vertrag als Schaden des

¹⁹⁷⁴ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (3.) (c.).

¹⁹⁷⁵ Vgl. oben unter E. II.

Versicherungsnehmers anzusehen ist. Fraglich ist jedoch, ob der Annahme eines Schadens nicht entgegensteht, dass der Versicherungsnehmer, soweit ihm gemäß § 8 Abs. 1 VVG ein Widerrufsrecht zusteht und infolge der Verletzung der Informationspflichten die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt, seine Willenserklärung widerrufen und damit die vertragliche Bindung beseitigen kann.

Mit Blick auf die Verbraucherschützenden Widerrufsrechte im BGB wird die Ansicht vertreten, dass wegen des Widerrufsrechts der Vertragsschluss für den Informationsberechtigten keinen Schaden darstelle¹⁹⁷⁶. Im Rahmen der Differenzhypothese ist zur Ermittlung des Schadens jedoch darauf abzustellen, wie sich die Situation beim Geschädigten zum *gegenwärtigen Zeitpunkt* darstellt. Solange das Widerrufsrecht nicht ausgeübt worden ist, besteht die vertragliche Bindung fort, weswegen die Widerrufsmöglichkeit nicht der Annahme eines Schadens entgegensteht. Die hier aufgeworfene Frage betrifft vielmehr Aspekte des Mitverschuldens bzw. des Konkurrenzverhältnisses zwischen dem Widerrufsrecht und dem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss¹⁹⁷⁷ und ist daher nicht auf tatbestandlicher Ebene zu klären.

Stellt somit der Vertragsschluss als solcher einen Schaden dar¹⁹⁷⁸, könnte der Versicherungsnehmer im Wege des Schadensersatzes gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, dass der Versicherer mit ihm einen Aufhebungsvertrag schließt¹⁹⁷⁹ und er sich somit vom Vertrag lösen kann. Es ist jedoch umstritten, ob die Aufhebung eines Vertrages auf Grund eines Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nicht voraussetzt, dass ein Vermögensschaden eingetreten ist:

In der neueren Literatur mehren sich die Stimmen, die eine Aufhebung des Vertrages unabhängig vom Eintritt eines Vermögensschadens zulassen wollen¹⁹⁸⁰.

Demgegenüber verlangen die Rechtsprechung und mit ihr Teile der Literatur, dass eine Vertragsaufhebung im Wege des Schadensersatzes nur in Frage komme, wenn mit dem Vertragsschluss zugleich ein Vermögensschaden einhergeht, also der Vertrag wirtschaftlich nachteilig ist¹⁹⁸¹. Ob dies der Fall ist, bestimmt die Rechtsprechung anhand eines im Ansatz subjektbezogenen Schadensbegriffes. Werde jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht, den er sonst nicht abgeschlossen hätte, könne er auch

¹⁹⁷⁶ Vgl. *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1273 (1280); *Meller-Hannich*, S. 217; *Saenger*, in: *Erman*, § 312d, Rn. 37; *Thüsing*, in: *Staudinger*, § 312d, Rn. 94; *Wendehorst*, in: *MK*, § 312c, Rn. 133.

¹⁹⁷⁷ Vgl. unten unter E. II. 5. c. aa.

¹⁹⁷⁸ Vgl. *S. Lorenz*, S. 69; *ders.*, ZIP 1998, S. 1053 (1053f).

¹⁹⁷⁹ Vgl. *S. Lorenz*, S. 68; *ders.*, ZIP 1998, S. 1053 (1054).

¹⁹⁸⁰ Vgl. *Emmerich*, in: *MK*, § 311, Rn. 120; *Fleischer*, AcP 200, S. 91 (118); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 311, Rn. 13; *Kindl*, in: *Erman*, § 311, Rn. 43; *S. Lorenz*, S. 73; *ders.*, ZIP 1998, S. 1053 (1057); *Löwisch*, in: *Staudinger*, § 311, Rn. 143; *Meller-Hannich*, S. 216.

¹⁹⁸¹ Vgl. BGH NJW 1998, 302 (304); NJW 1998, 898; MDR 2007, 823; *Krüger*, in: FS Kollhoser Bd. II, S. 329 (335); *Stadler*, in: *Jauernig*, § 311, Rn. 56; *Schubert*, AcP 168, S. 470 (507); zweifelnd: BGHZ 145, 121 (130f).

bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setze allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiver, willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht¹⁹⁸².

Da die Rechtsprechung den Begriff des Vermögensschadens sehr weit fasst, unterscheiden sich die genannten Auffassungen im Ergebnis kaum¹⁹⁸³, schließlich wird ein Versicherungsnehmer vernünftigerweise die Lösung von dem abgeschlossenen Vertrag nur dann erstreben, wenn dieser seinem Sicherungsbedürfnis nicht entspricht, so dass auch unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung der erlangte Versicherungsschutz für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Überdies stünde einem willkürlichen Verlangen nach Aufhebung des Vertrages auch ohne das Erfordernis eines Vermögensschadens der allgemeine Rechtsmissbrauchseinwand gemäß § 242 BGB entgegen¹⁹⁸⁴. Im Einzelnen soll daher an dieser Stelle der aufgeworfenen Streitfrage nicht weiter nachgegangen werden, da hinter diesem Problem letztlich Fragen des Konkurrenzverhältnisses zum Anfechtungsrecht gemäß § 123 Abs. 1 BGB stehen¹⁹⁸⁵. Vielmehr ist als Ergebnis festzuhalten, dass der infolge der Informationspflichtverletzung abgeschlossene Vertrag regelmäßig einen ersatzfähigen (Vermögens-)Schaden darstellt, weswegen der Versicherungsnehmer auch unabhängig von dem aufgezeigten Streitstand im Wege der Naturalrestitution dessen Aufhebung beanspruchen kann.

(2.) Prämienzahlungen als Schaden

Neben dem abgeschlossenen Vertrag stellen die bereits erbrachten Prämienzahlungen eine weitere Schadensposition dar, deren Ersatz der Versicherungsnehmer verlangen kann¹⁹⁸⁶. In diesem Zusammenhang jedoch genau darauf zu achten, welchen hypothetischen Kausalverlauf er zur Schadensbegründung geltend macht:

Trägt der Versicherungsnehmer vor, er hätte einen anderen Vertrag bei dem gleichen Versicherer geschlossen, hätte er in diesem Fall ebenfalls Prämienzahlungen erbringen müssen, weswegen eine Erstattung seiner geleisteten Zahlun-

¹⁹⁸² Vgl. BGH NJW 1998, 302 (304).

¹⁹⁸³ Vgl. *Emmerich*, in: MK, § 311, Rn. 120; *Fleischer*, AcP 200, S. 91 (111); *Grigoleit*, NJW 1999, S. 900 (902); *S. Lorenz*, ZIP 1998, S. 1053 (1055).

¹⁹⁸⁴ Vgl. *Grigoleit*, NJW 1999, S. 900 (902).

¹⁹⁸⁵ Vgl. BGH NJW 1998, 302 (303f); NJW 1998, 898. Näher unten unter E. II. 5. c. bb. (2.).

¹⁹⁸⁶ Vgl. *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (57); *ders.*, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (197); *Dörner/Hoffmann*, NJW 1996, S. 153 (158); *Ebers*, in: PK-VVR, § 7 Rn. 59 i.V.m. § 6, Rn. 46; *Marlow/Spuhl*, S. 21; *Römer*, S. 35; *Stockmeier*, VersR 2008, S. 717 (724).

gen ausscheidet, soweit die Prämienhöhe des anderen Vertrages die des abgeschlossenen Vertrages übersteigt. Demgegenüber sind Prämienzahlungen nicht zu erstatten, wenn er behauptet, dass er keinen Vertrag geschlossen oder einen anderen bei einem anderen Versicherer abgeschlossen hätte, da die insoweit geschuldeten Prämienzahlungen nicht an den ersatzpflichtigen Versicherer geflossen wären. Fraglich ist jedoch, ob einem solchen Anspruch nicht entgegensteht, dass der Versicherungsnehmer durch den abgeschlossenen Versicherungsvertrag unter Zugrundelegung der bereits erwähnten „Gefahrtragungstheorie“¹⁹⁸⁷ abstrakten Versicherungsschutz als Gegenleistung des Versicherers erhalten hat und somit dessen Wert im Wege des Vorteilsausgleichs auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen ist.

Voraussetzung eines schadensrechtlichen Vorteilsausgleiches ist, dass der erlangte Vorteil adäquat kausal auf dem Schadensereignis beruht und dass seine Anrechnung nicht dem Zweck des Schadensersatzanspruchs zuwiderläuft¹⁹⁸⁸. Letzteres ist jedoch in den Fällen anzunehmen, in denen auch der Abschluss eines Vertrages einen ersatzfähigen Schaden darstellt und dessen Aufhebung im Wege der Naturalrestitution verlangt werden kann, da anderenfalls der Geschädigte faktisch an dem Vertrag festgehalten würde. Es ist daher auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Gegenleistung bei der Schadensberechnung außer Betracht zu bleiben hat, soweit diese zwar werthaltig, aber eine andere als die von dem Geschädigten gewollte ist¹⁹⁸⁹. Entsprechend verhält es sich in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer einen Vertrag abschließt, der einen Versicherungsschutz bietet, den er bei pflichtgemäßer Information nicht oder nicht in dieser Form in Anspruch genommen hätte.

bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Hinsichtlich der Kausalität gelten die Ausführungen zur Ersatzpflicht nach Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles entsprechend¹⁹⁹⁰.

cc. Mitverschulden

(1.) § 254 Abs. 1 BGB

Ein Mitverschulden bei der Schadensentstehung gemäß § 254 Abs. 1 BGB kommt dann in Frage, wenn der Versicherungsnehmer die für ihn abschlussrelevanten Informationen den AVB hätte entnehmen können. Fraglich ist, wie sich das Mitverschulden auf den Anspruch auf Vertragsaufhebung auswirkt.

Die Aufhebung des Vertrages als Folge der Naturalrestitution ist unteilbar, weswegen eine Berücksichtigung des Mitverschuldens unmöglich zu sein scheint.

¹⁹⁸⁷ Vgl. oben unter E. II. 2. e. bb. (1).

¹⁹⁸⁸ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, Vorb v § 249, Rn. 120.

¹⁹⁸⁹ Vgl. BGHZ 115, 213 (221f); OLG Nürnberg RuS 1994, 81 (82).

¹⁹⁹⁰ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb.

Insoweit bliebe jedoch außer Betracht, dass mit der Naturalrestitution als solcher Kosten für den Schädiger verbunden sein können, an denen der Geschädigte beteiligt und somit dem Mitverschulden Rechnung getragen werden kann¹⁹⁹¹. Zudem kann dieses bei der Geltendmachung weiterer Schadenspositionen berücksichtigt werden, etwa soweit es um die Erstattung bereits erbrachter Prämien geht. Dieser Erstattungsanspruch ist dann anteilig um den Grad des Mitverschuldens zu kürzen. Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch zutreffend, wenn in der Literatur darauf abgestellt wird, dass der Geschädigte anteilig den Gewinnausfall des Gegners tragen müsse¹⁹⁹², da dieser aus der vertraglichen Gegenleistung des Geschädigten gezogen wird.

(2.) § 254 Abs. 2 BGB

Ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers könnte gemäß § 254 Abs. 2 BGB anzunehmen sein, wenn er es durch das Nichtausüben des Widerrufsrechts unterlassen hat, den eingetretenen Schaden zu mindern. Mit dem Widerruf seiner Vertragserklärung hätte er die Bindung an den Versicherungsvertrag beseitigen können, so dass im Wege des Schadensersatzanspruches nicht mehr der Abschluss eines Aufhebungsvertrages verlangt werden müsste. Fraglich ist jedoch, ob es als *schuldhaftes* Verhalten angesehen werden kann, wenn er sein Widerrufsrecht nicht ausgeübt.

Gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 VVG beginnt die Widerrufsfrist zu laufen, wenn der Versicherungsnehmer die Informationen des § 7 VVG erhalten hat und über das Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist. Erst danach kann er gehalten sein, den Widerruf innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist auszuüben. Folglich ist es vorher nicht als schuldhaftes Verhalten anzusehen, wenn er von dem Recht zum Widerruf keinen Gebrauch macht.

Aber auch nach Erhalt dieser Informationen steht es ihm frei, die Widerrufsfrist auszuschöpfen, so dass während dieses Zeitraumes ebenfalls nicht von einem Verschulden des Versicherungsnehmers die Rede sein kann.

Erst nach Ablauf der Widerrufsfrist könnte davon gesprochen werden, dass er es schuldhaft unterlassen hat, den eingetretenen Schaden durch die Ausübung des Widerrufsrechts zu mindern, wobei unter den genannten Voraussetzungen regelmäßig bereits der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden widerlegt sein wird¹⁹⁹³. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass in diesem Fall die Annahme eines Mitverschuldens allein dazu führte, dass der Versicherungsnehmer an den Kosten der Naturalrestitution zu beteiligen

¹⁹⁹¹ Vgl. S. Lorenz, S. 443; Oetker, in: MK, § 254, Rn. 106. Ähnlich Grigoleit, NJW 1999, S. 900 (904), wonach der Schädiger aufgrund eines Schadensersatzanspruches wegen „culpa in contrahendo“ anteiligen Ersatz des „Abwicklungsschadens“ verlangen kann.

¹⁹⁹² Vgl. S. Lorenz, S. 443.

¹⁹⁹³ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (3.) (a.).

wäre¹⁹⁹⁴, also an den Kosten des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages. Der Anspruch auf Aufhebung des Vertrages selbst wäre demgegenüber nicht ausgeschlossen. Weiterhin ist zu bedenken, dass in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer infolge des Widerrufs die Rückzahlung bereits erbrachter Prämienzahlungen hätte beanspruchen können, das Unterlassen des Widerrufs nicht auf eine Kürzung eines entsprechenden Schadensersatzanspruchs hinausliefe. Und schließlich könnte das Unterlassen des Widerrufs auch nicht der Geltendmachung derjenigen Schadenspositionen entgegengehalten werden, die auch durch einen Widerruf nicht beseitigt worden wären, etwa soweit der Versicherungsnehmer gemäß § 9 S. 1 VVG nicht anteilige Erstattung seiner Prämienzahlungen hätte beanspruchen können. Das Verhältnis von Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss zum Widerrufsrecht ist daher in erster Linie auf Ebene der Konkurrenzen zu klären.

c. Konkurrenzen

aa. Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Widerrufsrecht

Wie eingangs ausgeführt, entspricht es dem Regelungswillen des Gesetzgebers, dass die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten zu einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss führen kann¹⁹⁹⁵. Steht dem Versicherungsnehmer ein Widerrufsrecht zu und beginnt die Widerrufsfrist infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Versicherers nicht zu laufen, stellt dies folglich keine abschließende Sanktion der Verletzung der Informationspflichten dar. Dies entspricht nicht nur der überwiegend vertretenen Auffassung in der Literatur zu der parallelen Problematik bei den vorvertraglichen Informationspflichten des § 312c BGB im Fernabsatzrecht des BGB¹⁹⁹⁶, sondern diese Ansicht wird auch in der Literatur zum neuen VVG geteilt¹⁹⁹⁷.

Mit Blick auf die unterschiedlichen Voraussetzungen erscheint die Annahme eines freien Konkurrenzverhältnisses zwischen dem Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 VVG einerseits und dem Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB andererseits auch gerechtfertigt, denn während das Widerrufsrecht voraussetzungslos gewährt wird und eine nicht ordnungsgemäße Information sich allein den Lauf der Widerrufsfrist auswirkt, erfordert der Schadensersatzan-

¹⁹⁹⁴ Vgl. oben unter E. II. 5. b. cc. (1.).

¹⁹⁹⁵ Vgl. oben unter E. II. 5.

¹⁹⁹⁶ Vgl. *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1151 (1155); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 312c, Rn. 12 und Einf. BGB-InfoV, Rn. 8; *Grüneberg/Sutschet*, in: *Ba/Ro*, § 311, Rn. 80; *Medicus*, in: *P/W/W*, § 312c, Rn. 11; *Micklitz*, in: *HK-VertriebsR*, § 312c, Rn. 120 und Rn. 131f; *Saenger*, in: *Erman*, § 312c, Rn. 37; *Wendehorst*, in: *MK*, § 312c, Rn. 139. Einschränkend *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 51.

¹⁹⁹⁷ Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1713); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 57; *Franz*, *VersR* 2008, S. 298 (303); *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (164); *Leverenz*, Rn. 3/89; *Marlow/Spuhl*, S. 21; *Schimikoswki*, *RuS* 2007, S. 133 (137); *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 132; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (723f).

spruch neben der objektiven Pflichtverletzung, welche ursächlich für den Eintritt eines Schadens sein muss, auch ein Verschulden des Versicherers¹⁹⁹⁸. Wegen des Verschuldenserfordernisses könnte zwar eingewendet werden, dass sich dieses in der Praxis kaum auswirkt, da eine Informationspflichtverletzung ohne Verschulden kaum denkbar ist¹⁹⁹⁹. Entscheidend ist jedoch, dass die Pflichtverletzung für den Eintritt eines Schadens ursächlich sein muss und in diesem Punkt auch die Kausalitätsvermutung nicht stets zu der Annahme eines Ursachenzusammenhanges führt.

Auch mit Blick auf die Rechtsfolgenseite erscheint es angebracht, von einem freien Konkurrenzverhältnis von Widerrufsrecht und Schadensersatzanspruch auszugehen, da der Widerruf allein zu einer Rückabwicklung des Vertrages führt, während im Wege des Schadensersatzes auch die Nachteile zu ersetzen sind, die dem Versicherungsnehmer durch den Abschluss eines nicht bedarfsgerechten Vertrages entstehen und nach Eintritt eines (vermeintlichen) Versicherungsfalles zu einem Anspruch auf „Quasi-Deckung“ führen können²⁰⁰⁰.

(1.) Problemfall: Aufhebung des Vertrages

Soweit der Versicherungsnehmer jedoch im Wege des Schadensersatzes die Aufhebung des Vertrages und eventuell die Rückzahlung erbrachter Prämien verlangt, könnte es zu einem Wertungswiderspruch zwischen dem Widerrufsrecht und seinen Folgen einerseits sowie dem Anspruch auf Schadensersatz andererseits kommen, der einen Vorrang des Widerrufsrechts rechtfertigt. Die Frage, ob das Widerrufsrecht einem Schadensersatzanspruch, gerichtet auf die Aufhebung des Vertrages, entgegensteht, stellt sich nicht nur im Versicherungsrecht, sondern wird insbesondere auch mit Blick auf die vorvertraglichen Informationspflichten im Fernabsatzrecht des BGB diskutiert.

Teilweise wird dort die Ansicht vertreten, dass das Widerrufsrecht einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB nicht ausschließe und daher ein Verbraucher auch die Aufhebung des Vertrages verlangen könne²⁰⁰¹. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass infolge des Widerrufs für den Verbraucher eine Pflicht zur anteiligen Zahlung bestehen könne, wodurch die Sanktionswirkung des Widerrufs erheblich eingeschränkt werde²⁰⁰².

Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass die Wertungen des Widerrufsrechts im Wege des Schadensersatzes nicht umgangen werden dürften und daher eine Rückabwicklung des Vertrages nur nach Maßgabe des Widerrufs-

¹⁹⁹⁸ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 7, Rn. 60.

¹⁹⁹⁹ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (837); *Medicus*, in: *P/W/W*, § 312c, Rn. 16.

²⁰⁰⁰ Vgl. oben unter E. II. 5. a. aa.

²⁰⁰¹ Vgl. *Rott*, BB 2005, S. 53 (59).

²⁰⁰² Vgl. *Rott*, BB 2005, S. 53 (59).

rechts zu erfolgen habe²⁰⁰³.

Mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben der Informationspflichten stellt *J. Hoffmann* in diesem Zusammenhang darauf ab, dass der nationale Gesetzgeber die Sanktionen für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zwar wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ausgestalten müsse²⁰⁰⁴, jedoch müssten diese mit den sonstigen Vorschriften des Richtlinienrechts übereinstimmen und dürften die dort vorgenommenen Wertungen nicht aushebeln. So bringe das Gemeinschaftsrecht mit seinen Regelungen über das Widerrufsrecht zum Ausdruck, zu welchen Bedingungen es ein Recht zur Lösung vom Vertrag gibt. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass die Mitgliedsstaaten ein solches Recht sonst nicht gewähren müssen. Es bestehe somit ein gewisses Spannungsverhältnis, welches bei der Entwicklung von Sanktionen aus den allgemeinen Rechtsinstituten aufzulösen sei. Insoweit seien Wertungswidersprüchen zu den Vorschriften des Widerrufsrechts zu vermeiden. Ein solcher Wertungswiderspruch sei aber zu befürchten, wenn dasselbe Ergebnis auf anderer dogmatischer Grundlage erreicht werde, etwa im Wege eines auf Aufhebung des unerwünschten Vertrages gerichteten Schadensersatzanspruchs²⁰⁰⁵.

Schließlich wird von den Vertretern dieser Ansicht darauf abgestellt, dass über einen Schadensersatzanspruch die Ausschlussfrist des Widerrufsrechts gemäß § 355 Abs. 3 BGB ausgehebelt werden könnte²⁰⁰⁶.

Auch in der Literatur zum neuen VVG wird die Frage, ob das Widerrufsrecht einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss, gerichtet auf Vertragsaufhebung, entgegensteht, unterschiedlich beurteilt.

In Anlehnung an die überwiegend zum Fernabsatzrecht vertretene Auffassung wird teilweise angenommen, dass ein Anspruch auf Vertragsaufhebung aus „culpa in contrahendo“ kraft speziellerer gesetzlicher Regelung ausgeschlossen sei²⁰⁰⁷. Nach dem Willen des Gesetzgebers wirke sich die Verletzung der Informationspflichten auf die Widerrufsfrist nach § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VVG aus mit den Folgen nach § 9 S. 1 VVG. Das Widerrufsrecht sei also, soweit es um die Vertragsaufhebung und die Vertragsabwicklung gehe, „lex specialis“²⁰⁰⁸.

Demgegenüber finden sich auch Stimmen, die davon ausgehen, dass im Rahmen des Schadensersatzspruchs auch die Aufhebung des Vertrages und Rückzahlung der erbrachten Prämien verlangt werden könne²⁰⁰⁹. Begründet wird diese An-

²⁰⁰³ Vgl. *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1151 (1156); *Grüneberg*, in: *Palandt*, Einf. BGB-InfoV, Rn. 12; *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (834 und 837); *Micklitz*, in: *HK-VertriebsR*, § 312c, Rn. 120 und 131; *Schmidt-Räntsch*, in: *Ba/Ro*, § 312c, Rn. 51.

²⁰⁰⁴ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (833).

²⁰⁰⁵ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (834).

²⁰⁰⁶ Vgl. *J. Hoffmann*, ZIP 2005, S. 829 (837); *Micklitz*, in: *HK-VertriebsR*, § 312c, Rn. 131.

²⁰⁰⁷ Vgl. *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (164); wohl auch: *Leverenz*, Rn. 3/90.

²⁰⁰⁸ Vgl. *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (164).

²⁰⁰⁹ Vgl. *Dörner/Staudinger*, *WM* 2006, S. 1710 (1713); *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 60; *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 132f; *Stockmeier*, *VersR* 2008, S. 717 (724);

sicht mit den unterschiedlichen Schutzrichtungen der beiden Rechtsinstitute²⁰¹⁰, denn während das Widerrufsrecht dem Versicherungsnehmer eine Bedenkzeit gewähren soll, basiere die „culpa in contrahendo“ auf der schuldhaften Verletzung vorvertraglicher Pflichten. Zudem seien die Mitgliedsstaaten gemäß Art. 11 Abs. 1 der RL 2002/65/EG verpflichtet, einen Verstoß gegen gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Informationspflichten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sanktionieren. Die bloße Verlängerung der Widerrufsfrist trage diesem Gebot nicht ausreichend Rechnung, da diese Sanktion nicht bei Verträgen greife, bei denen kein Widerrufsrecht bestehe und zudem führe der Widerruf unter den Voraussetzungen des § 9 S. 1 VVG nur zu einer Rückabwicklung „*ex nunc*“²⁰¹¹.

(2.) Stellungnahme

Bei der Diskussion um das Konkurrenzverhältnis von Widerrufsrecht und Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss lassen sich zwei Bereiche voneinander trennen, nämlich zum einen die Lösung vom Vertrag, beim Widerruf in der Form, dass der Vertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird, und beim Schadensersatzanspruch in der Weise, dass dem Geschädigten ein Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages zusteht. Zum anderen geht es um die weiteren, mit der Lösung vom Vertrag verbundenen Folgen, nämlich beim Widerrufsrecht um die Ansprüche, die infolge des Widerrufs dem Versicherungsnehmer aus dem Rückabwicklungsschuldverhältnis zustehen und beim Schadensersatzanspruch um die Geltendmachung weiterer Schadensposten, die in den bereits gezahlten Prämienzahlungen bestehen.

Fraglich ist daher zunächst, ob ein Wertungswiderspruch zwischen Widerrufsrecht und Schadensersatzanspruch besteht, soweit es allein um die Lösung vom Vertrag geht.

Soweit in der Literatur zum Fernabsatzrecht ein Wertungswiderspruch darin gesehen wird, dass die Richtlinienvorgaben festlegen, unter welchen Voraussetzungen eine Lösung vom Vertrag erfolgen kann und dieses Ergebnis nicht auf anderem dogmatischen Weg erreicht werden dürfe²⁰¹², überzeugt dieser Einwand nicht. Ein Wertungswiderspruch wäre allein dann anzunehmen, wenn über den Schadensersatzanspruch eine Lösung vom Vertrag einfacher zu erreichen wäre als durch die Ausübung des Widerrufsrechts. Dies ist angesichts der bereits dargelegten unterschiedlichen Voraussetzungen von Widerrufsrecht und Schadens-

Differenzierend: *Marlow/Spuhl*, S. 21: Es kann Rückzahlung der Prämien verlangt werden, die nach § 9 S. 1 VVG nicht zu erstatten sind.

²⁰¹⁰ Vgl. *Schwintowski*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18, Rn. 132.

²⁰¹¹ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 7, Rn. 60.

²⁰¹² Vgl. *J. Hoffmann*, *ZIP* 2005, S. 829 (834).

ersatzanspruch²⁰¹³ nicht der Fall, denn insbesondere das Kausalitätserfordernis zwischen Pflichtverletzung und Schaden führt dazu, dass nicht jede Verletzung Informationspflichten eine Lösung vom Vertrag ermöglicht.

Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass allein der Widerruf dazu dient, eine Lösung vom Vertrag zu erreichen. Zwar zielt die RL 2002/65/EG ausweislich ihres Erwägungsgrundes 13 auf eine Vollharmonisierung ab, jedoch verpflichtet Art. 11 Abs. 1 und 3 der RL 2002/65/EG bzw. nach der Rechtsprechung des EuGH das Gebot des „effet utile“ den nationalen Gesetzgeber dazu, Verstöße gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sanktionieren. Das Gemeinschaftsrecht eröffnet somit die Möglichkeit, weitere Sanktionen auf nationaler Ebene zu schaffen. Diese dürfen zwar, wie erwähnt, nicht im Widerspruch zu den Richtlinienvorgaben stehen dürfen²⁰¹⁴, allerdings ist dies wegen der engeren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gerade nicht der Fall.

Ein Wertungswiderspruch könnte nun darin gesehen werden, dass bei einer nachträglich durchgeführten Information und Belehrung des Versicherungsnehmers die Widerrufsfrist zu laufen beginnt und nach deren Ablauf eine Lösung vom Vertrag nicht mehr möglich ist. Auf ein ähnliches Problem wird schließlich auch in der Literatur zum Fernabsatzrecht abgestellt, wenn darauf verwiesen wird, dass die Ausschlussfrist des § 355 Abs. 3 BGB nicht über den Schadensersatzanspruch ausgehebelt werden dürfe²⁰¹⁵. Liegen die Voraussetzungen für ein nachträgliches Ingangsetzen der Widerrufsfrist vor und wendet der Versicherungsnehmer sich in dieser Zeit nicht an den Versicherer, führt aber die Indizwirkung dieses Umstandes dazu, dass regelmäßig der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden widerlegt ist²⁰¹⁶ und deswegen ein Schadensersatzanspruch ausscheidet. Ein Wertungswiderspruch könnte daher nur in den allenfalls theoretisch denkbaren Fällen drohen, in denen trotz des Verstreichenlassens der Widerrufsfrist der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nachgewiesen wird und das Mitverschulden des Versicherungsnehmers allein zu einer Beteiligung an den Kosten des Aufhebungsvertrages führt. Insoweit ist aber zu berücksichtigen, dass die Widerrufsfrist ein Korrektiv dafür bietet, dass dieses Lösungsrecht vom Vertrag voraussetzungslos gewährt wird, während dem Versicherungsnehmer ein Schadensersatzanspruch nur unter bedeutend engeren Voraussetzungen dem Versicherungsnehmer zusteht. Letztlich sind es dann aber wiederum die verschiedenen Voraussetzungen von Widerrufsrecht und Schadensersatzanspruch, die der Annahme eines Wertungswiderspruchs entgegenstehen.

²⁰¹³ Vgl. oben unter E. II. 5. c. aa.

²⁰¹⁴ Vgl. J. Hoffmann, ZIP 2005, S. 829 (834).

²⁰¹⁵ Vgl. J. Hoffmann, ZIP 2005, S. 829 (837); Micklitz, in: HK-VertriebsR, § 312c, Rn. 131.

²⁰¹⁶ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (3.).

Im Übrigen könnte aber die Frage gestellt werden, warum eine Lösung vom Vertrag sowohl über den Widerruf als auch im Wege des Schadensersatzes möglich sein soll, da letztlich eine Doppelung der Rechtsbehelfe die Folge wäre. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Annahme eines freien Konkurrenzverhältnisses zwischen Widerrufsrecht und Schadensersatzanspruch es dem Versicherungsnehmer erleichtert, ohne Rücksicht auf Konkurrenzen seine Interessen zu verfolgen, was letztlich zu einer wirksamen Sanktion von Informationspflichtverletzungen führt.

Entgegen der in der Literatur zum neuen VVG geäußerten Ansicht²⁰¹⁷ ist auch nicht davon auszugehen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelungen über den Widerruf gegenüber einem Schadensersatzanspruch „lex specialis“ sind. Angesichts der in der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur anerkannten Möglichkeit, im Wege des Schadensersatzes die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, ist davon auszugehen, dass dieser Umstand auch dem Gesetzgeber bewusst gewesen ist, als er als weitere Sanktionsfolge in der Gesetzesbegründung auf einen Schadensersatzanspruch abgestellt hat. Mit Blick auf die Rechtsfolge der Lösung vom Vertrag ist daher davon auszugehen, dass der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB neben dem Recht zum Widerruf steht.

Fraglich bleibt daher nur, ob das Widerrufsrecht einem Schadensersatzanspruch entgegensteht, soweit dieser neben der Aufhebung des Vertrages auf die Erstattung bereits erbrachter Leistungen gerichtet ist, die im Rahmen des durch den Widerruf begründeten Rückabwicklungsschuldverhältnisses nicht beansprucht werden können. Offensichtlich wird dieser Widerspruch unter den Voraussetzungen von § 9 S. 1 VVG bzw. § 9 S. 2 VVG, die unter Umständen eine vollständige Erstattung bereits gezahlter Prämien ausschließen.

Hinter der Regelung des § 9 S. 1 VVG steht die auf die Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 und 3 der RL 2002/65/EG zurückzuführende Wertentscheidung des Gesetzgebers, dass im Falle eines Widerrufs die anteilig auf die Zeit bis zum Widerruf entfallenden Prämien nicht zu erstatten sein sollen. Insoweit scheint eine Auflösung des Vertrages und die Rückforderung der Prämien im Wege des Schadensersatzes den Wertungen der RL 2002/65/EG und damit auch denen des Gesetzgebers zuwider zu laufen.

Demgegenüber ist aber Folgendes zu berücksichtigen: Das Gemeinschaftsrecht schließt eine vollständige Prämienerrstattung nicht grundsätzlich aus, denn ausweislich des Art. 7 Abs. 2 der RL 2002/65/EG steht es dem nationalen Gesetzgeber frei, eine Regelung zu treffen, wonach der Verbraucher bei einem Widerruf dem Anbieter keinen Betrag schuldet. Zwar hat der deutsche Gesetzgeber Art. 7 Abs. 2 der RL 2002/65/EG nicht in deutsches Recht umsetzen wollen und

²⁰¹⁷ Vgl. *Funck*, *VersR* 2008, S. 163 (164).

somit keine vollständige Prämienersatzung für den Fall eines Widerrufs unter den Voraussetzungen des § 9 S. 1 VVG angeordnet²⁰¹⁸. Jedoch hat er ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 7 VVG auch einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten in seinen Willen aufgenommen²⁰¹⁹. Ebenso wie im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss die Aufhebung des Vertrages eine in Rechtsprechung und Teilen der Literatur anerkannte Rechtsfolge ist, gehört auch der Ersatz weiterer Schadensposten in Form der Erstattung bereits erbrachter Leistungen zu den typischen Folgen dieses Ersatzanspruchs. Indem der Gesetzgeber sich somit für einen solchen Schadensersatzanspruch entschieden hat, hat er sich zugleich für die mit diesem Anspruch typischerweise verbundenen Rechtsfolgen entschieden.

Mit Blick auf die Rechtsfolgen eines Widerrufs unter den Voraussetzungen des § 9 S. 2 VVG und der damit verbundenen begrenzten Erstattungspflicht des Versicherers ist des Weiteren festzustellen, dass diese Regelung nach der hier vertretenen Ansicht europarechtswidrig ist²⁰²⁰. Mit einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss und der damit verbundenen Pflicht, gezahlte Prämien zu erstatten, können demgegenüber europarechtskonforme Ergebnisse erzielt werden²⁰²¹. Neben den bereits im Zusammenhang mit § 9 S. 1 VVG genannten Argumenten spricht damit auch dieser Umstand dafür, dass dem Widerrufsrecht kein Vorrang vor einem Anspruch auf Schadensersatz zukommt.

Es ist daher im Ergebnis festzuhalten, dass trotz des Widerrufsrechts des § 8 Abs. 1 VVG der Versicherungsnehmer auch im Wege eines Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss sowohl die Aufhebung des Vertrages als auch die Erstattung bereits erbrachter Prämienzahlungen verlangen kann.

bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Anfechtungsrechten

(1.) § 119 Abs. 1 und 2 BGB

Da die Anfechtungsrechte des § 119 Abs. 1 und 2 BGB einerseits ohne Rücksicht auf die näheren Umstände gewährt wird, die den Irrtum verursacht haben und andererseits ein Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Aufhebung des Vertrages, ohne Rücksicht auf einen Inhaltsirrtum oder einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft entstehen kann, dafür aber von einem Verschulden abhängt, ist angesichts der unterschiedlichen Voraussetzungen davon auszugehen, dass die Anfechtungsrechte und der Schadensersatzanspruch nebeneinander

²⁰¹⁸ Vgl. oben unter E. II. 2. e. bb. (1.).

²⁰¹⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 60 re. Sp.

²⁰²⁰ Vgl. oben unter E. II. 2. e. bb. (1.).

²⁰²¹ Vgl. Knops, in: *B/M*, § 9, Rn. 21.

Anwendung finden²⁰²².

(2.) § 123 Abs. 1 BGB

§ 123 Abs. 1 BGB stellt mit dem Vorsatzerfordernis im Hinblick auf den Grad des Verschuldens bedeutend strengere Anforderungen auf als ein Schadensersatzanspruch aus „culpa in contrahendo“. Eine Anfechtung kommt zudem nur innerhalb der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB in Frage, während der Schadensersatzanspruch der Regelverjährung unterliegt. Aus diesen Gründen ist seit langem umstritten, ob das Anfechtungsrecht des § 123 Abs. 1 BGB als Spezialfall der „culpa in contrahendo“ einem Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Aufhebung des Vertrages, entgegensteht. Eine ausführliche Darstellung des Problems und der hierzu vertretenen Meinungen, insbesondere vor dem Hintergrund des in der Rechtsprechung zur Lösung dieses Konkurrenzproblems verlangten Erfordernisses eines Vermögensschadens, findet sich bei *Fleischer*²⁰²³. In überzeugender Weise gelangt er zu dem Ergebnis, dass der Schadensersatzanspruch unabhängig von einem Vermögensschaden neben dem Anfechtungsrecht anwendbar ist²⁰²⁴, jedoch die Ausschlussfrist des § 124 Abs. 1 BGB entgegen der Rechtsprechung²⁰²⁵ auf den Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB zu übertragen ist²⁰²⁶.

cc. Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatzanspruch und Kündigungsrecht

Gemäß § 314 Abs. 4 BGB schließt die Kündigung die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen nicht, aus. Dies bedeutet jedoch nur, dass der Versicherungsnehmer trotz seiner Kündigung wegen eines pflichtwidrigen Verhaltens des Versicherers Schadensersatz verlangen kann. Darüber, ob unter den Voraussetzungen des § 314 BGB eine Lösung vom Vertrag *allein* über die Kündigung zu erreichen ist, trifft § 314 Abs. 4 BGB keine Aussage. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass das Kündigungsrecht und der Schadensersatzanspruch auch insofern nebeneinander anwendbar sind. Entscheidend ist, dass eine Kündigung nur in Frage kommt, wenn die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist, während ein Schadensersatzanspruch eine schuldhaftige Pflichtverletzung voraussetzt, die für den Abschluss eines Vertrages ursächlich geworden ist. Es steht daher nicht zu befürchten, dass mit dem Schadensersatzanspruch wegen seiner Anforderungen an Kausalität und Verschulden das Kündigungsrecht in seinem Anwen-

²⁰²² Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 311, Rn. 13; *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 119, Rn. 2; *Kindl*, in: *Erman*, § 311, Rn. 44; *Wendtland*, in: *Ba/Ro*, § 119, Rn. 46. Ebenso unter der Voraussetzung des Eintritts eines Vermögensschadens BGH NJW 1998, 898 (898f).

²⁰²³ Vgl. *Fleischer*, AcP 200, S. 91ff.

²⁰²⁴ Vgl. *Fleischer*, AcP 200, S. 91 (99ff und 108ff).

²⁰²⁵ Vgl. BGH NJW 1998, S. 302 (303).

²⁰²⁶ Vgl. *Fleischer*, AcP 200, S. 91 (119).

dungsbereich leer läuft. Umgekehrt führt das Unzumutbarkeitskriterium des § 314 Abs. 1 BGB dazu, dass die Anforderungen des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB nicht auf einfachem Wege umgangen werden können.

6. Zusammenfassung

Ebenso wie die vorvertraglichen Informationspflichten auf ganz verschiedene Art und Weise verletzt werden können, unterscheiden sich die denkbaren Rechtsfolgen.

Auswirkungen auf den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages können Verletzungen der Informationspflichten haben, wenn die erteilten Informationen, soweit sie die vertraglichen Leistungen und Rechte betreffen, über die Angaben in den AVB hinausgehen bzw. diesen widersprechen. Gemäß § 305c Abs. 2 BGB gilt in diesem Fall die für den Versicherungsnehmer günstigere Regelung. Eine inhaltliche Umgestaltung des Vertrages auf der Grundlage der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung kommt demgegenüber nicht in Betracht.

Soweit dem Versicherungsnehmer ein Widerrufsrecht gemäß § 8 Abs. 1 VVG zusteht, führt jede Form der Verletzung der Informationspflichten dazu, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt. Soweit der Versicherer es nicht nachholt, den Versicherungsnehmer zu informieren und über sein Widerrufsrecht zu belehren, hat die Pflichtverletzung ein „ewiges Widerrufsrecht“ zur Folge, welches jedoch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwirkt werden kann.

Ferner können Informationspflichtverletzungen Anfechtungsrechte nach § 119 Abs. 1 und 2 BGB sowie § 123 Abs. 1 BGB begründen.

In erster Linie dann, wenn der Versicherer eine Informationserteilung vollständig unterlässt, kann dem Versicherungsnehmer gemäß § 314 Abs. 1 BGB ein Kündigungsrecht zustehen.

Schließlich können Verletzungen der Informationspflichten Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss begründen, dessen wesentliche Folgen entweder in einem Anspruch auf „Quasi-Deckung“ oder in einem Anspruch auf Vertragsaufhebung zu sehen sind.

Unter Konkurrenzgesichtspunkten ist hervorzuheben, dass den Gestaltungsrechten des Widerrufs, der Anfechtung sowie der Kündigung kein Vorrangverhältnis untereinander zukommt und diese neben einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss stehen. Die somit eröffnete Wahlmöglichkeit des Versicherungsnehmers zwischen verschiedenen Gestaltungsrechten und dem Anspruch auf Schadensersatz erleichtert es ihm, seine Interessen zu verfolgen und trägt somit im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben der Informationspflichten dem Gebot einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion des Versicherers Rechnung.

III. Verstoß gegen die Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (§ 6 VVG)

Ebenso wie bei der Pflicht zur Information gemäß § 7 VVG ist mit Blick auf die Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation fraglich, welche Rechtsfolgen an die Verletzung dieser Pflichten anknüpfen können und wie diese miteinander konkurrieren.

1. Pflicht zur Frage

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer anlassbezogen nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu fragen. Die Fragepflicht dient dazu, eine Grundlage zu schaffen, auf der der Versicherer den Kunden über sein Angebot beraten kann. Auf den ersten Blick wäre es daher denkbar, der Verletzung der Fragepflicht keine eigenständige Bedeutung beizumessen, da negative Auswirkungen für den Versicherungsnehmer in erster Linie dann zu erwarten sind, wenn der Versicherer, ohne eine Beratungsgrundlage erstellt zu haben, ihn nicht ordnungsgemäß berät. Allein mit Blick auf die Folge der Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 5 VVG greift diese Sichtweise zu kurz, denn zum einen nimmt Abs. 5 sämtliche Pflichten nach Abs. 1 und somit auch die Fragepflicht in Bezug und zum anderen ist die Beratungspflicht ebenso wie die Fragepflicht von einem Anlass abhängig. Ein Anlass für eine Beratung kann sich unter Umständen erst ergeben, wenn der Versicherer im durch die Befragung von Umständen Kenntnis erlangt, die eine Beratung erforderlich machen. Insbesondere für diese Fälle ist die Verletzung der Fragepflicht von Bedeutung.

Diese ist vor allem in der Weise denkbar, dass der Versicherer es entweder vollständig unterlässt, den Versicherungsnehmer zu befragen oder er seiner Pflicht nur unzureichend nachkommt, da er etwa einzelnen Anlässen für eine Frage nicht oder nicht in gebotenem Umfang nachgeht. Demgegenüber dürfte der Fall, dass der Versicherer in zeitlicher Hinsicht die Fragepflicht zu spät erfüllt, also etwa erst nach Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers, praktisch ohne Bedeutung sein, da eine Befragung und daran anknüpfende Beratung über die Entscheidung für oder gegen ein Versicherungsprodukt zu diesem Zeitpunkt sinnvollerweise nicht mehr stattfinden wird. Im Übrigen ist eine Fragepflichtverletzung ausgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer gemäß § 6 Abs. 3 VVG auf eine Beratung verzichtet hat, da in diesen Fällen keine durch die Befragung vorzubereitende Beratung geschuldet ist.

a. Zustandekommen und Inhalt des Versicherungsvertrages

Verletzt der Versicherer seine Fragepflicht, kommt der Vertrag, auch wenn infolge dessen ein Anlass für eine Beratung verkannt wird, mit dem vereinbarten

Inhalt wirksam zustande.

b. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers

Die Verletzung der Fragepflicht kann dazu führen, dass der Versicherer keinen Anlass für eine Beratung des Versicherungsnehmers hat, so dass eine mit der Beratung verbundene Aufklärung unterbleibt und damit die Entstehung eines vom Versicherungsnehmer zu beweisenden²⁰²⁷ Inhaltsirrtums oder eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gemäß § 119 Abs. 1, 2 BGB begünstigt wird.

Handelt der Versicherer überdies vorsätzlich, ist es weiterhin denkbar, dass infolge der Fragepflichtverletzung auch eine Beratung unterbleibt und dadurch ein Irrtum auf Seiten des Versicherungsnehmers entsteht, der für die Abgabe seiner Willenserklärung ursächlich wird. Insoweit steht ihm wegen einer arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB ein Recht zur Anfechtung zu.

c. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB

aa. Voraussetzungen des § 314 BGB

Gemäß § 314 Abs. 1 BGB kann der Versicherungsnehmer ohne Einhaltung einer Frist den Vertrag kündigen, wenn ein wichtiger Grund besteht. Ein wichtiger Grund kann auch in der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht bestehen, soweit dadurch das Verhältnis zwischen den Parteien erheblich beeinträchtigt wird und dies dem Kündigenden nicht schon bei Vertragsschluss bekannt gewesen ist²⁰²⁸.

Von einer derart erheblichen Beeinträchtigung des Verhältnisses zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ist freilich nicht bei jedem Verstoß gegen die Fragepflicht des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG auszugehen. Ein hinreichend gewichtiger Verstoß ist vielmehr dann anzunehmen, wenn der Versicherer es vollständig unterlässt, den Versicherungsnehmer nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen, da somit der Zweck, eine Beratungsgrundlage zu schaffen, vereitelt wird und der Versicherer sich somit zumindest teilweise seiner Beratungsverantwortlichkeit entzieht. Ergänzend wird zusätzlich noch ein schuldhaftes Verhalten des Versicherers zu verlangen sein, um dem Pflichtenverstoß hinreichend zu qualifizieren, auch wenn ein Verschulden grundsätzlich keine notwendige Voraussetzung für die Annahme eines wichtigen Grundes ist²⁰²⁹. In erster Linie dürften in diesem Zusammenhang bewusste Pflichtwidrigkeiten und somit vorsätzlich schuldhaftige Pflichtverletzungen ausreichendes Gewicht besitzen, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

²⁰²⁷ Vgl. *Palm*, in: *Erman*, § 119, Rn. 56; *Wendtland*, in: *Ba/Ro*, § 119, Rn. 47.

²⁰²⁸ Vgl. oben unter E. II. 4. a.

²⁰²⁹ Vgl. *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 314, Rn. 7.

bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Anfechtungsrechten

Wegen des Konkurrenzverhältnisses zwischen dem Kündigungsrecht nach § 314 BGB und den Anfechtungsrechten nach § 119 Abs. 1 und 2 sowie § 123 Abs. 1 BGB gelten die Ausführungen zu den Folgen der Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht entsprechend²⁰³⁰.

d. Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 5 VVG

Als ausdrückliche Verletzungsfolge benennt § 6 Abs. 5 VVG die Verpflichtung des Versicherers zum Schadensersatz, wobei es sich um eine spezialgesetzliche Regelung der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB handelt²⁰³¹.

aa. Schuldhaftige Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden

Besteht ein erkennbarer Anlass zur Befragung²⁰³² und unterlässt es der Versicherer, Fragen zu stellen oder geht er einzelnen Anlässen zur Befragung nicht nach, verletzt er seine ihm gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG obliegende Fragepflicht. Handelt er schuldhaft, kann der Versicherungsnehmer geltend machen, dass dem Versicherer infolge dessen Wünsche und Bedürfnisse verborgen geblieben sind, die einen Anlass für eine Beratung geboten hätten. Weiterhin kann er vortragen, dass er bei einer ordnungsgemäßen Beratung den konkreten Vertrag nicht oder einen anderen Vertrag mit dem gleichen oder einem anderen Versicherer geschlossen hätte. Der Schaden ist hier vor Eintritt eines Versicherungsfalles in dem Vertragsschluss als solchem und den erbrachten Prämienzahlungen zu sehen oder nach Eintritt eines vermeintlichen Versicherungsfalles, der von dem abgeschlossenen Vertrag nicht gedeckt wird, in dem Fehlen eines entsprechenden Deckungsanspruchs. Der Versicherungsnehmer kann daher im Wege der Naturalrestitution gemäß §§ 6 Abs. 5 S. 1 VVG, 249 Abs. 1 BGB entweder Aufhebung des Vertrages und Rückzahlung bereits erbrachter Prämienzahlungen verlangen oder einen Anspruch auf „Quasi-Deckung“ nach Maßgabe des anderweitig unterlassenen Vertragsschlusses unter Anrechnung ersparter Prämienzahlungen geltend machen²⁰³³.

Während gemäß § 6 Abs. 5 S. 2 VVG das Verschulden des Versicherers vermutet wird, muss der Versicherungsnehmer grundsätzlich nach allgemeinen Regeln der Beweislast das Bestehen der Fragepflicht, die Pflichtverletzung sowie seinen Schaden als ihm günstige Tatsachen darlegen und beweisen.

Bezüglich des Bestehens einer Fragepflicht ist somit darzulegen und Beweis

²⁰³⁰ Vgl. oben unter E. II. 4. c. bb.

²⁰³¹ Vgl. *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710 (1711); *Wandt*, Rn. 276.

²⁰³² Gemäß § 70 S. 1 VVG wird dem Versicherer das Wissen seines Versicherungsvertreters zugerechnet.

²⁰³³ Vgl. auch oben unter E. II. 5. b. aa. und E. II. 5. a. aa.

dafür anzutreten, dass ein Anlass zur Befragung bestand²⁰³⁴, wobei die Umstände hierfür, nach der hier vertretenen Ansicht für den Versicherer erkennbar sein müssen, was somit ebenfalls vom Versicherungsnehmer darzulegen und zu beweisen ist²⁰³⁵. In diesem Zusammenhang hilft die vom Versicherer zu erstellende Beratungsdokumentation nicht weiter, wenn dieser nicht ausnahmsweise von sich aus Anlässe für die Befragung des Versicherungsnehmers dokumentiert hat. Zwar soll die Dokumentation dem Versicherungsnehmer bei der Geltendmachung seiner Rechte behilflich sein²⁰³⁶, weswegen insbesondere auch die Fragen des Versicherers festzuhalten sind²⁰³⁷. Demgegenüber ist Gegenstand der Dokumentation nicht der Anlass für eine Befragung, so dass mit ihr nur Beweis darüber angetreten werden kann, wie der Versicherer eine etwaige Fragepflicht erfüllt hat, nicht aber, ob eine solche aufgrund eines Anlasses auch tatsächlich bestand. Fraglich ist jedoch, ob dem Versicherungsnehmer nicht auf andere Weise die Beweisführung hinsichtlich des Bestehens eines erkennbaren Anlasses erleichtert werden kann.

In der Gesetzesbegründung zu der § 6 Abs. 5 VVG entsprechenden Regelung des § 42e VVG a.F.²⁰³⁸ über die Schadensersatzpflicht des Versicherungsvermittlers, heißt es, die Beweislast sei im Einklang mit § 280 Abs. 1 BGB geregelt. Soweit es um den Beweis der Pflichtverletzung gehe, könnten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Beweisverteilung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen herangezogen werden²⁰³⁹. Die Gesetzesbegründung nimmt an dieser Stelle Bezug auf die Rechtsprechung zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten. Insbesondere bei Pflichtverletzungen von Banken, Steuerberatern und Rechtsanwälten geht der BGH davon aus, dass der Anspruchsteller zwar die Pflichtverletzung als solche zu beweisen habe²⁰⁴⁰, jedoch Schwierigkeiten bei der Beweisführung in Anlehnung an die Grundsätze zum Beweis negativer Tatsachen dadurch abzumildern seien, dass der Aufklärungs- oder Beratungspflichtige sich nicht darauf beschränken könne, den Tatsachenvortrag des Anspruchstellers in einfacher Weise zu bestreiten²⁰⁴¹. Vielmehr müsse er den Gang der Beratung im Einzelnen schildern und konkrete Angaben darüber machen, welche Ratschläge

²⁰³⁴ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 43; *Marlow/Spuhl*, S. 30; *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 34; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 47; *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl. § 18a, Rn. 47.

²⁰³⁵ Vgl. oben unter C. IV. 5. a. bb. (2.).

²⁰³⁶ Vgl. BT-Drucks, 16/1935, S. 25 li. Sp.

²⁰³⁷ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. aa. (2.).

²⁰³⁸ Nun § 63 VVG.

²⁰³⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 re. Sp. und S. 26 li. Sp.

²⁰⁴⁰ Vgl. BGH ZIP 2006, 504 (505); NJW 1999, 2437; NJW 1996, 2571; NJW 1995, 2842; NJW 1993, 2571; NJW 1987, 1322 (1323).

²⁰⁴¹ Vgl. BGH ZIP 2006, 504 (505); NJW 1996, NJW 1995, 2842; NJW 1993, 2571; NJW 1987, 1322 (1323); NJW 1986, 2570.

und Belehrungen er erteilt und wie der Anspruchsteller darauf reagiert habe, wie er also seinen Pflichten nachgekommen sei²⁰⁴². Komme der Aufklärungs- und Beratungspflichtigen dieser sog. „sekundären Behauptungslast“²⁰⁴³ nach, sei es wiederum Sache des Anspruchstellers, den Nachweis zu erbringen, dass diese Gegendarstellung nicht zutreffe²⁰⁴⁴.

Diese in der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Verteilung der Darlegungslast und der damit verbundenen Erleichterungen bei der Beweisführung, dürften auch herangezogen werden, soweit es um die Frage geht, ob der Versicherer seine *Fragepflicht* gegenüber dem Versicherungsnehmer ordnungsgemäß erfüllt hat, schließlich steht diese in einem engen sachlichem Zusammenhang mit der Beratungspflicht. Da die Rechtsprechung allerdings an feststehende Pflichten anknüpft, dürften sich hieraus unmittelbar keine Schlussfolgerungen für die Darlegungslast im Hinblick auf das Vorliegen eines erkennbaren Anlasses ergeben, der seinerseits erst Voraussetzung für die Entstehung einer Fragepflicht ist.

Gleichwohl können sich in diesem Punkt Erleichterungen bei der Beweisführung auf andere Weise ergeben. Ein erkennbarer Anlass für eine Befragung wird regelmäßig aus dem Gespräch mit dem Versicherungsvertreter aufgrund von Fragen und Äußerungen des Versicherungsnehmers resultieren. Es ist daher dem Versicherungsnehmer zumutbar und möglich, in substantiiertes Weise darzulegen, weswegen er mit dem Versicherungsvertreter einen Termin vereinbart hat und wie das Gespräch verlaufen ist, insbesondere, welche Erwartungen er geäußert und was für Fragen er gestellt hat. Je substantiiertes seine Darstellung darüber ist, warum ein erkennbarer Anlass für eine weitergehende Befragung durch den Versicherer bestand, desto substantiiertes muss dieser mit Blick auf seine Erklärungspflicht aus § 138 Abs. 2 ZPO den Tatsachenvortrag des Versicherungsnehmers bestreiten²⁰⁴⁵. Er kann sich also nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, da anderenfalls zugunsten des Versicherungsnehmers die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO greift²⁰⁴⁶.

Mit Blick auf die Verletzung der Fragepflicht als solcher kommt dem Versicherungsnehmer nach dem Vorstehenden zum einen eine „sekundäre Behauptungslast“ des Versicherers zugute und zum anderen kann er sich der Beratungsdokumentation als Beweismittel bedienen²⁰⁴⁷.

²⁰⁴² Vgl. BGH ZIP 2006, 504 (505); NJW 1993, 2571; NJW 1987, 1322 (1323); NJW 1986, 2570.

²⁰⁴³ Vgl. Reichold, in: *T/P*, Vorbem. § 284, Rn. 18.

²⁰⁴⁴ Vgl. BGH ZIP 2006, 504 (505); NJW 1986, 2750.

²⁰⁴⁵ Vgl. Greger, in: *Zöller*, § 138, Rn. 8a; Stadler, in: *Musielak*, § 138, Rn. 10.

²⁰⁴⁶ Vgl. Greger, in: *Zöller*, § 138, Rn. 9f; Stadler, in: *Musielak*, § 138, Rn. 9.

²⁰⁴⁷ Kritisch F. Baumann, in: MAH, § 4, Rn. 79 zu § 63 VVG, wonach neben der Dokumentation eine „sekundäre Behauptungslast“ nicht zu rechtfertigen sei.

bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Die Verletzung der Fragepflicht muss für den Eintritt eines Schadens ursächlich werden. Die Besonderheit hierbei besteht darin, dass die Fragepflicht der Vorbereitung einer Beratung dient. Der Eintritt eines Schadens, der in dem Abschluss des Vertrages und etwaigen Prämienzahlungen oder in dem Unterlassen eines anderweitigen Vertragsschlusses zu sehen ist, wird daher dadurch bedingt sein, dass infolge der unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Befragung auch eine Beratung des Versicherungsnehmers unterblieben ist, infolge derer er seine Entscheidung über den Abschluss des konkreten Vertrages revidiert hätte. Es besteht also ein gestufter Kausalzusammenhang. Fraglich ist, wer insoweit die Darlegungs- und Beweislast trägt.

Nach allgemeinen Regeln der Beweislast muss bei § 280 Abs. 1 BGB der Anspruchsteller den Ursachenzusammenhang darlegen und beweisen²⁰⁴⁸. Entsprechendes ist daher für den Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers gemäß § 6 Abs. 5 VVG anzunehmen. Bei der Verletzung von individuellen Beratungspflichten hat die Rechtsprechung jedoch eine Vermutung für die Ursächlichkeit einer Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden anerkannt, soweit nicht der Fall eines sog. Entscheidungskonfliktes besteht²⁰⁴⁹. Auch in der Gesetzesbegründung zu § 42e VVG a.F. wird für den Fall der Verletzung einer *Beratungspflicht* die Kausalitätsvermutung für anwendbar gehalten²⁰⁵⁰. Soweit der Versicherungsnehmer daher den Anlass für eine Beratung sowie die Verletzung der Beratungspflicht darlegt und beweist, müsste der Versicherer seinerseits den Beweis führen, dass der geltend gemachte Schaden auch bei ordnungsgemäßer Pflichterfüllung eingetreten wäre. Was den Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der *Fragepflicht* angeht, ist davon auszugehen, dass auch hier die Kausalitätsvermutung auf der zweiten Stufe des Ursachenzusammenhangs anwendbar ist, soweit der Versicherungsnehmer dem Versicherer auf eine Frage eine Antwort gegeben hätte, die Anlass für eine Beratung gewesen wäre. Problematisch ist jedoch, ob der Versicherungsnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Kausalität zwischen der Verletzung der Fragepflicht und der von ihm behaupteten Antwort trägt.

Wäre dies der Fall, könnte der Versicherer sich stets durch ein einfaches Bestreiten auf den Standpunkt stellen, dass der Versicherungsnehmer die behauptete Antwort nicht gegeben hätte. Den gegenteiligen Beweis wird dieser kaum führen können. Es besteht daher im Ansatz die gleiche Beweisnot, die aus der Sicht der Rechtsprechung die Vermutung der Kausalität bei der Verletzung individueller Aufklärungs- und Beratungspflichten rechtfertigt²⁰⁵¹. Weiterhin ist zu berücksichtigen,

²⁰⁴⁸ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 280, Rn. 38; *Unberath*, in: *Ba/Ro*, § 280, Rn. 89.

²⁰⁴⁹ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (1.).

²⁰⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 26 li. Sp.

²⁰⁵¹ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (2.) (b.).

sichtigen, dass mit der Bezugnahme in § 6 Abs. 5 S. 1 VVG auch auf die Fragepflicht des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG ein Schadensersatzanspruch für den Versicherungsnehmer wegen der Verletzung dieser Pflicht eine praktische Bedeutung haben soll. Wäre dieser Anspruch allenfalls theoretisch denkbar und scheiterte seine praktische Durchsetzung regelmäßig an Beweisfragen, wäre für den Versicherer kein Anreiz gegeben, sich um eine ordnungsgemäße Erfüllung seiner Pflichten zu bemühen. Auch dieser Gesichtspunkt wird von der Rechtsprechung zur Begründung der Kausalitätsvermutung bei der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten herangezogen²⁰⁵². Vor diesem Hintergrund erscheint es mit Blick auf die Grundsätze von Treu und Glauben gerechtfertigt, den Ursachenzusammenhang zwischen einer Fragepflichtverletzung und einer vom Versicherungsnehmer behaupteten Antwort in tatsächlicher Hinsicht zu vermuten, so dass der Versicherer darlegen und beweisen muss, dass diese nicht gegeben worden wäre.

cc. Mitverschulden

Ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers gemäß § 254 Abs. 1 BGB kann nicht darin gesehen werden, dass dieser nicht von sich aus dem Versicherer umfassend seine Wünsche und Bedürfnisse mitgeteilt hat und infolgedessen eine den Schadenseintritt verhindernde Beratung unterblieben ist. Indem § 6 Abs. 1 S. 1 VVG den Versicherer zur anlassbezogenen Befragung verpflichtet, wird ihm insoweit die Verantwortlichkeit für die Ermittlung der Wünsche und Bedürfnisse auferlegt.

Da der Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers von einem gestuften Kausalzusammenhang abhängt, könnte ihm allerdings ein Mitverschulden insoweit anzulasten sein, als dieses auch bei einem Schadensersatzanspruch wegen einer Beratungspflichtverletzung in Frage kommt²⁰⁵³.

d. Konkurrenzen

Wegen des Konkurrenzverhältnisses des Schadensersatzanspruchs zu den Anfechtungsrechten und dem Recht zur fristlosen Kündigung gelten die Ausführungen bei den Folgen der Verletzung der vorvertraglichen Informationspflichten entsprechend²⁰⁵⁴.

2. Pflichten zur Beratung und Begründung

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG muss der Versicherer den Versicherungsnehmer anlassbezogen beraten, wobei die Pflicht zur Beratung sich nicht allein in einer

²⁰⁵² Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (2.) (b.).

²⁰⁵³ Vgl. unten unter E. III. 2. d. cc.

²⁰⁵⁴ Vgl. oben unter E. II. 5. c. bb. und E. II. 5. c. cc.

Empfehlung erschöpft, sondern auch die Pflicht zu einer anlassbezogenen Aufklärung umfasst²⁰⁵⁵. Rechtlich gesehen ist die Beratungspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG aufgrund ihrer anlassbezogenen Ausgestaltung zu trennen von der „allgemeinen Wahrheitspflicht“ einerseits sowie der Pflicht zur Beratung infolge einer tatsächlichen Übernahme andererseits, die ihrerseits den §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zuzuordnen sind²⁰⁵⁶. In tatsächlicher Hinsicht überschneiden sich jedoch diese Pflichten, da während eines Beratungsgesprächs eine genaue Grenzziehung zwischen dem, was auf Grund eines erkennbaren Anlasses gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG geschuldet ist und dem, was darüber hinausgeht, für den Versicherungsvertreter und infolgedessen auch für den Versicherer nur schwer möglich ist.

Ferner verpflichtet § 6 Abs. 1 S. 1 VVG den Versicherer jeden Rat und damit auch jeden Hinweis zu begründen, soweit letzterer nicht selbsterklärend ist²⁰⁵⁷.

Diese Pflichten kann der Versicherer in unterschiedlicher Weise verletzen, etwa indem er eine Beratung nebst Begründung unterlässt, eine Empfehlung gibt, die nicht dem zuvor ermittelten Wünschen und Bedürfnissen entspricht, aufklärende Hinweise nur unzureichend oder unrichtig erteilt bzw. Ratschläge und Hinweise nur unvollständig oder unzutreffend begründet. Demgegenüber ist der theoretisch denkbare Fall, dass der Versicherer seine Pflichten in zeitlicher Hinsicht verletzt, also den Versicherungsnehmer erst nach Abgabe seiner Willenserklärung über den abzuschließenden Vertrag berät und aufklärt bzw. diese Ratschläge und Hinweise begründet, praktisch zu vernachlässigen, da nach diesem Zeitpunkt der für den Versicherer handelnde Versicherungsvertreter sein Ziel, den Kunden zum Vertragsschluss zu veranlassen, bereits erreicht hat.

a. Zustandekommen und Inhalt des Vertrages

Besteht eine Pflicht zur Beratung und ist in diesem Zusammenhang eine Aufklärung über den Leistungsumfang des angebotenen Versicherungsschutzes geboten, kann es dazu kommen, dass der Versicherungsvertreter als Erfüllungsgehilfe des Versicherers²⁰⁵⁸ unzutreffende Auskünfte gibt oder entsprechende, erkennbare Fehlvorstellungen des Versicherungsnehmers nicht korrigiert. Denkbar ist der Fall, dass ein Versicherungsnehmer bei der Anbahnung eines Versicherungsvertrages über eine Allgemeine Wohngebäudeversicherung nach den VGB 2008 (1914) sich danach erkundigt, ob auch ein noch im Rohbau befindlicher Anbau seines Hauses gegen Sturm- und Hagelschäden mitversichert ist und dies vom Versicherungsvertreter entgegen § 4 Nr. 4 b. aa. VGB 2008 (1914) bejaht wird oder ein Versicherungsnehmer eine entsprechende Erwartungshaltung ä-

²⁰⁵⁵ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. bb. (1.) (c.).

²⁰⁵⁶ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. aa.

²⁰⁵⁷ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. bb. (2.).

²⁰⁵⁸ Vgl. oben unter C. IV. 5. d.

bert, jedoch der Versicherungsvertreter nicht auf den entsprechenden Risikoabschluss hinweist. Aber auch ohne Rücksicht auf eine anlassbezogene Beratungspflicht kann der Versicherungsvertreter bzw. der Versicherer von sich aus unzutreffende Angaben über die Reichweite des Versicherungsschutzes machen, etwa um die angebotene Versicherung dem Versicherungsnehmer anzupreisen, so dass hierin zwar kein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 S. 1 VVG, sondern gegen die „allgemeine Wahrheitspflicht“ gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB liegt.

Nach alter Rechtslage wäre in diesen Fällen ein Anspruch auf die Versicherungsleistung bei Hagel- und Sturmschäden an den in Bau befindlichen Gebäudeteilen wegen der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung des Versicherers in Betracht zu ziehen gewesen, so dass dem Versicherungsnehmer infolge der inhaltlichen Umgestaltung des Vertrages nach Maßgabe der Falschankunft des Vertreters bzw. seiner irrtümlichen Vorstellungen, vorbehaltlich eines erheblichen Eigenverschuldens, ein vertraglicher Erfüllungsanspruch zugestanden hätte²⁰⁵⁹. Da nach bisherigem Recht dem Versicherungsnehmer die AVB nicht bei Vertragsschluss vorliegen mussten, sondern beim Vertragsschluss im „Policenmodell“ zusammen mit der Police übersandt werden konnten, wäre ein den Anspruch ausschließendes, erhebliches Eigenverschulden wegen der eindeutig gegenteiligen Fassung der VGB 2008 (1914) nach neuerer Rechtsprechung nicht in Frage gekommen, da diese bei Antragsstellung nicht vorlagen²⁰⁶⁰. Demgegenüber stünde nach neuem Recht einem Anspruch aus gewohnheitsrechtlicher Erfüllungshaftung im Anwendungsbereich des § 305 Abs. 2 BGB entgegen, dass die AVB vor Antragsstellung übergeben werden müssen und folglich ein erhebliches Eigenverschulden anzunehmen wäre.

Unabhängig davon, dass für die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung nach neuem Recht kein Raum mehr ist²⁰⁶¹, stellt sich die Frage, ob falsche Auskünfte des Versicherungsvertreters bzw. das pflichtwidrige Unterlassen der Korrektur unzutreffender Vorstellungen den Erklärungsgehalt der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen beeinflussen und sich somit auf den Inhalt und das Zustandekommen des Versicherungsvertrages auswirken. Insbesondere in den letzten Jahren vor der VVG-Reform ist vor dem Hintergrund der „Auge und Ohr“ Rechtsprechung des BGH und der damit verbundenen Einschränkung des § 44 VVG a.F.²⁰⁶² vermehrt der Einwand erhoben worden, dass die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung als eigenes Haftungsinstitut nicht notwendig sei, da ein entsprechender Erfüllungsanspruch auch rechtsgeschäftlich begründet wer-

²⁰⁵⁹ Vgl. oben unter E. II. 1. b. bb. (2.) (b.) (bb.).

²⁰⁶⁰ Vgl. OLG Nürnberg RuS 1999, 165 (166); OLG Köln VersR 1995, 157; *Schirmer*, RuS 1999, S. 177 (179); a.A. BGHZ 40, 22 (25): Ausreichend sei es, dass der Versicherungsnehmer sich die AVB hätte besorgen können.

²⁰⁶¹ Vgl. unten unter E. III. 2. a. cc.

²⁰⁶² Vgl. BGHZ 102, 194 (195ff); 107, 322 (323).

den könne²⁰⁶³.

aa. Antrag

(1.) Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ bei sofortiger Antragsstellung

Die Vertreter rechtsgeschäftlicher Erklärungsansätze der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung gehen im Grundsatz von folgender Vertragsschlusskonstellation aus: Der Versicherungsnehmer führt mit dem Versicherungsvertreter ein Beratungsgespräch, in dem dieser unzutreffende Angaben über die Reichweite des Versicherungsschutzes macht bzw. entsprechende Fehlvorstellungen des Versicherungsnehmers nicht korrigiert. Daraufhin unterschreibt dieser das Antragsformular des Versicherers und überreicht es dem Versicherungsvertreter. Dieses Formular wird an den Versicherer weitergeleitet, der das Angebot, vertreten durch einen zuständigen Angestellten des Innendienstes, mit der Übersendung des Versicherungsscheins annimmt²⁰⁶⁴. Nach neuem Recht handelt es sich hierbei um einen Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“, bei dem der Versicherungsnehmer bereits am Ende eines ersten Gesprächstermins den Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages stellt.

Der Antrag des Versicherungsnehmers stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, deren Erklärungsgehalt im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist²⁰⁶⁵. Es kommt daher darauf an, wie der Empfänger diese Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte. Zu berücksichtigen sind hierbei insbesondere solche Umstände, die ihm bei Zugang der Erklärung bekannt oder zumindest erkennbar waren. Daher darf er der Erklärung nicht einfach dem ihm günstigsten Sinn beilegen, sondern er hat mit der gebotenen Sorgfalt zu prüfen, was der Erklärende tatsächlich gemeint hat (sog. Auslegung nach dem Empfängerhorizont)²⁰⁶⁶.

Abgestellt auf die dem Versicherer bzw. seinem mit der Annahmeerklärung betrauten Angestellten tatsächlich bekannten Umstände und ohne Rücksicht auf eine etwaige Zurechnung des Wissens des Versicherungsververtreters, könnte bei der Auslegung allein der Inhalt des schriftlichen Antragsformulars berücksichtigt werden, in dem auf die AVB Bezug genommen wird. Folglich wäre die Erklärung des Versicherungsnehmers so zu verstehen, dass dieser einen Vertrag nach Maßgabe der AVB schließen will²⁰⁶⁷. Zu bedenken ist jedoch, dass die Antrags-

²⁰⁶³ Vgl. OLG Hamm RuS 2001, 295; RuS 2001, 335; *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (977ff); *Hilgenhövel*, S. 79ff; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (91ff); *Schlossareck*, S. 211 und 213 ff; *Wernink*, S. 124 ff. Letzterer mit ausführlichen Nachweisen zu ablehnenden Stellungnahmen in der Literatur. Zuletzt ablehnend: *E. Lorenz*, in: FS Canaris, S. 757 (767ff).

²⁰⁶⁴ Vgl. *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (977f); *Hilgenhövel*, S. 81 und 86f; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 29; *ders.*, RuS 2001, S. 89; *Schlossareck*, S. 208-213; *Wernink*, S. 127 und 153.

²⁰⁶⁵ Vgl. oben unter C. I. 2. a. aa.

²⁰⁶⁶ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 133, Rn. 9; *Palm*, in: *Erman*, § 133, Rn. 19.

²⁰⁶⁷ Vgl. *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (977f); *Hilgenhövel*, S. 82; *Schlossareck*, S. 208.

erklärung gegenüber dem Versicherungsvertreter abgegeben wird, der gemäß § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG grundsätzlich nur Empfangvertreter ist. Daher geht die Erklärung dem Versicherer gemäß § 164 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 1 BGB in dem Zeitpunkt zu, in dem das unterschriebene Antragsformular dem Vertreter ausgehändigt wird. Für die Frage der Auslegung kommt es daher gemäß § 166 Abs. 1 BGB²⁰⁶⁸ auf den Empfängerhorizont des Versicherungsververtreters an, weswegen die ihm bekannten Umstände hierbei zu berücksichtigen sind²⁰⁶⁹. Da dieser weiß, welche Auskünfte er über den Versicherungsschutz gegeben hat bzw., weil er eine entsprechende irrtümliche Vorstellung erkannt, aber nicht korrigiert hat, sind diese Umstände bei der Auslegung der Antragserklärung zu berücksichtigen. Überwiegend wird hieraus der Schluss gezogen, dass die Erklärung des Versicherungsnehmers so zu verstehen sei, dass er einen Vertrag schließen möchte, der einen Versicherungsschutz nach Maßgabe der Erläuterungen des Versicherungsververtreters bzw. entsprechend seiner irrtümlichen Vorstellungen bietet²⁰⁷⁰.

Gegen eine derartige Auslegung der Antragserklärung wendet sich *E. Lorenz*. Er stellt in Frage, ob der Versicherungsnehmer auf Grund der vorangegangenen Erläuterungen den Inhalt des Formularantrages, also des unterschriebenen Antragsformulars, wirklich abändern wolle, obwohl er nach den Erklärungen des Agenten davon überzeugt sei, dass der dem Formularantrag entsprechende Vertrag auch das Risiko decke, das er unter Versicherung bringen wolle²⁰⁷¹.

Überzeugend ist dieser Einwand indes nicht. *E. Lorenz* räumt selbst ein, dass der Versicherungsnehmer irrtümlich seinem Antrag einen von dem Formularantrag abweichenden Erklärungsgehalt beimisst. Ob er insoweit den Formularantrag abändern will, er also um den Widerspruch mit den im Antragsformular in Bezug genommenen AVB weiß, ist insoweit nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, wie der Versicherungsvertreter die Antragserklärung verstehen darf. Da dieser auf Grund des vorangegangenen Beratungsgesprächs weiß oder zumindest in Anwendung der gebotenen Sorgfalt bei der Auslegung der Erklärung erkennen kann, dass der Versicherungsnehmer sich über die Reichweite des Versicherungsschutzes irrt, wäre es mit einer Auslegung nach dem Empfänger-

²⁰⁶⁸ § 70 VVG regelt die Wissenszurechnung nur für die nach dem VVG erhebliche Kenntnis. Daneben bleibt eine Wissenszurechnung über § 166 Abs. 1 BGB unberührt, vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 70, Rn. 7 und 12.

²⁰⁶⁹ Vgl. *Canaris*, S. 343; *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 166, Rn. 5; *Heinrichs*, JuS 2002, S. 975 (978); *Hilgenhövel*, S. 81; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (92); *Palm*, in: *Erman*, § 166, Rn. 2; *Wernink*, S. 130f. Ähnlich *Schlossareck*, S. 213: „Wissenszurechnende Auslegung“.

²⁰⁷⁰ Vgl. *Canaris*, S. 343; *Heinrichs*, JuS 2002, S. 975 (978); *Hilgenhövel*, S. 81; *Kollhosser*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a; *ders.*, RuS 2001, S. 89 (92); *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 41; Unklar *Schlossareck*, S. 213 und S. 216 der einerseits eine wissenszurechnende Auslegung annimmt, andererseits aber dem Antrag des Versicherungsnehmers den Erklärungsgehalt beimisst, einen Versicherungsvertrag nach Maßgabe der AVB abschließen zu wollen.

²⁰⁷¹ Vgl. *E. Lorenz*, in: FS *Canaris*, S. 757 (770).

horizont nicht zu vereinbaren, der Erklärung nur die Bedeutung beizumessen, Versicherungsschutz nach Maßgabe der AVB erlangen zu wollen.

Gleichwohl ist fraglich, wie die Antragserklärung des Versicherungsnehmers genau zu verstehen ist, denn immerhin wird in dem Antragsformular auf die AVB Bezug genommen und damit an sich der Wille zum Ausdruck gebracht, diese in den Vertrag einbeziehen zu wollen. Es stellt sich daher die Frage, wie der Widerspruch zwischen den in Bezug genommenen AVB einerseits und dem vom Versicherungsvertreter erkannten Willen des Versicherungsnehmers andererseits aufzulösen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und weit verbreiteter Ansicht in der Literatur sollen AGB abweichend von den §§ 133, 157 BGB objektiv-normativ auszulegen sein, also losgelöst vom konkreten Geschäft und den konkreten Vertragsparteien und somit ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles. Maßgeblich sei das typische Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an diesen Geschäften üblicherweise beteiligten Kreise²⁰⁷². Speziell mit Blick auf die Auslegung von AVB heißt es, dass es bei ihrer Auslegung auf das Verständnis eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse ankomme. Entscheidend sei, wie ein solcher Versicherungsnehmer die jeweilige Bestimmung bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss²⁰⁷³. Begründet wird die objektive Auslegung von AGB mit dem Massencharakter der unter ihrer Verwendung geschlossenen Verträge und der fehlenden Einflussnahme der Kunden auf ihren Inhalt. Überdies sei der mit dem Einsatz von AGB verfolgte Rationalisierungszweck nur erreichbar, wenn diese einheitlich ausgelegt würden²⁰⁷⁴. Vorrang vor einer objektiv-normativen Auslegung habe jedoch ein übereinstimmender Wille der Parteien, wobei die überwiegende Rechtsprechung und einige Teile der Literatur dies mit einer konkludent geschlossenen Individualvereinbarung gemäß § 305b BGB begründen²⁰⁷⁵, während andere Stimmen in Rechtsprechung und Literatur insoweit *zumindest* auf den Rechtsgedanken des § 305b BGB abstellen²⁰⁷⁶.

²⁰⁷² Vgl. BGHZ 22, 109 (113); 51, 55 (58); 60, 377 (380); 77, 116 (118); 96, 182 (191); 102, 384 (389f); 129, 297 (300)BGH NJW 1999, 1105 (1106); 1999, 1711 (2005, 1183 (1184)); *Basedow*, in: MK, § 305c, Rn. 22; *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 305c, Rn. 15; *Roloff*, in: *Erman*, § 305c, Rn. 20; *Stoffels*, Rn. 360 und 362; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 73.

²⁰⁷³ Vgl. BGH VersR 2007, 1690; VersR 2003, 454 (455); VersR 2002, 1089 (1090); VersR 2001, 489 (490); VersR 1999, 745 (746); VersR 1996, 743 (744); *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, Einl., Rn. 55; *Beckmann*, in: *B/M*, Einf. C., Rn. 167; *Präve*, in: VersR-Hdb, § 10, Rn. 208; *Römer*, in: *R/L*, Vor § 1, Rn. 16; *Wandt*, Rn. 191.

²⁰⁷⁴ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 5, Rn. 8; *Roloff*, in: *Erman*, § 305c, Rn. 20; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305c, Rn. 126; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 75.

²⁰⁷⁵ Vgl. BGHZ 113, 251 (259); BGH NJW 1995, 1494 (1496); NJW 1983, 2638; *Basedow*, in: MK, § 305c, Rn. 26; *Stoffels*, Rn. 361 und 381.

²⁰⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2002, 2102 (2103); *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305c, Rn. 84.

Folgt man diesen Auslegungsgrundsätzen, wäre der Antrag dahin auszulegen, dass der Versicherungsnehmer zwar die AVB mit ihrem objektiv-normativ zu bestimmenden Regelungsgehalt in den Vertrag einbeziehen will, er jedoch hiervon abweichend dem Versicherer das Angebot auf Abschluss einer Individualvereinbarung gemäß § 305b BGB unterbreitet, wonach er Versicherungsschutz nach Maßgabe der Auskünfte des Versicherungsvertreeters bzw. seiner irrtümlichen Vorstellungen erhalten will.

Entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH und der von einigen Teilen der Literatur vertretenen objektiv-normativen Auslegung von AGB, befürworten andere Teile der Literatur eine Auslegung von AGB gemäß §§ 133, 157 BGB, weswegen auch die individuellen Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen seien²⁰⁷⁷. Zwar sei davon auszugehen, dass sich entsprechende individuelle Umstände nur selten feststellen ließen²⁰⁷⁸, dennoch könnten sie im Rahmen der Auslegung nicht übergangen werden, da es sich bei AGB nicht um Rechtsnormen, sondern um Vertragsbedingungen handle und daher eine Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB erfolge²⁰⁷⁹. Auch bedürfe es keiner besonderen Auslegungsregeln für AGB, da das Interesse des Verwenders an einer Standardisierung seiner Geschäftsbedingungen im Rahmen der allgemeinen Auslegungsregeln berücksichtigt werden könne²⁰⁸⁰. Im Übrigen erfordere auch eine richtlinienkonforme Auslegung eine Berücksichtigung individueller Umstände. So bestimme § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der Art. 4 Abs. 1 der RL 93/13/EWG²⁰⁸¹ umsetzt, dass bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen seien. Zwar gelte § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB nur für die Inhaltskontrolle von AGB bei Verbraucherverträgen, jedoch sei unerfindlich, weswegen die den Vertragsschluss begleitenden Umstände nicht auch sonst bei der Auslegung einer Klausel herangezogen werden dürfen²⁰⁸².

Ausgehend hiervon wären die individuellen Umstände des Einzelfalles bei der Auslegung von AVB zu berücksichtigen und daher auch der Inhalt des der Antragsstellung vorangegangenen Beratungsgesprächs. Allerdings kann selbst dann klar formulierten AVB entgegen ihres eindeutigen Wortlauts kein abweichender Sinngehalt beigemessen werden kann. Auch wenn ein Versicherungsvertreter etwa behaupten sollte, dass eine Gebäudeversicherung auf der Grundlage der VGB 2008 (1914) Schäden an im Bau befindlichen Gebäudeteilen abdecke,

²⁰⁷⁷ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, 67. Aufl., § 305c, Rn. 15; *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 5, Rn. 5f; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305c, Rn. 130.

²⁰⁷⁸ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 5, Rn. 6; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305c, Rn. 128.

²⁰⁷⁹ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, 67. Aufl., § 305c, Rn. 15.

²⁰⁸⁰ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 5, Rn. 6; *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305c, Rn. 130.

²⁰⁸¹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG L 95 vom 21.4.1993, S. 29.

²⁰⁸² Vgl. *Schlosser*, in: *Staudinger*, § 305c, Rn. 130.

kann § 4 Nr. 4 b. aa. VGB 2008 (1914) aufgrund seines eindeutig gegenteiligen Wortlauts unter keinen Umständen im Sinne der Auskunft des Versicherungsvertreeters ausgelegt werden. Gleichwohl kommt es bei einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB nicht allein darauf an, ob und inwieweit der Wortlaut einer Erklärung auslegungsfähig ist. Zu den Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB gehört ebenfalls der Grundsatz, dass ein übereinstimmender Wille der Parteien auch dann maßgeblich ist, wenn er im Inhalt der Erklärung keinen oder nur unzureichenden Ausdruck gefunden hat²⁰⁸³. Dabei darf die Formulierung, dass es auf einen *übereinstimmenden* Willen der Parteien ankommt, nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei der Auslegung selbst dann ein vom Erklärungsempfänger erkannter, tatsächlicher Wille des Erklärenden maßgeblich ist, wenn dieser zwar den wahren Willen erkannt, ihn sich aber nicht zu eigen gemacht hat²⁰⁸⁴. In der versicherungsrechtlichen Literatur wird der Ansatz einer Auslegung der AVB gemäß §§ 133, 157 BGB von *Wernink* geteilt. Er geht daher davon aus, dass trotz der Bezugnahme auf die AVB der erkannte Wille des Versicherungsnehmers maßgeblich für die Bestimmung des Inhalts der Antragserklärung sei²⁰⁸⁵. Folgt man dieser Ansicht, ist die Antragserklärung des Versicherungsnehmers trotz der Bezugnahme auf die AVB dahin auszulegen, dass er einen Versicherungsvertrag nach Maßgabe der Erläuterungen des Versicherungsvertreeters bzw. entsprechend seiner irrtümlicher Vorstellungen abschließen möchte, da *insoweit* der erkannte, tatsächliche Wille Vorrang vor den AVB hat. Darauf, dass der Versicherungsnehmer mit seiner Antragserklärung zugleich den Abschluss einer von den AVB abweichenden Individualvereinbarung im Sinne des § 305b BGB anträgt, käme es folglich nicht an.

Um den genauen Inhalt der Antragserklärung zu bestimmen, ist somit zu entscheiden, ob bei der Auslegung von AVB ein objektiv-normativer Auslegungsmaßstab oder der Auslegungsmaßstab der §§ 133, 157 BGB anzulegen ist.

Einerseits ist den Befürwortern einer Auslegung von AGB gemäß §§ 133, 157 BGB zuzugeben, dass der Massencharakter der unter Verwendung von AGB geschlossenen Verträge und die mit ihrem Einsatz verfolgte Standardisierung von Vertragsbedingungen in einem gewissen Umfang auch bei einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB Rechnung getragen werden kann. Andererseits kann jedoch nicht der Argumentation gefolgt werden, dass aufgrund einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung mit Blick auf § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB AGB nicht objektiv-normativ ausgelegt werden können. Die Norm betrifft schließlich nur die Inhaltskontrolle von AGB bei Verbraucherverträgen und trifft daher speziell hierfür eine gesonderte Regelung darüber, welche Umstände bei der Ausle-

²⁰⁸³ Vgl. BGHZ 71, 243 (247); *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 133, Rn: 8.

²⁰⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1984, 721; *Busche*, in: *MK*, § 133, Rn. 14; *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 133, Rn. 8.

²⁰⁸⁵ Vgl. *Wernink*, S. 142-146.

gung zu berücksichtigen sind. Zwar ist einzuräumen, dass die Auslegung von AGB und deren Inhaltskontrolle miteinander einhergehen, gleichwohl folgt gerade aus der Funktion des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB als Spezialregelung, dass hier eine vom Grundsatz abweichende Regelung getroffen worden ist, die auf Verbraucherverträge und hier auf die Inhaltskontrolle beschränkt ist. Dass die Norm als Spezialregelung zu verstehen ist und auch der Gesetzgeber im Grundsatz eine objektiv-normative Auslegung von AGB befürwortet, folgt auch aus der Gesetzesbegründung zu § 24 Nr. 3 AGBG, der Vorgängerregelung zu § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Hier heißt es, da bei der Inhaltskontrolle ein generalisierender Prüfungsmaßstab und eine typisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen sei, komme den nach Art 4 Abs. 1 der RL 93/13/EWG ebenfalls zu berücksichtigenden, den Vertragsschluss begleitenden Umständen gegenwärtig keine maßgebende Bedeutung zu. Entsprechend den Anforderungen in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie müssten im deutschen Recht Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen zukünftig nicht nur generalisierend hinsichtlich ihrer Angemessenheit geprüft werden, sondern es sei zudem zu berücksichtigen, welche konkreten Umstände den Vertragsschluss begleiten²⁰⁸⁶. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass AGB und somit auch AVB grundsätzlich objektiv-normativ auszulegen sind.

Folglich ist der Antrag des Versicherungsnehmers zu verstehen, dass er den Versicherungsvertrag unter Einbeziehung der objektiv auszulegenden AVB abschließen möchte und im Übrigen mit dem Versicherer gemäß § 305b BGB eine abweichende Individualvereinbarung treffen will.

(2.) Vertragsschlusses nach dem „Antragsmodell“ in weiteren Varianten

Das gefundene Auslegungsergebnis überzeugt in den Fällen der Vertragsanbahnung im „Antragsmodell“, wenn der Versicherungsnehmer im Anschluss an das Gespräch mit dem Versicherungsvertreter den Antrag stellt.

Vom gleichen Ergebnis ist auch dann auszugehen, wenn der Versicherungsvertrag im „Antragsmodell“ erstreckt über zwei Termine angebahnt wird, etwa weil in einem ersten Gesprächstermin nicht das Informationsmaterial übergeben werden kann und es daher erst in einem zweiten Termin zur Antragsstellung kommt. Fraglich ist jedoch, ob die Antragserklärung nach einer unzutreffenden Auskunft bzw. bei einer unkorrigierten Fehlvorstellung in gleicher Weise ausgelegt werden kann, wenn der Versicherungsnehmer sich beim Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ nicht im Anschluss an das Beratungsgespräch den Antrag stellt, sondern nach Erhalt der vorvertraglichen Informationen erst in einem zweiten Termin den Antrag stellen möchte. Problematisch ist insoweit, dass der Versicherungsnehmer eventuell das Informationsmaterial in Ruhe durchgeht und

²⁰⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 13/2713, S. 8.

daher zutreffend über die tatsächliche Reichweite des Versicherungsschutzes informiert wird.

Unterlag der Versicherungsnehmer im Beratungsgespräch einem Irrtum und sieht er in Ruhe das ausgehändigte Informationsmaterial durch, wird er seinen Irrtum erkennen, da er anhand des vom Versicherer stammenden Informationsmaterials zutreffend über die Reichweite des angebotenen Versicherungsschutzes informiert wird. Stellt er nun dennoch den Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages, ist davon auszugehen, dass er trotz seines ursprünglichen Fehlvorstellungen dennoch den Versicherungsvertrag zu den tatsächlichen Konditionen des Versicherers abschließen möchte. Unterlässt er es hingegen, das Informationsmaterial näher zur Kenntnis zu nehmen, wird er seine Fehlvorstellungen nicht korrigieren können, weswegen sein Antrag so zu verstehen ist, dass er Versicherungsschutz nach Maßgabe seiner irrtümlichen Vorstellungen beantragen möchte. Entscheidend ist also, ob und inwieweit die vorvertraglichen Informationen tatsächlich zur Kenntnis genommen werden. Problematisch ist, dass der Versicherungsvertreter in diesem Punkt sich nicht sicher sein kann, ob der Versicherungsnehmer die Informationen durchgegangen ist und daher seinen Irrtum aus dem ersten Gesprächstermin erkannt hat. Soweit der Versicherungsvertreter nicht vor der Antragsstellung fragt, ob die Informationen vollständig gelesen worden sind und der Versicherungsnehmer auch nicht von sich aus mitteilt, diese gelesen zu haben, muss der Versicherungsvertreter im Zweifel davon ausgehen, dass der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz nach Maßgabe seiner ursprünglichen Fehlvorstellungen beantragen will. In diesem Fall ist die Antragsklärung so auszulegen wie in den Fällen einer sofortigen Antragsstellung im Anschluss an das Beratungsgespräch²⁰⁸⁷.

Hat der Versicherungsvertreter in dem Beratungsgespräch unzutreffende Auskünfte über den Umfang des Versicherungsschutzes erteilt und liest der Versicherungsnehmer die erteilten Informationen in Ruhe durch, wird er den Widerspruch zwischen den Auskünften des Vertreters und den Informationen entdecken. Da das Informationsmaterial vom Versicherer stammt und der Versicherungsnehmer weiß, dass der Versicherungsvertreter nur ein Erfüllungsgehilfe des Versicherers ist, wird er die Auskünfte des Vertreters als Fehlinformation erkennen. Stellt er dennoch den Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages, ist davon auszugehen, dass er trotz der Auskünfte des Versicherungsvertreters den Vertrag zu den Bedingungen des Versicherers schließen möchte. Anderenfalls wäre nämlich zu erwarten, dass er sich an den Vertreter wendet und um Aufklärung bittet, welchen Informationen denn nun Glauben zu schenken ist. Geht der Versicherungsnehmer demgegenüber die Informationen nicht durch, wird er nach wie vor den falschen Auskünften über dem Umfang des angebotenen Ver-

²⁰⁸⁷ Vgl. oben unter E. III. 2. a. aa. (1.).

sicherungsschutzes vertrauen und damit einen entsprechenden Versicherungsvertrag abschließen wollen. Wiederum ist also entscheidend, ob der Versicherungsnehmer die Informationen tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Da der Versicherungsvertreter dies jedoch nicht weiß, wird er im Zweifel davon ausgehen müssen, dass der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz nach Maßgabe der unzutreffenden Auskünfte beantragen möchte. Im Ergebnis ist dann der Antrag des Versicherungsnehmers ebenso auszulegen wie in den Fällen einer sofortigen Antragsstellung im Anschluss an das Beratungsgespräch²⁰⁸⁸.

(3.) Vertragsschluss nach dem „Invitativmodell“

Beim Vertragsschluss im „Invitativmodell“ gibt der Versicherungsnehmer nach dem Beratungsgespräch lediglich eine „*invitatio ad offerendum*“ ab und der Versicherer übersendet ihm ein Angebot auf Abschluss des Versicherungsvertrages. Fraglich ist, wie dieses Angebot gemäß §§ 133, 157 BGB zu verstehen ist.

Soweit der Versicherungsvertreter den Versicherungsnehmer unzutreffend über die Reichweite des Versicherungsschutzes informiert oder einen Irrtum nicht korrigiert hat, wird dieser davon ausgehen, dass das Angebot des Versicherers auf Abschluss eines entsprechenden Versicherungsvertrages gerichtet ist. Dennoch kann der Versicherungsnehmer bei der Auslegung der Angebotserklärung sich nicht darauf beschränken, diese in einem ihm günstigen Sinne zu verstehen, sondern er muss sich unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt bemühen, herausfinden, was der Versicherer erklären wollte²⁰⁸⁹. Aus diesem Grunde ist zu verlangen, dass der Versicherungsnehmer die Angebotsunterlagen vollständig durchliest. Soweit hier auf die AVB Bezug genommen wird, ist daher zur Ermittlung des Erklärungsgehalts ebenfalls zu verlangen, dass auch diese zur Kenntnis genommen werden. Dies gilt umso mehr, als AVB objektiv-normativ auszulegen sind²⁰⁹⁰ und daher grundsätzlich mit diesem Sinngehalt einem Vertrag zugrunde zu legen sind, während abweichende Vereinbarungen allein Gegenstand einer Individualvereinbarung sein können. Darüber hinaus ist eine gründliche Durchsicht der Angebotsunterlagen auch deswegen geboten, weil der Versicherungsnehmer zunächst nur eine „*invitatio ad offerendum*“ abgegeben hat und er allein daher prüfen muss, was für Versicherungsleistungen das Angebot genau umfasst. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Versicherungsvertreter zwar im Lager des Versicherers steht, er aber für diesen nicht die Angebotserklärung abgibt, sondern insoweit eine dritte Person ist. Weil dies dem Versicherungsnehmer bei einer transparenten Gestaltung des Vertragsschlusses nach dem „Invitativmodell“ bekannt oder zumindest erkenn-

²⁰⁸⁸ Vgl. oben unter E. III. 2. a. aa. (1.).

²⁰⁸⁹ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 133, Rn. 9; *Palm*, in: *Erman*, § 133, Rn. 19.

²⁰⁹⁰ Vgl. oben unter E. III. 2. a. aa. (1.).

bar ist, da nach der hier vertretenen Ansicht bereits im Vorgespräch über das zum Vertragsschluss führende Verfahren gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV zu informieren ist²⁰⁹¹, verpflichtet auch dieser Umstand zur Prüfung, welchen Inhalt das Angebot hat.

Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt muss der Versicherungsnehmer also das Angebot des Versicherers so verstehen, dass dieser einen Vertrag nach Maßgabe seiner AVB abschließen will und diese somit den Leistungsumfang der Versicherung bestimmen.

bb. Annahme

(1.) Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ bei sofortiger Antragsstellung

Die Annahme erfolgt beim Vertragsschluss im „Antragsmodell“ entweder durch die Übersendung einer gesonderten Annahmeerklärung oder, was praktisch den Regelfall bildet, durch die Übersendung des Versicherungsscheins. Diese Erklärungen nehmen regelmäßig auf die AVB des Versicherers Bezug und ggf. liegen ihnen liegen diese noch einmal gesondert bei. Tatsächlich wird der Angestellte des Versicherers, der für diesen als Vertreter die Annahme erklärt und der den Verlauf des Beratungsgesprächs nicht kennt, nur erklären wollen, den Antrag auf der Grundlage der AVB annehmen zu wollen. Da aber die Annahme als empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem Empfängerhorizont auszulegen ist, kommt es zur Bestimmung ihres Erklärungsgehalts darauf an, wie der Versicherungsnehmer sie verstehen durfte.

(a.) Auslegung der Annahmeerklärung gemäß § 133, 157 BGB

Ohne Schwierigkeiten wäre diese Frage zu beantworten, wenn die Annahmeerklärung sich auf ein einfaches „Einverstanden“ beschränken würde, da sie in diesem Falle den Inhalt des Antrages in sich aufnähme²⁰⁹². Da eine gesonderte Annahmeerklärung oder der übersandte Versicherungsschein regelmäßig auf die AVB Bezug nehmen und ihnen diese ggf. noch einmal beiliegen, weist die hierin liegende Annahme einen eigenen Erklärungsgehalt auf. Wie diese vom Versicherungsnehmer zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt:

Auf der Grundlage einer individualvertragskonformen Auslegung von AVB stellt *Wernink* darauf ab, dass der Versicherer dem Versicherungsnehmer zusammen mit dem Versicherungsschein nur diejenigen AVB zuschicke, die vermeintlich Teil des Antrages waren. Damit wiederhole er nur den Vertragstext, den schon der Versicherungsnehmer seinem Antrag zugrunde gelegt habe. Da dieser mit einem Bedeutungswandel der AVB nicht rechnen müsse, habe die

²⁰⁹¹ Vgl. oben unter D. III. 1.

²⁰⁹² Vgl. *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (979); *Flume*, § 34, 3; *Luckey*, VersR 1994, S. 1261; *Wernink*, S. 156.

Annahmeerklärung keinen anderen Inhalt und keine andere Bedeutung als der Antrag²⁰⁹³. Maßgeblich zu diesem Verständnis der Annahmeerklärung trägt der Umstand bei, dass der Versicherer nach Ansicht *Werninks* gehalten sei, eine Ablehnung des Antrages hinreichend deutlich zu machen²⁰⁹⁴.

Auch *Kollhosser* möchte der Annahme gemäß §§ 133, 157 BGB den Erklärungsgehalt beimessen, dass dieser den Antrag so annehme, wie er gestellt worden sei²⁰⁹⁵. Dies gelte zumindest dann, wenn der Versicherungsnehmer im Versicherungsschein keine Erklärung des Versicherers finde, wonach der Versicherungsschutz nicht in vollem Umfang des Antrages angenommen werde²⁰⁹⁶. Auch brauche der Versicherungsnehmer zum Verständnis der Annahmeerklärung nicht die AVB einzusehen, die ihm schon bei Antragsstellung oder mit der Annahmeerklärung übergeben werden²⁰⁹⁷. Vielmehr könne er auf die mündlichen Auskünfte über deren Inhalt vertrauen²⁰⁹⁸. Aufgrund zweier übereinstimmender Willenserklärungen komme der Vertrag im Sinne der Falschankünfte bzw. der irrümlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers zustande. Diese individuelle Vereinbarung gehe gemäß § 305b BGB den abweichenden AVB vor²⁰⁹⁹.

Terbille geht davon aus, dass die Annahmeerklärung des Versicherers mit dem Inhalt der mündlichen Zusicherung des Versicherungsvertreeters zugehe. Sie weise deshalb keinerlei Abweichung vom Antrag im Sinne des § 5 VVG auf. Deshalb könne der Versicherungsnehmer diese Erklärung nur mit dem Inhalt verstehen, wie ihn der Versicherungsvertreeter bei Antragsstellung versprochen habe²¹⁰⁰.

Canaris stellt darauf ab, dass die Annahmeerklärung aus der Sicht eines objektiven Dritten im Sinne des Versicherers zu verstehen sei, insbesondere da diese nicht in einem schlichten „Ja“ bestehe, während aus der Sicht des Erklärungsempfängers die Annahmeerklärung im Sinne des Versicherungsnehmers zu interpretieren sei. Insoweit geht *Canaris* jedoch davon aus, dass diese Bedeutung dem Erklärenden nicht zuzurechnen sei, so dass sich daher ein versteckter Dissens ergebe²¹⁰¹.

Abweichend von den vorgenannten Ansichten finden sich auch Stellungnahmen in der Literatur, die der Erklärung des Versicherers wegen der Bezugnahme auf die AVB bzw. ihrer gleichzeitigen Übersendung allein die Bedeutung beimessen, einen Versicherungsvertrag auf der Grundlage seiner AVB abschließen zu

²⁰⁹³ Vgl. *Wernink*, S. 157.

²⁰⁹⁴ Vgl. *Wernink*, S. 156 und 158.

²⁰⁹⁵ Vgl. *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (92 und 96).

²⁰⁹⁶ Vgl. *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (92); *ders.*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a.

²⁰⁹⁷ Vgl. *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (93); *ders.*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a.

²⁰⁹⁸ Vgl. *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (93).

²⁰⁹⁹ Vgl. *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (92); *ders.*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a.

²¹⁰⁰ Vgl. *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 41.

²¹⁰¹ Vgl. *Canaris*, S. 344.

wollen²¹⁰².

Werden zum Zwecke der Annahme eine gesonderte Erklärung oder der Versicherungsschein übersandt und wird in ihnen auf die AVB Bezug genommen und liegen ihnen diese ggf. noch einmal bei, kommt diesen Erklärungen bei objektiver Betrachtung allein die Bedeutung zu, einen Versicherungsvertrag nach Maßgabe der AVB schließen zu wollen. Der Versicherer lehnt somit zugleich das in der Antragserklärung liegende Angebot des Versicherungsnehmers auf Abschluss einer von den AVB abweichenden Individualvereinbarung ab.

Soweit demgegenüber in der Literatur darauf abgestellt wird, dass der Versicherungsnehmer die Übersendung des Versicherungsscheins als Annahme verstehen könne, läuft diese Ansicht im Ergebnis darauf hinaus, dass der Versicherungsnehmer den Versicherungsschein und die in Bezug genommenen bzw. beigefügten AVB allenfalls flüchtig durchlesen, nicht aber ihren wirklichen Sinn erfassen müsse, um den Erklärungsgehalt der Annahme zu ermitteln. Dementsprechend sehen es auch *Wernink* und *Kollhosser* als Sache des Versicherers an, deutlich auf Abweichungen vom Antrag hinzuweisen. Entsprechendes müsste ihrer Ansicht nach auch in den Fällen gelten, in denen die Annahme gesondert erklärt wird. Es ist aber zweifelhaft, ob diese Auffassung mit den §§ 133, 157 BGB vereinbar ist, schließlich muss der Erklärungsempfänger bei der Auslegung die gebotene Sorgfalt walten lassen.

Einen Anhaltspunkt dafür, was vom Versicherungsnehmer an Sorgfalt verlangt werden kann, könnte die Rechtsprechung des BGH bieten. In einem Fall betreffend den Abschluss eines Versicherungsvertrages über eine vorläufige Deckung in der Kfz-Versicherung stellt der BGH darauf ab, dass der Empfänger eines Vertragsangebots, wenn er von dem Vertragswillen des Anbietenden abweichen wolle, dies in der Annahmeerklärung klar und deutlich zum Ausdruck bringen müsse. Das gelte vor allem für beigefügte Formulare. Erkläre er seinen abweichenden Vertragswillen nicht hinreichend deutlich, komme der Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zustande. In § 5 Abs. 2 und 3 VVG sei dieser Gedanke des Vertrauensschutzes in besonderer Weise zum Ausdruck gebracht. Der BGH geht daher davon aus, dass ein vom Antrag abweichender Vermerk auf einer dem Versicherungsnehmer übersandten Doppelkarte einer uneingeschränkten Annahmeerklärung nicht entgegenstehe²¹⁰³.

Ob ein abweichender Vertragswille klar und deutlich nur dann nach den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre zum Ausdruck gebracht wird, wenn der Versicherer ausdrücklich in der Annahmeerklärung darauf hinweist, vom Antrag des Versicherungsnehmers abzuweichen und dieser ansonsten von einer unver-

²¹⁰² Vgl. *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (979); *Messerschmidt*, S. 314. Ähnlich *Hilgenhövel*, S. 91ff, der aber zwischen klar verständlichen und nicht eindeutigen Bedingungen unterscheiden möchte.

²¹⁰³ Vgl. BGH NJW 1999, 3560 (3561) mit Verweis auf BGH WM 1983, 313 (314).

änderten Annahme seines Angebots ausgehen kann, erscheint zweifelhaft. Es stellt sich nämlich unweigerlich die Frage, welchen eigenständigen Regelungsbereich § 5 VVG mit Blick auf das Zustandekommen des Vertrages und somit als Sonderregelung zu § 150 Abs. 2 BGB hätte. Der besonderen Bedeutung des § 5 VVG trägt der BGH dementsprechend in einer anderen Entscheidung Rechnung, in der es um die Annahme eines mündlich gestellten Versicherungsantrages geht. Fertige der Versicherer einen Versicherungsschein aus, der inhaltlich nicht dem vom Agenten entgegen genommenen Versicherungsantrag entspreche, liege darin keine unveränderte Annahme dieses Antrages. Es fänden also die Vorschriften des § 5 VVG Anwendung²¹⁰⁴.

Es muss daher nach allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre ausreichen, dass der Versicherungsnehmer bei vollständiger Lektüre der Annahmeerklärung erkennen kann, dass von seinem Antrag abgewichen wird. Zwar ist zuzugeben, dass gerade mit der Bezugnahme auf die AVB bzw. ihrer gleichzeitigen Übersendung der Versicherungsnehmer eine Vielzahl von Informationen zur Kenntnis nehmen muss, dies folgt aber unweigerlich aus dem Umstand, dass sich die Annahme nicht auf ein bloßes „Einverstanden“ beschränkt. Dass dem Versicherungsnehmer die vollständige Lektüre der Annahmeerklärung zuzumuten ist, ist ferner dem Umstand geschuldet, dass AVB objektiv-normativ auszulegen sind und sie daher grundsätzlich mit diesem Sinngehalt einem Vertrag zugrunde zu legen sind, soweit nicht eine abweichende Individualvereinbarung getroffen wird. Bei Vertragsschlüssen unter Verwendung von AGB bzw. AVB ist bereits aus diesem Grunde erforderlich, dass die Annahmeerklärung daraufhin untersucht wird, ob allein die AVB gelten sollen oder ergänzend bzw. hiervon abweichend eine Individualvereinbarung im Sinne des § 305b BGB.

Der Übersendung einer gesonderten Annahmeerklärung oder eines Versicherungsscheins, in denen auf die AVB Bezug genommen wird, bzw. denen diese beigefügt sind, kommt daher der Erklärungsgehalt zu, einen Versicherungsvertrag allein nach Maßgabe der AVB schließen zu wollen. Es handelt sich somit bei der Annahmeerklärung des Versicherers im Grunde um eine abweichende Annahme im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB.

(b.) Dissens

Weicht die Annahmeerklärung vom Antrag ab, führt dies, vorbehaltlich einer Annahme des in der abweichenden Annahmeerklärung liegenden Angebots, gemäß § 154 Abs. 1 BGB zu einem Dissens, so dass der Versicherungsvertrag im Zweifel nicht geschlossen ist.

Zu Irritationen können jedoch Ausführungen in der Literatur zu § 305b BGB

²¹⁰⁴ Vgl. BGH VersR 1987, 663 (664).

führen, die, unabhängig von der umstrittenen Dogmatik der Norm²¹⁰⁵, darauf abstellen, dass im Falle der Unwirksamkeit einer Individualvereinbarung, etwa infolge eines Dissenses, subsidiär die verdrängten AGB zur Anwendung kommen²¹⁰⁶ bzw., dass die durch die Unwirksamkeit der Individualvereinbarung entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen sei²¹⁰⁷.

Auf den ersten Blick könnte daher die Annahme nahe liegen, dass ohne wirksame Individualvereinbarung der Vertrag zumindest auf der Grundlage der AVB bzw. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen wird.

Demgegenüber stellt *Basedow* jedoch einschränkend klar, dass die etwa von ihm befürwortete subsidiäre Anwendung der AGB nur in Frage komme, soweit der Vertrag im Übrigen Bestand haben könne²¹⁰⁸.

Dieser Einschränkung ist zuzustimmen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass das Angebot auf Abschluss einer Individualvereinbarung bereits Teil der Antragserklärung des Versicherungsnehmers ist. Er will also nur einen Vertrag schließen, der die AVB und hiervon abweichend eine Individualvereinbarung umfasst. Folglich kann dieser Antrag nur insgesamt angenommen werden. Sein rechtsgeschäftlicher Wille würde ignoriert, wenn ihm ohne Rücksicht auf die gewollte Individualvereinbarung ein Vertrag auf der Grundlage der AVB aufgedrängt würde bzw. die durch deren Wegfall entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen würde, abgesehen davon, dass letztere ohnehin nur Platz greift, soweit ein Vertrag im Übrigen wirksam zustande gekommen ist²¹⁰⁹.

(c.) § 5 VVG

Außer Betracht lassen die vorstehenden Ausführungen jedoch die Regelung des § 5 VVG, die eine Spezialregelung zu § 150 Abs. 2 BGB trifft²¹¹⁰, wenn die Annahme mit der Übersendung des Versicherungsscheins erklärt wird.

Weicht der Inhalt des Versicherungsscheins vom Antrag ab und widerspricht ihm der Versicherungsnehmer nicht innerhalb eines Monats nach Zugang, gilt dieser als genehmigt. Voraussetzung ist jedoch gemäß § 5 Abs. 2 VVG, dass der Versicherer auf die Rechtsfolge des Abs. 1 sowie auf jede Abweichung und die hiermit verbundene Rechtsfolge durch einen auffälligen Hinweis im Versicherungsschein hinweist, da anderenfalls gemäß § 5 Abs. 3 VVG der Vertrag mit dem Inhalt des Antrages als geschlossen gilt. Da der Versicherer bzw. sein mit

²¹⁰⁵ Vgl. *Roloff*, in: *Erman*, § 305b, Rn. 1 m.w.N.

²¹⁰⁶ Vgl. *Basedow*, in: *MK*, § 305b, Rn. 5; *Roloff*, in: *Erman*, § 305b, Rn. 5; *Ulmer*, in: *U/B/H*, § 305b, Rn. 11a.

²¹⁰⁷ Vgl. *Lindacher*, in: *W/H/L*, § 4, Rn. 31.

²¹⁰⁸ Vgl. *Basedow*, in: *MK*, § 305b, Rn. 5.

²¹⁰⁹ Vgl. *Armbrüster*, in: *Erman*, § 157, Rn. 15; *Busche*, in: *MK*, § 157, Rn. 26.

²¹¹⁰ Vgl. oben unter C. I. 2. b. bb.

der Abgabe der Annahmeerklärung betrauter Angestellter tatsächlich aber keine Kenntnis vom Inhalt des Beratungsgesprächs hat und er daher nicht den tatsächlichen Erklärungsgehalt des Antrages kennt, kann er regelmäßig nicht der Hinweispflicht des § 5 Abs. 2 VVG nachkommen²¹¹¹. Bei wortlautgetreuer Anwendung des § 5 VVG, kommt somit gemäß Abs. 3 ein Vertrag mit dem Inhalt des Antrages zustande. Von den Befürwortern rechtsgeschäftlicher Erklärungsansätze wird daher, teilweise nur ergänzend, auch auf die Regelung des § 5 VVG abgestellt, um einen vertraglichen Erfüllungsanspruch nach Maßgabe der Falschankünfte des Versicherungsvertreters bzw. der irrtümlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers zu begründen²¹¹².

Ein Vertragsschluss auf der Grundlage des § 5 Abs. 3 VVG wäre jedoch dann ausgeschlossen, wenn mit dem Begriff des Antrages in Abs. 1 und 3 VVG nur das schriftliche Antragsformular gemeint wäre. Demgegenüber ist nach fast einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur mit diesem Begriff der Antrag im rechtsgeschäftlichen Sinne gemeint²¹¹³, weswegen es im Hinblick auf die Abweichungen hiervon darauf ankommt, wie die Erklärung des Versicherungsnehmers auszulegen ist. Begründen lässt sich diese Auffassung zum einen mit dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 und 3 VVG, da mit dem Begriff des „Antrages“ an die allgemeine zivilrechtliche Terminologie der §§ 145 ff BGB angeknüpft wird²¹¹⁴. Zum anderen spricht die Gegenüberstellung von „Antrag“ und „getroffenen Vereinbarungen“ dafür, dass der Antrag im rechtsgeschäftlichen Sinne gemeint ist²¹¹⁵.

Ein fingierter Vertragsschluss gemäß § 5 Abs. 3 VVG schieße jedoch dann aus, wenn die Anwendung von Abs. 3 VVG davon abhinge, dass der Versicherer die Abweichungen des Versicherungsscheines kennt und er daher einen Hinweis nach Abs. 2 schuldhaft unterlassen müsste. Käme es somit auf die Kenntnis des Versicherers bzw. seines Angestellten an, der die Annahmeerklärung abgibt, wäre die Frage zu klären, ob das Wissen des Versicherungsvertreters gemäß § 166 Abs.1 BGB dem Versicherer und somit auch seinem gemäß § 166 Abs. 2 BGB auf Weisung handelnden Angestellten nicht nur punktuell im Hinblick auf die Auslegung der Antragserklärung zuzurechnen ist, sondern darüber hinaus

²¹¹¹ Vgl. *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (979); *Hilgenhövel*, S. 114; *Kollhosser*, RuS S. 89 (93); *Messerschmidt*, S. 312; *Prölss*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 551 (578).

²¹¹² Vgl. *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (979); *Hilgenhövel*, S. 114-118; *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (93); *ders.*, in: *P/M*, § 43, Rn. 35a; *Terbille*, in: MAH, § 2, Rn. 41; *Wernink*, S. 166-174.

²¹¹³ Vgl. BGH VersR 2001, 1498 (1499); VersR 1987, 663 (664); OLG Düsseldorf NVersZ 1999, 339; OLG Hamm RuS 2001, 295; OLG Nürnberg, VVGE § 5 Nr. 2; *Brömmelmeyer*, in: HK-VVG, § 5, Rn. 3 und 17; *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (979); *Hilgenhövel*, S. 81; *K. Johannsen*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 8, Rn. 27; *Knops*, in: *B/M*, § 5, Rn. 7; *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (93); *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 3 und 15; *ders.*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 551 (578); *Römer*, in: *R/L*, § 5, Rn. 4, 8 und 16; *Schreiber*, VersR 1994, S. 760 (766); *Schwintowski*, in: BK, § 5, Rn. 26; *Wernink*, S. 167.

²¹¹⁴ Vgl. *Hilgenhövel*, S. 88.

²¹¹⁵ Vgl. *Hilgenhövel*, S. 88f; *Wernink*, S. 167.

auch in Bezug auf die Abgabe der Annahmeerklärung²¹¹⁶.

Aus dem Wortlaut ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Versicherer Kenntnis von der Abweichung haben muss, insbesondere kommt es somit nicht darauf an, ob er insoweit schuldhaft einen Hinweis unterlässt²¹¹⁷. Zudem spricht der Regelungszweck des § 5 Abs. 3 VVG dagegen, auf eine Kenntnis des Versicherers abzustellen. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 3 VVG a.F., der durch die Verordnung zur Vereinheitlichung des Rechts der Vertragsversicherung vom 19.12.1939²¹¹⁸ in das alte VVG eingefügt wurde, soll § 5 Abs. 3 VVG den Eintritt eines vertragslosen Zustandes vermeiden, wenn der Versicherer seine Hinweispflichten nicht erfüllt und daher das Schweigen des Versicherungsnehmers nicht gemäß § 5 Abs. 1 VVG als Genehmigung der Abweichungen gilt. Zugunsten des Versicherungsnehmers sei daher bestimmt, dass der Inhalt des Antrages als vereinbart gilt²¹¹⁹. Die Norm stellt somit einseitig auf den Schutz des Versicherungsnehmers ab, der daher ohne einen Hinweis davon ausgehen darf, dass sein Antrag vom Versicherer angenommen worden ist. Es entspricht daher dem Schutzgedanken des § 5 Abs. 3 VVG die Norm auch anzuwenden, wenn der Versicherer keine Kenntnis von den Abweichungen hatte und daher der gebotene Hinweis unterblieben ist²¹²⁰. Auf eine Kenntnis von den Abweichungen und somit auf ein schuldhaftes Unterlassen eines Hinweises gemäß § 5 Abs. 2 VVG kommt es daher nach weit überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nicht an²¹²¹.

Fraglich ist jedoch, ob der Versicherer seiner Hinweispflicht nach § 5 Abs. 2 VVG nicht dadurch entsprechen kann, dass er den Versicherungsnehmer darauf hinweist, den Versicherungsschein allein auf der Grundlage des schriftlichen Antrages erstellt zu haben, wie dies von Teilen der Literatur in Bezug auf mündlich ergänzte Formularanträge vorschlägt²¹²². Es sei zu berücksichtigen, dass der Versicherungsnehmer die mündlichen Abweichungen vom Antragsformular kenne und er bei einem solchen Hinweis ausreichend über die Abweichungen Bescheid wisse²¹²³. Überzeugen kann dieser Vorschlag indes nicht, da er darauf hinausläuft, den Anwendungsbereich der Bestimmung allein auf das schriftliche

²¹¹⁶ Vgl. *Hilgenhövel*, S. 114f; *Wernink*, S. 170f.

²¹¹⁷ Vgl. *Wernink*, S. 169.

²¹¹⁸ RGBl. I, S. 2443.

²¹¹⁹ Vgl. Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz Nr. 20, Amtliche Begründung zur Verordnung zur Vereinheitlichung des Rechts der Vertragsversicherung vom 19.12.1939, S. 4.

²¹²⁰ Vgl. *Hilgenhövel*, S. 116; *Römer*, in: *R/L*, § 5, Rn. 18; *Wernink*, S. 169.

²¹²¹ Vgl. BGH VersR 2001, 1498 (1499); VersR 1987, 663 (664); *Brömelmeier*, in: *HK-VVG*, § 5, Rn. 37; *Hennrichs*, JuS 2002, S. 975 (979); *Hilgenhövel*, S. 117; *Knops*, in: *B/M*, § 5, Rn. 14; *Kollhosser*, RuS 2001, S. 89 (93); *Prölss*, in: *P/M*, § 5, Rn. 15; *ders.*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 551 (578); *Römer*, in: *R/L*, § 5, Rn. 18; *Schreiber*, VersR 1994, S. 760 (766 und 768); *Schwintowski*, in: *BK*, § 5, Rn. 26; *Wernink*, S. 169f.

²¹²² Vgl. *Prölss*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 551 (578); *ders.*, in: *P/M*, § 5, Rn. 15; *Schreiber*, VersR 1994, S. 760 (768).

²¹²³ Vgl. *Prölss*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 551 (578f); *Schreiber*, VersR 1994, 760 (768).

Antragsformular zu beschränken, jedoch der Begriff des Antrages im Sinne des § 5 VVG im rechtsgeschäftlichen Sinne zu verstehen ist.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass in den Fällen, in denen die Annahme durch Übersendung des Versicherungsscheines erklärt wird, über § 5 Abs. 3 VVG entgegen den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ein Vertragsschluss fingiert wird, soweit der Versicherer entgegen § 5 Abs. 2 VVG nicht auf jede Abweichung vom Versicherungsantrag hinweist. Dies hat zur Folge, dass dem Versicherungsnehmer ein vertraglicher Anspruch auf Versicherungsschutz nach Maßgabe der unzutreffenden Erläuterungen bzw. seiner irrtümlichen Vorstellungen zusteht.

(d.) Teleologische Reduktion von § 5 VVG

Fraglich ist, ob ein solcher vertraglicher Erfüllungsanspruch, der allein unter Hinzuziehung der Sonderregelungen des § 5 Abs. 2 und 3 VVG zu begründen ist, sich in das übrige Regelungssystem des neuen VVG einfügt.

Als Rechtsfolge der Verletzung von Pflichten nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG hat der Gesetzgeber in Abs. 5 VVG einen Schadensersatzanspruch geregelt. Steht dem Versicherungsnehmer jedoch infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Versicherers ein Erfüllungsanspruch zu, scheidet ein Schadensersatzanspruch regelmäßig an einem ersatzfähigen Schaden. Zwar bedeutet dies nicht, dass § 6 Abs. 5 VVG im Hinblick auf die Beratungspflichten des Versicherers keinen Anwendungsbereich mehr hätte, da der Eintritt eines Schadens auch durch eine unzureichende Empfehlung und somit nicht allein durch unzutreffende aufklärende Hinweise verursacht werden kann. Im Übrigen kommt ein Erfüllungsanspruch nur in Frage, wenn falsche Auskünfte sich auf das vertragliche Leistungsprogramm beziehen, nicht aber, falls diese Punkte betreffen, die außerhalb der eigentlichen Versicherungsleistung liegen, wie etwa steuerliche Aspekte eines Vertragsschlusses. Jedoch betreffen unzutreffende Mitteilungen über die Reichweite des Versicherungsschutzes bzw. der unterlassenen Richtigstellung erkannter Irrtümer eine typische Konstellation der Verletzung von Beratungspflichten des Versicherers, soweit eine Aufklärung geschuldet ist. Diese wären somit von vornherein von der Sanktionsfolge des Schadensersatzes ausgenommen wären.

Mit Blick auf den anspruchspflichteten Versicherer wäre diese Folge für sich gesehen noch zu akzeptieren. Sie führt aber zu Verwerfungen mit den Regelungen über die Beratungspflichten des Versicherungsvertreters. Gibt ein selbständiger²¹²⁴ Versicherungsvertreter unzutreffende Auskünfte über die Reichweite des angebotenen Versicherungsschutzes oder unterlässt er es, Fehlvorstellungen des Versicherungsnehmers zu korrigieren, verletzt er unter Umständen nicht nur

²¹²⁴ Auf Angestellte des Werbeaußendienstes findet § 63 VVG keine Anwendung, vgl. oben unter C. I. 1.

als Erfüllungsgehilfe des Versicherers dessen Pflichten nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG, sondern zugleich seine eigenen Pflichten nach § 61 Abs. 1 VVG. Als Rechtsfolge sieht § 63 VVG einen Anspruch auf Schadensersatz vor, der aber regelmäßig entfallen würde, da dem Versicherungsnehmer ein vertraglicher Erfüllungsanspruch zustünde. Demgegenüber geht die Gesetzesbegründung zu § 42e VVG a.F.²¹²⁵ wie selbstverständlich davon aus, dass der Versicherungsvertreter auf Schadensersatz haftet²¹²⁶. Im Hinblick auf die Sanktionsfolgen der Verletzung der Beratungspflichten von Versicherer und selbständigem Versicherungsvertreter bildet ein vertraglicher Erfüllungsanspruch somit einen Fremdkörper im neuen VVG.

Fraglich ist daher, ob § 5 Abs. 2 VVG in der Weise teleologisch reduziert werden kann, dass auf Abweichungen vom Antrag des Versicherungsnehmers, die darauf zurückzuführen sind, dass der Erklärungsgehalt seines Antrages infolge unzutreffender Auskünfte über den Umfang des Versicherungsschutzes bzw. infolge einer unterlassenen Aufklärung vom Formularantrag abweicht, nicht hinzuweisen ist. Insoweit fände auch Abs. 3 VVG keine Anwendung. Vielmehr würden die Abweichungen im Versicherungsschein gemäß § 5 Abs. 1 VVG als genehmigt gelten, soweit im Übrigen die Voraussetzungen des Abs. 2 beachtet werden und es käme daher ein Vertrag auf der Grundlage der AVB des Versicherers zustande.

Voraussetzung für eine teleologische Reduktion ist eine Regelungslücke im Gesetz, also eine planwidrige Unvollständigkeit²¹²⁷, die im Fehlen einer gebotenen Ausnahmeregelung zu sehen ist (sog. „verdeckte Lücke“)²¹²⁸. Inwieweit diese Lücke planwidrig ist, muss anhand des dem Gesetz zugrunde liegenden Regelungsplanes bestimmt werden, der im Wege historischer und teleologischer Auslegung zu ermitteln ist²¹²⁹.

Gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke könnte der Zweck von § 5 Abs. 3 VVG sprechen, wonach zugunsten des Versicherungsnehmers ein Dissens vermieden werden soll und daher ein Vertrag nach dem Inhalt des Antrages zustande kommen soll²¹³⁰. Dem widerspricht es, wenn § 5 Abs. 2 VVG eingeschränkt wird und damit im Übrigen § 5 Abs. 1 VVG anzuwenden ist, mit der Folge eines Vertragsschlusses auf der Grundlage des Versicherungsscheins. Es ist aber zu bedenken, dass dieser Regelungszweck, der aus der Begründung zu § 5 Abs. 3 VVG a.F. abgeleitet wird und damit weder die Neuregelung der Beratungspflichten des selbständigen Versicherungsververtreters in § 61 Abs. 1

²¹²⁵ Entspricht § 63 VVG.

²¹²⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 re. Sp.

²¹²⁷ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 194.

²¹²⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 198 und 210.

²¹²⁹ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 194.

²¹³⁰ Vgl. oben unter E. III. 2. a. bb. (1.) (c.).

VVG noch die hiermit einhergehende persönliche Haftung nach § 63 VVG berücksichtigt. Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Verwerfungen, die bei einer uneingeschränkten Anwendung des § 5 Abs. 2 und 3 VVG hinsichtlich der Sanktionsfolgen bei der Verletzung der Beratungspflichten von Versicherer und Versicherungsvertreter drohen, ist eine verdeckte Regelungslücke im Gesetz gegeben und daher § 5 Abs. 2 VVG teleologisch zu reduzieren.

Abschließend bleibt zu klären, ob eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 2 VVG nur in Frage kommt, wenn es um die Verletzungen von Beratungspflichten nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG geht oder ob diese auch für die Fälle zu befürworten ist, in denen der Versicherungsvertreter ohne einen Beratungsanlass und damit nicht im Rahmen einer geschuldeten Aufklärung, sondern allein entgegen der „allgemeinen Wahrheitspflicht“ unzutreffende Tatsachenmitteilungen macht. Zwar unterfällt die „allgemeine Wahrheitspflicht“ nicht § 6 Abs. 1 S. 1 VVG²¹³¹ und somit auch nicht § 61 Abs. 1 VVG, jedoch trifft sie nach der hier vertretenen Auffassung auch den selbstständigen Versicherungsvertreter²¹³² und kann daher eine persönliche Haftung desselben begründen. Da insoweit die gleichen Unstimmigkeiten in den Haftungsfolgen wie bei der Verletzung von Pflichten nach § 6 Abs. 1 S. 1 bzw. 61 Abs. 1 VVG drohen und ohnehin Überschneidungen dieser Pflicht mit den anlassbezogenen Beratungspflichten von Versicherer und selbstständigem Versicherungsvertreter bestehen, ist auch für diese Fälle eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 2 VVG zu befürworten.

(2.) Vertragsschluss nach dem „Antragsmodell“ in weiteren Varianten

Soweit beim Vertragsschluss im „Antragsmodell“ die Antragsstellung in einem zweiten Termin erfolgt, da vorher die vorvertraglichen Informationen nicht übergeben werden konnten, und daher der Antrag ebenso wie bei einer sofortigen Antragsstellung im ersten Termin auszulegen ist, gelten die vorstehenden Ausführungen zur Annahmeerklärung entsprechend.

Das gleiche gilt, soweit auch bei einer Antragsstellung in einem zweiten Termin der Antrag im Sinne der unzutreffenden Auskünfte des Versicherungsvertreter bzw. der irrtümlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers auszulegen ist. Sollte dies demgegenüber nicht der Fall sein, wird das Angebot durch Übersendung des Versicherungsscheins wie gewöhnlich angenommen.

(3.) Vertragsschluss nach dem „Invitatiomodell“

Beim Vertragsschluss im „Invitatiomodell“ geht die Annahmeerklärung vom Versicherungsnehmer aus, die entweder an den Versicherungsvertreter oder direkt an den Versicherer übersendet wird.

²¹³¹ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. aa.

²¹³² Vgl. oben unter C. IV. 6. b.

Wird die Annahmeerklärung an den Versicherungsvertreter verschickt, stellt sich das Problem, dass dieser mit der Möglichkeit rechnen muss, dass der Versicherungsnehmer die vorvertraglichen Informationen in Ruhe durchgesehen hat. Es ergeben sich daher bei der Auslegung der Annahmeerklärung grundsätzlich die gleichen Probleme wie bei der Antragserklärung im Zuge der Anbahnung des Versicherungsvertrages im „Antragsmodell“, wenn der Versicherungsnehmer erst in einem zweiten Gesprächstermin den Antrag stellt²¹³³. Da es jedoch beim „Invitativmodell“ zu keinem zweiten Gesprächstermin mit dem Versicherungsnehmer kommt, in der Vertreter in Erfahrung bringen könnte, ob der Versicherungsnehmer das mit den Angebotsunterlagen übersandte Informationsmaterial vollständig zur Kenntnis genommen hat, ist die Annahmeerklärung nach dem Empfängerhorizont im Zweifel im Sinne der unzutreffenden Auskünfte des Versicherungsvertreters zu verstehen.

Die Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers stellt somit eine abweichende Annahme gemäß § 150 Abs. 2 BGB dar. Das hierin liegende Angebot wird auch nicht nachfolgend vom Versicherer durch die Übersendung des Versicherungsscheins angenommen, der nach der hier vertretenen Ansicht nicht zusammen mit den Angebotsunterlagen verschickt werden darf²¹³⁴, schließlich deckt sich dessen Erklärungsgehalt gemäß §§ 133, 157 BGB mit dem der Angebotsunterlagen. Es handelt sich somit ebenfalls um eine abweichende Annahmeerklärung im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB. Dieses erneute Angebot kann, weil § 5 VVG mangels Antragsstellung des Versicherungsnehmers nicht anzuwenden ist, von diesem allenfalls konkludent angenommen werden. Ebenso wie aber bereits seine ursprüngliche Annahmeerklärung im Lichte der unzutreffenden Erläuterungen des Versicherungsvertreters bzw. der irrtümlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers auszulegen gewesen ist, dürfte allein die Übersendung des Versicherungsscheins nichts daran ändern, dass eine in der Überweisung der Versicherungsprämie bzw. in einem widerspruchslosen Dulden einer Lastschrift liegende Annahmeerklärung in gleicher Weise auszulegen ist. Gemäß § 154 Abs. 1 BGB wird daher wegen eines Dissenses im Zweifel kein Vertrag geschlossen. Fraglich ist, ob die Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers anders auszulegen ist, wenn diese nicht an den Versicherungsvertreter, sondern direkt an den Versicherer übersendet wird. Es könnte daher darauf abzustellen sein, dass der Zugang nicht beim Versicherungsvertreter erfolgt und daher diese Erklärung nicht nach dessen Empfängerhorizont auszulegen ist²¹³⁵. Es ist aber zu bedenken, dass der Versicherungsvertreter nicht nur Empfangvertreter, sondern auch

²¹³³ Vgl. oben unter E. II. 2. a. aa. (2.).

²¹³⁴ Vgl. oben unter D. III. 2.

²¹³⁵ Vgl. *Hilgenhövel*, S. 86 für den Fall der Abgabe der Antragserklärung gegenüber dem Versicherer.

analog § 166 Abs. 1 BGB Wissensvertreter des Versicherers ist²¹³⁶, so dass diesem das Wissen des Versicherungsvertreeters über den Inhalt des Beratungsgesprächs zuzurechnen ist und daher bei der Auslegung der Annahmeerklärung zu berücksichtigen ist. Es ergeben sich daher im Ergebnis keine Abweichungen gegenüber den Fällen, in denen die Annahmeerklärung gegenüber dem Versicherungsvertreter abgegeben wird, weswegen ebenfalls im Zweifel von einem Dissens auszugehen ist.

cc. Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung

Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass nicht sämtliche Fälle, die nach früherem Recht in den Anwendungsbereich der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung fielen, über rechtsgeschäftliche Erklärungsansätze zu einem vertraglichen Erfüllungsanspruch entsprechend der unzutreffenden Auskünfte des Versicherungsvertreeters bzw. der irrtümlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmer führen, bzw. mit Rücksicht auf eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 2 und 3 VVG führen können. Es ist daher die Frage zu beantworten, ob unter der Geltung des neuen VVG noch Platz für eine gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung ist.

Teilweise finden sich in der Literatur zum neuen VVG Stellungnahmen dahin, dass die Verletzung der Beratungspflichten nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG trotz der Regelung des § 6 Abs. 5 VVG zu einem Erfüllungsanspruch gemäß den Grundsätzen der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung führen könne²¹³⁷. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang unter anderem auf das Konkurrenzverhältnis zwischen gewohnheitsrechtlicher Erfüllungshaftung und Schadensersatzansprüchen aus „culpa in contrahendo“ gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB nach altem Recht²¹³⁸. Nach Ansicht des BGH sollte dem Versicherungsnehmer ein Wahlrecht zustehen, ob er den Erfüllungsanspruch oder einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss geltend mache²¹³⁹. Abgesehen davon, dass nach altem Recht der Anspruch aus gewohnheitsrechtlicher Erfüllungshaftung Vorrang vor einem Schadensersatzanspruch aus „culpa in contrahendo“ hätte haben müssen, da es bei einem Erfüllungsanspruch an einem Schaden des Versicherungsnehmers fehlt²¹⁴⁰, bestehen erhebliche Bedenken gegen einen Fortbestand dieses Haftungsinstituts.

Gewohnheitsrecht entsteht auf der Grundlage einer längeren und gleichmäßigen Übung sowie der Überzeugung der Beteiligten, dass diese Übung rechtlich ver-

²¹³⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 166, Rn. 6a; *Münkel*, in: *HK-VVG*, § 70, Rn. 4; *Reiff*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 5, Rn. 113; *Wandt*, Rn. 403.

²¹³⁷ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 56; *Michaelis*, in: *PK-VVR*, § 69, Rn. 12; *Schwintowski*, in: *B/M*, § 6, Rn. 5 und 43; *Terbille*, in: *MAH*, § 2, Rn. 36.

²¹³⁸ Vgl. *Ebers*, in: *PK-VVR*, § 6, Rn. 56.

²¹³⁹ Vgl. *BGHZ* 40, 22 (26); 108, 200 (206f).

²¹⁴⁰ Vgl. *Dörner*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), S. 39 (59); *Schirmer*, *RuS* 1999, S. 177.

bindlich geboten ist²¹⁴¹. Es kann auf allen Stufen der Normenhierarchie entstehen²¹⁴² und steht dann gleichberechtigt neben dem Gesetzesrecht²¹⁴³. Aus diesem Grunde tritt Gewohnheitsrecht erst bei einem Eingreifen des Gesetzgebers durch Erlass eines neues Gesetz („lex posterior derogat legi priori“) oder bei der Bildung entgegenstehenden Gewohnheitsrechts außer Kraft²¹⁴⁴. Für die Frage des Fortbestehens der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung kommt also darauf an, inwieweit der Gesetzgeber die bislang von diesem Haftungsinstitut erfassten Fälle durch das neue VVG abweichend geregelt hat und somit dem gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruch seine Rechtsgrundlage entzogen hat. Mit dem Erlass des neuen VVG hat der Gesetzgeber das Versicherungsvertragsrecht mit den rechtspolitischen und rechtstatsächlichen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte wieder in Einklang bringen wollen²¹⁴⁵. Er hat sich daher nicht auf punktuelle Änderungen oder Ergänzungen des alten VVG beschränkt, sondern das VVG vollständig neu gefasst²¹⁴⁶ und somit eine Neukodifikation vorgenommen²¹⁴⁷. In diesem Zusammenhang sind zahlreiche in der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze im neuen VVG kodifiziert worden, nicht aber die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung²¹⁴⁸. Vielmehr hat der Gesetzgeber für die Verletzung von Beratungspflichten gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG bzw. § 61 Abs. 1 VVG in § 6 Abs. 5 VVG bzw. § 63 VVG Ansprüche des Versicherungsnehmers auf Schadensersatz geregelt und sich somit gegen einen Erfüllungsanspruch des Versicherungsnehmers ausgesprochen, welcher sich nach altem Recht allein gegen den Versicherer richtete²¹⁴⁹. Die Ansprüche auf Schadensersatz können zudem bei einem Mitverschulden des Versicherungsnehmers entstehen und unterliegen dann einer anteiligen Kürzung gemäß § 254 Abs. 1 BGB. Demgegenüber entfiel der Anspruch aus der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung bei einem erheblichen Eigenverschulden des Versicherungsnehmers und führte somit zu einem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“²¹⁵⁰ und damit zu einer Wertung, welche der Gesetzgeber mit der Neuregelung des VVG, etwa im Zusammenhang mit Obliegenheitsverletzungen²¹⁵¹, hat aufgeben wollen²¹⁵².

²¹⁴¹ Vgl. BVerfGE 28, 21 (28); Köhler, § 1, Rn. 7; Larenz/Wolf, § 3, Rn. 31.

²¹⁴² Vgl. Larenz/Wolf, § 3, Rn. 52.

²¹⁴³ Vgl. BGHZ 37, 219 (224); Köhler, § 1, Rn. 9.

²¹⁴⁴ Vgl. BGHZ 37, 219 (224); Köhler, § 1, Rn. 10.

²¹⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 47 li. Sp.

²¹⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3845, S. 47 li. Sp.

²¹⁴⁷ Vgl. E. Lorenz, in: FS Canaris, S. 757 (772). Einschränkend Reiff, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 5, Rn. 150: Der Weg der Novellierung des alten VVG sei nur aus Praktikabilitätsgründen gewählt worden.

²¹⁴⁸ Vgl. E. Lorenz, in: FS Canaris, S. 757 (773); Münkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 43.

²¹⁴⁹ Vgl. E. Lorenz, in: FS Canaris, S. 757 (775); Reiff, in: VersR-Hdb, 2. Aufl., § 5, Rn. 151f; Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 18a, Rn. 52; Wandt, in: Hdb FA VersR, 1. Kap., Rn. 410; ders., Rn. 410.

²¹⁵⁰ Vgl. oben unter E. II. 1. b. bb. (2.) (bb.).

²¹⁵¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 49 li. Sp.

²¹⁵² Vgl. E. Lorenz, in: FS Canaris, S. 757 (778).

Gegen eine vollständige Verdrängung der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung durch das neue VVG könnte jedoch sprechen, dass Fälle einer gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung, nicht nur bei der Verletzung der anlassbezogenen Beratungspflicht des Versicherers bzw. des selbständigen Versicherungsvertreters denkbar sind, sondern insbesondere auch in den Fällen, in denen unabhängig von einem Beratungsanlass mit unzutreffenden Behauptungen über die Reichweite des Versicherungsschutzes die „allgemeine Wahrheitspflicht“ verletzt wird. Diese Pflicht trifft nicht nur den Versicherer gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, sondern nach der hier vertretenen Ansicht auch den selbständigen Versicherungsvertreter gemäß §§ 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB²¹⁵³. Da aber kein sachlicher Grund dafür ersichtlich ist, diese Fälle der Verletzung der „allgemeinen Wahrheitspflicht“ auf der Grundlage der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 bzw. Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB anders zu behandeln, als diejenigen der Verletzung der Beratungspflichten gemäß §§ 6 Abs. 1 und 61 Abs. 1 VVG, spricht die in diesem Zusammenhang vorgenommene Wertung des Gesetzgebers dafür, dass für die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung seit dem Erlass des neuen VVG gemäß der „lex posterior“-Regel insgesamt nicht mehr gilt.

b. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers

Verletzt der Versicherer seine Pflicht zur Beratung nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG, indem der Versicherungsvertreter als sein Erfüllungsgehilfe unzutreffende Angaben über die Reichweite des Versicherungsschutzes macht oder es unterlässt, einen erkannten Irrtum des Versicherungsnehmers richtig zu stellen und wirkt sich dieses pflichtwidrige Verhalten nicht auf den Inhalt der Willenserklärung des Versicherungsnehmers aus²¹⁵⁴, kann dieser einem zur Anfechtung berechtigendem Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 1. Alt. BGB bzw. einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Versicherungsvertrages gemäß § 119 Abs. 2 BGB unterliegen.

Demgegenüber ist ein Anfechtungsrecht auf Grund eines Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 1. Alt. BGB nicht denkbar, wenn der Versicherer eine gebotene Empfehlung unterlässt oder eine unzutreffende Empfehlung ausspricht, denn die mit der Erteilung eines Rates einhergehende wertende Stellungnahme wirkt in erster Linie auf die Motivation des Versicherungsnehmers ein, einen Vertrag abzuschließen und führt damit zu einem für die Anfechtung grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtum²¹⁵⁵, lässt aber das Bewusstsein über den Inhalt der Erklärung unberührt.

In Frage kommt jedoch ein Recht zur Anfechtung auf Grund eines Irrtums ge-

²¹⁵³ Vgl. oben unter C. IV. 6. b.

²¹⁵⁴ Vgl. oben unter E. III. 2. a. aa. (2.).

²¹⁵⁵ Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 119, Rn. 29.

mäß § 119 Abs. 2 BGB, wenn der Versicherer eine Empfehlung ausspricht, die nicht den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers gerecht wird, dieser aber aus der Empfehlung des Schluss zieht, dass die Versicherung bestimmte verkehrswesentliche Eigenschaften aufweist, die den Vertrag für ihn bedarfsgerecht erscheinen lassen.

In gleicher Weise kann auch die Verletzung der Pflicht zur Begründung eines Rates die Entstehung eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft begünstigen, etwa weil der Versicherungsnehmer ohne ordnungsgemäße Begründung eines Rates eine Empfehlung irrtümlich auf eine von ihm angenommene Eigenschaft der angebotenen Versicherung zurückführt.

Im Falle einer vorsätzlichen Verletzung der Pflichten zur Beratung und Begründung eines erteilten Rates kommt schließlich ein Recht zur Anfechtung auf Grund einer arglistigen Täuschung des Versicherers gemäß § 123 Abs. 1 BGB in Frage, wenn der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum für die Abgabe der Willenserklärung ursächlich geworden ist²¹⁵⁶.

c. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB

aa. Voraussetzungen des § 314 BGB

Ebenso wie die Verletzung der Informationspflichten nach § 7 VVG kann auch ein schwerwiegender Verstoß gegen die Pflichten zur Beratung und Begründung einen wichtigen Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB bilden, der eine Kündigung des Versicherungsvertrages rechtfertigt²¹⁵⁷. In erster Linie ist in diesem Zusammenhang an Fälle zu denken, in denen eine Beratung und eine Begründung eines erteilten Rates vollständig unterbleiben oder Empfehlungen abgegeben werden, die sich nicht an den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers orientieren, sondern allein dem Ziel der Gewinnung von Neukunden geschuldet sind. Setzt der Versicherer sich in der beschriebenen Weise über diese im Interesse und zum Schutze des Versicherungsnehmers bestehenden Pflichten hinweg, kann dieser berechtigter Weise nicht mehr davon ausgehen, dass seine Interessen bei der künftigen Vertragsabwicklung im gebotener Weise berücksichtigt werden.

Eine nach § 314 Abs. 2 BGB grundsätzlich vorgeschriebene Fristsetzung zur Abhilfe ist entsprechend §§ 314 Abs. 2 S. 2, 323 Nr. 3 BGB entbehrlich, da nach Vertragsschluss die Einhaltung vorvertraglicher Pflichten sinnlos ist²¹⁵⁸.

bb. Konkurrenzverhältnis zwischen Kündigungsrecht und Anfechtungsrechten Wegen des Konkurrenzverhältnisses zu den Anfechtungsrechten des Versiche-

²¹⁵⁶ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 59.

²¹⁵⁷ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (202); Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 59.

²¹⁵⁸ Vgl. Dörner, in: FS Lorenz 2004, S. 195 (202f).

rungsnehmers kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Verletzung der Informationspflichten nach § 7 VVG verwiesen werden²¹⁵⁹.

d. Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 5 VVG

Werden die Pflichten zur Beratung bzw. Aufklärung eines Versicherungsnehmers sowie zur Begründung eines erteilten Rates bzw. Hinweises verletzt, kann dem Versicherungsnehmer gemäß § 6 Abs. 5 VVG ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen.

aa. Schuldhaftige Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden

Schuldhaftige Pflichtverletzungen des Versicherers bzw. seines Versicherungsvertreters sind praktisch in der Weise denkbar, dass er eine Beratung und eine Begründung eines erteilten Rates vollständig unterlässt, er seine Empfehlungen nicht an den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers orientiert, bzw. im Zuge einer gebotenen Aufklärung unzutreffende Tatsachenbehauptungen aufstellt oder seine Begründungen für einen Rat unvollständig oder unzutreffend sind.

Demgegenüber dürfte der Fall, dass eine Beratung und eine Begründung eines erteilten Rates in zeitlicher Hinsicht zu spät erfolgen, praktisch auszuschließen sein, da nach Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers der Versicherer bzw. der für ihn auftretende Versicherungsvertreter sein Ziel erreicht und daher keine Veranlassung mehr hat, diesen Pflichten noch nachzukommen. Worin der durch die Pflichtverletzung verursachte Schaden zu sehen ist, hängt von den Umständen ab, unter denen der Ersatzanspruch geltend gemacht wird.

Ist kein Versicherungsfall eingetreten und ein Versicherungsvertrag aufgrund eines Dissenses wegen des pflichtwidrigen Verhaltens nicht zustande gekommen²¹⁶⁰, ist der Schaden des Versicherungsnehmers in den entrichteten Prämienzahlungen zu sehen, so dass diese gemäß § 249 Abs. 1 BGB zu erstatten sind. Wenn trotz des pflichtwidrigen Verhaltens ein Versicherungsvertrag wirksam abgeschlossen worden ist²¹⁶¹, aber der Versicherungsnehmer diesen Vertrag bei einer ordnungsgemäßen Beratung oder Begründung eines Rates nicht oder einen anderen Vertrag mit demselben oder einem anderen Versicherer geschlossen hätte, bildet auch der Vertragsschluss als solcher einen ersatzfähigen Schaden²¹⁶², dessen Aufhebung im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB neben der Erstattung der bereits erbrachten Prämienzahlungen verlangt

²¹⁵⁹ Vgl. oben unter E. II. 4. c. bb.

²¹⁶⁰ Vgl. oben unter E. III. 2. a. bb. (3.).

²¹⁶¹ Vgl. oben unter E. III. 2. a. bb. (1.) (d.) und E. III. 2. a. bb. (2.).

²¹⁶² Vgl. oben unter E. II. 5. b. aa. (1.).

werden kann²¹⁶³. Dem steht auch ein eventuelles Anfechtungsrecht des Versicherungsnehmers nicht entgegen, denn solange die Anfechtung nicht erklärt worden ist, besteht der geschlossene Vertrag als Schadensposition fort. Vielmehr betrifft dieses Problem das Konkurrenzverhältnis zwischen Anfechtungsrechten und dem Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 5 VVG.

Ist demgegenüber ein Versicherungsfall eingetreten und steht dem Versicherungsnehmer auf Grund eines Dissenses kein Anspruch auf die Versicherungsleistung zu, hätte er den Vertrag aber auch bei einem pflichtgemäßen Verhalten abgeschlossen oder einen anderen Vertrag mit demselben oder einem anderen Versicherer, aus dem er nun Deckung beanspruchen könnte, ist sein Schaden in dem fehlenden Deckungsanspruch zu sehen. Im Wege der Naturalrestitution kann der Versicherungsnehmer dann „Quasi-Deckung“ beanspruchen. Darüber hinaus kann der Versicherungsnehmer anteilige Prämienersatzung verlangen, soweit ein anderweitiger Versicherungsvertrag preiswerter gewesen wäre, bzw. er muss sich eine eventuelle Prämienendifferenz im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen, soweit ein anderweitiger Versicherungsschutz nur zu einer höheren Prämie zu erlangen gewesen wäre²¹⁶⁴. Entsprechendes gilt, soweit der Versicherungsvertrag trotz des pflichtwidrigen Verhaltens des Versicherers wirksam zustande gekommen ist, aber der Versicherungsnehmer nicht diesen, sondern einen anderen, bedarfsgerechten Vertrag abgeschlossen hätte, aus dem ihm nun ein Deckungsanspruch zustünde²¹⁶⁵.

Während das Verschulden des Versicherer gemäß § 6 Abs. 5 S. 2 VVG vermutet wird, gilt hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Übrigen, dass grundsätzlich der Versicherungsnehmer als anspruchsbegründende Tatsachen das Bestehen einer Pflicht zur Beratung und Begründung, deren Verletzung²¹⁶⁶ sowie den Eintritt eines ersatzfähigen Schadens darlegen und beweisen muss²¹⁶⁷.

Mit Blick auf das Bestehen der Pflichten zur Beratung und Begründung eines erteilten Rates muss also dargelegt und bewiesen werden, dass für den Versicherer insoweit ein erkennbarer, Pflichten begründender Anlass bestand. Im Zusammenhang mit der Fragepflicht des Versicherers ist ausgeführt worden, dass die Beratungsdokumentation für den Versicherungsnehmer in erster Linie eine Hilfe dafür bietet, darzulegen und zu beweisen, wie die Pflicht zur Befragung

²¹⁶³ Vgl. OLG Oldenburg und LG Osnabrück VersR 1998, 220 (221 und 222); Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (56f); ders., in: FS Lorenz 2004, S. 195 (197); Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 46; Münkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 46.

²¹⁶⁴ Vgl. oben unter E. II. 5. a. aa.

²¹⁶⁵ Vgl. BGHZ 40, 22 (28); 108, 200 (208); OLG Hamm VersR 1999, 708 (709); OLG Karlsruhe VersR 1990, 889 (891); OLG Nürnberg RuS 1994, S. 81 (82); OLG Saarbrücken RuS 1998, 384 (385); Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (57); ders., in: FS Lorenz 2004, S. 195 (197); Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 46; Münkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 46.

²¹⁶⁶ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 43; Marlow/Spuhl, S. 30; Münkel, in: HK-VVG, § 6, Rn. 47; Neuhaus/Kloth, S. 41; Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 18a, Rn. 47.

²¹⁶⁷ Vgl. Neuhaus/Kloth, S. 41; Rixecker, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 18a, Rn. 48.

erfüllt worden ist, nicht aber, ob ein erkennbarer Anlass hierzu bestand. Das gleiche Problem stellt sich mit Blick auf die Pflichten zur Beratung und Begründung. In Bezug auf mögliche Beweiserleichterungen in diesem Punkt kann daher auf die Ausführungen zu der Fragepflicht zu verwiesen werden²¹⁶⁸.

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Verletzung der Fragepflicht ist ausgeführt worden, dass die Rechtsprechung bei der Verletzung vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten eine „sekundäre Behauptungslast“ des Aufklärungs- oder Beratungspflichtigen annimmt²¹⁶⁹. Da die Gesetzesbegründung zu § 42e VVG a.F.²¹⁷⁰, der die Schadensersatzpflicht des Versicherungsvermittlers wegen der Verletzung von Beratungspflichten betrifft, an die in der Rechtsprechung gewährten Erleichterungen bei der Beweisführung anknüpft²¹⁷¹, ist davon auszugehen, dass auch im Hinblick auf die Verletzung der Pflicht zur Beratung und Begründung den Versicherer eine „sekundäre Behauptungslast“ trifft²¹⁷². Im Übrigen kann der Versicherungsnehmer Pflichtverletzungen mit der Beratungsdokumentation beweisen²¹⁷³.

Hinsichtlich des ersatzfähigen Schadens muss der Versicherungsnehmer je nach den Umständen des Einzelfalles darlegen und beweisen, dass er zurück zu fordernde Prämienzahlungen bereits erbracht hat bzw. dass er die Möglichkeit gehabt hätte, mit demselben oder einem anderen Versicherer einen bedarfsgerechten Vertrag abzuschließen²¹⁷⁴.

bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

(1.) Kausalitätsvermutung

Nach allgemeinen Regeln der Beweislast muss der Versicherungsnehmer die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Eintritt des ersatzfähigen Schadens als anspruchsbegründende Tatsache beweisen. Entgegen vereinzelter Stellungnahmen in der Literatur²¹⁷⁵ ist entsprechend den in der Rechtsprechung zu der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten entwickelten Grundsätzen²¹⁷⁶ sowie in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung zu § 42e VVG a.F.²¹⁷⁷, welche sich auf die parallele Problematik bei den Beratungspflichten des Versicherungsvermittlers bezieht, davon auszugehen, dass für den Ursachenzusammenhang zwischen der Verletzung der Beratungspflicht des § 6 Abs. 1 S. 1

²¹⁶⁸ Vgl. oben unter E. III. 1. d. aa.

²¹⁶⁹ Vgl. oben unter E. III. 1. d. aa.

²¹⁷⁰ Nun § 63 VVG.

²¹⁷¹ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 re. Sp. und S. 26 li. Sp.

²¹⁷² Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 43; *Münkel*, in: § 6, Rn. 47; *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 18a, Rn. 47.

²¹⁷³ Vgl. *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 18a, Rn. 47.

²¹⁷⁴ Vgl. oben unter E. II. 5. a. aa.

²¹⁷⁵ Vgl. *Franz*, VersR 2008, S. 298 (300).

²¹⁷⁶ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (1.).

²¹⁷⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 26 li. Sp.

VVG und dem Eintritt des ersatzfähigen Schadens die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens streitet²¹⁷⁸. Ausgehend von den in der Rechtsprechung angelegten Erwägungen, um die Kausalitätsvermutung zu begründen²¹⁷⁹, ist dies auch für die Verletzung der Pflicht zur Begründung eines erteilten Rates anzunehmen, da sie Teil der Beratung des Versicherungsnehmers ist und sie es ihm ermöglichen soll, eine erfolgte Beratung nachzuvollziehen und somit eine Hilfe bei der Entscheidung über den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu bieten²¹⁸⁰.

(2.) Widerlegung der Kausalitätsvermutung

Fraglich ist, ob eine ordnungsgemäße Informationserteilung gemäß § 7 VVG zu einer Widerlegung der Kausalitätsvermutung führen kann.

Lassen Angaben in den Informationen und hier insbesondere in den AVB den Schluss darauf zu, dass eine Empfehlung sich nicht an den Wünschen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers orientiert bzw. dass im Rahmen einer geschuldeten Aufklärung tatsächliche Angaben nicht der Wahrheit entsprechen, ist der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schadenseintritt widerlegt, wenn der Versicherer darlegen und beweisen kann, dass der Versicherungsnehmer diese Angaben gelesen und infolge dessen das pflichtwidrige Verhalten des Versicherers erkannt hat.

Demgegenüber führt die Tatsache der Informationserteilung als solche noch nicht zu einer Widerlegung der Kausalitätsvermutung, da die AVB sowie die übrigen vorvertraglichen Informationen vom Versicherungsnehmer nicht gelesen werden müssen, sondern ihm allein die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft werden muss²¹⁸¹.

cc. Mitverschulden

Ein anspruchskürzendes Mitverschulden des Versicherungsnehmers gemäß § 254 Abs. 1 BGB ist in der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur zum alten Recht bei der Verletzung von Aufklärungspflichten des Versicherers angenommen worden, wenn der Versicherungsnehmer auf Grund der klaren und eindeutig gefassten AVB, den Antragsunterlagen oder anderen ihm überlassenen Informationen hätte erkennen können, dass Angaben des Versicherungsververtreters über die Reichweite des Versicherungsschutzes nicht zutreffen bzw. wenn er seine irrtümlichen Vorstellungen über die angebotene Versicherung hätte erken-

²¹⁷⁸ Vgl. *Ebers*, in: PK-VVR, § 6, Rn. 47; *Marlow/Spuhl* S. 31; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 47; *Rixecker*, in: VersR-Hdb, 2. Aufl. § 18a, Rn. 48.

²¹⁷⁹ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (2.) (b.).

²¹⁸⁰ Vgl. oben unter C. IV. 5. b. bb. (2.).

²¹⁸¹ Vgl. oben unter C. II. 3. a. cc. und C. III. 4. e. hh.

nen können²¹⁸². Dies sollte nach der älteren Rechtsprechung auch dann anzunehmen sein, wenn dem Versicherungsnehmer die AVB zwar nicht vorlagen er sich diese aber hätte besorgen können²¹⁸³.

Die Annahme eines Mitverschuldens hat in Anlehnung an die Rechtsprechung zum allgemeinen Zivilrecht, wonach ein Mitverschulden grundsätzlich nicht gegeben sein soll, wenn der Geschädigte einer Auskunft des Schädigers Glauben geschenkt habe²¹⁸⁴, auch Kritik erfahren, da dem Versicherungsnehmer nicht vorgeworfen werden könne, wenn er einer falschen Auskunft vertraut bzw. trotz des Vorliegens der Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht sich nicht selbst informiert habe²¹⁸⁵. Auch in der Literatur zum allgemeinen Zivilrecht über die Haftungsfolgen der Verletzung von Aufklärungspflichten wird davon ausgegangen, dass Fälle eines Mitverschuldens kaum vorstellbar seien, da bereits der Tatbestand einer Aufklärungspflicht „ignorance légitime“ seitens des Aufzuklärenden voraussetze²¹⁸⁶.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob nach neuer Rechtslage ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers angenommen werden kann, wenn er anhand der gemäß § 7 VVG erteilten Informationen und der AVB hätte erkennen können, dass eine Empfehlung des Versicherers nicht seinen Wünschen und Bedürfnissen entspricht bzw. eine erteilte Auskunft nicht die tatsächlichen Gegebenheiten widerspiegelt oder wenn er irrtümliche Vorstellungen, die der Versicherer pflichtwidrig nicht richtig gestellt hat, anhand der Informationen als solche hätte erkennen können. Entsprechendes gilt mit Blick auf die Verletzung der Pflicht zur Begründung eines erteilten Rates.

Ebenso wie zum alten Recht wird auch zu den Pflichten des Versicherers gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VVG die Ansicht vertreten, dass der Versicherungsnehmer sich auf pflichtwidrig erteilte Auskünfte verlassen dürfe, bzw. dass bei Bestehen einer Pflicht zur Beratung und Begründung eines erteilten Rates keine Obliegenheit zur Selbstinformation bestehen könne²¹⁸⁷.

Es bestehen aber Bedenken, ob dieser Ansicht zu folgen ist. Von einem Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB ist im Grundsatz dann auszugehen, wenn der Geschädigte diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die *nach der Lage der Sache* erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren²¹⁸⁸. Zwar ist im Grundsatz den Kritikern der Annahme eines Mitverschuldens darin bei-

²¹⁸² Vgl. BGHZ 40, 22 (28); OLG Köln RuS 1986, 195 (196); VersR 1998, 180 (181); OLG Oldenburg und LG Osnabrück VersR 1998, 220 (221 und 222); Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (58); Gruber, in: BK, § 43, Rn. 37; Kollhosser, in: P/M, § 43, Rn. 39; Langheid, in: R/L, § 43, Rn. 52; Reiff, in: VersR Hdb, § 5, Rn. 102; Römer, S. 39.

²¹⁸³ Vgl. BGHZ 40, 22 (28); OLG Köln RuS 1986, 195 (196).

²¹⁸⁴ Vgl. BGH NJW-RR, 16; NJW-RR 1988, 855 (856).

²¹⁸⁵ Vgl. Prölss, in: P/M, Vorbem. II, Rn. 15.

²¹⁸⁶ Vgl. S. Lorenz, S. 442.

²¹⁸⁷ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 48; Terbille, in: MAH, § 2, Rn.47.

²¹⁸⁸ Vgl. BGH NJW 1997, 2234; NJW-RR 1988, 855 (856); Heinrichs, in: Palandt, § 254, Rn. 1.

zupflichten, dass bei der Verletzung einer Aufklärungspflicht deren Pflichten begründende Umstände dafür sprechen, dass der Geschädigte sich nicht selbst informieren oder die erteilten Informationen überprüfen muss. Überzeugend ist dies insbesondere dann, soweit diesem keine eigenen Informationen zugänglich sind oder diese erst durch Recherchen beschafft werden müssen. In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass ein Mitverschulden des Geschädigten in Betracht kommt, soweit dieser selbst über eine eigene Sachkunde verfügt bzw. ihm zusätzliche Informationen von dritter Seite zur Verfügung stehen²¹⁸⁹.

Übertragen auf die Situation bei der Anbahnung eines Versicherungsvertrages ist daher zu berücksichtigen, dass der Versicherungsnehmer nicht ausschließlich durch den Versicherungsvertreter über das in Frage kommende Versicherungsprodukt informiert wird, sondern ihm zusätzlich die Informationen nach § 7 VVG sowie die AVB zu Informationszwecken zur Verfügung stehen. Diese stammen zwar nicht von dritter Seite und es besteht auch keine Rechtspflicht diese zur Kenntnis zu nehmen²¹⁹⁰. Zudem dienen die individuellen Beratungspflichten des § 6 Abs. 1 S. 1 VVG der Ergänzung dieser generellen Informationspflichten und sollen dazu beitragen, bestimmte Schwächen der vorvertraglichen Informationserteilung zu kompensieren²¹⁹¹, gleichwohl genießt die Beratung nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG keinen logischen Vorrang. Vielmehr sind die §§ 6 und 7 VVG in ihrer Gesamtheit zu würdigen, da anderenfalls die Informationserteilung gemäß § 7 VVG hinfällig wäre. Neben der Beratung durch den Versicherer steht dem Versicherungsnehmer somit noch eine weitere Informationsquelle zur Verfügung, die auch aus seiner Sicht einen eigenständigen Zweck erfüllen muss. Folglich ist es sorgfaltswidrig im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB, wenn von dieser kein Gebrauch gemacht wird²¹⁹².

Als Folge des Mitverschuldens ist eine anteilige Kürzung des Schadensersatzanspruchs vorzunehmen. Soweit der Versicherungsnehmer im Wege des Schadensersatzes als Naturalrestitution die Aufhebung des abgeschlossenen Vertrages verlangt und damit eine an sich unteilbare Leistung, ist der Versicherungsnehmer anteilig an den Kosten der Vertragsaufhebung zu beteiligen. Im Übrigen ist das Mitverschulden bei der Geltendmachung der übrigen Schadenspositionen wie der Rückforderung erbrachter Prämienzahlungen zu berücksichtigen²¹⁹³.

dd. Konkurrenzen

Da es sich bei dem Anspruch aus § 6 Abs. 5 VVG um eine spezialgesetzliche Ausprägung des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss

²¹⁸⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 855 (856).

²¹⁹⁰ Vgl. oben unter C. II. 3. a. cc. und C. III. 4. e. hh.

²¹⁹¹ Vgl. oben unter C. IV. 2.

²¹⁹² Vgl. im Ergebnis *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 31.

²¹⁹³ Vgl. oben unter E. II. 5. b. cc. (1.).

gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB handelt, kann wegen des Konkurrenzverhältnisses zu den Anfechtungsrechten und dem Recht zur fristlosen Kündigung im Ergebnis auf die Ausführungen zum Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Informationspflichten nach § 7 VVG verwiesen werden²¹⁹⁴.

e. „Sich-nicht-berufen-Dürfen“ des Versicherers

Nicht nur in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer infolge einer pflichtwidrig unterlassenen oder mangelhaften Aufklärung Obliegenheiten verletzte und dies an sich zu einer Leistungsfreiheit des Versicherers führte²¹⁹⁵, sondern auch dann, wenn infolge der Verletzung von Aufklärungspflichten eine Unterversicherung eintrat, finden sich in der Rechtsprechung zum alten Recht Ausführungen, wonach der Versicherer sich nicht auf den Unterversicherungseinwand berufen dürfe²¹⁹⁶.

Ob hierin für die Fälle der Unterversicherung eine eigenständige Rechtsfolge im Sinne eines Rechtsmissbrauchseinwands zu sehen war²¹⁹⁷, muss indes bezweifelt werden, denn in den Entscheidungen betonen die Gerichte stets die Verpflichtung des Versicherers zum Schadensersatz und berücksichtigten den Einwand des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB ebenso anspruchskürzend wie sie im Wege des Vorteilsausgleichs ersparte Prämienaufwendungen anrechneten²¹⁹⁸. Es ist daher davon auszugehen, dass die Ausführungen zu einem „Sich-nicht-berufen-Dürfen“ des Versicherers nur der Umschreibung der Konsequenzen eines Schadensersatzanspruches dienen, in dessen Folge der Versicherungsnehmer im Wege der Naturalrestitution so zu stellen war, als sei eine Unterversicherung beseitigt worden. Dementsprechend wird in der Gesetzesbegründung zum neuen VVG speziell im Zusammenhang mit dem Unterversicherungseinwand des § 75 VVG ausgeführt, dass diesem Einwand im Einzelfall ein Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 5 VVG entgegenstehen könne, wenn der Versicherer die ihm in diesem Punkt obliegende Beratungspflicht verletzte²¹⁹⁹.

Im Ergebnis ist daher ein „Sich-nicht-berufen-Dürfen“ als eigenständige Rechtsfolge neben einem Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 5 VVG nicht anzuerkennen²²⁰⁰.

²¹⁹⁴ Vgl. oben unter E. II. 5. c. bb. und E. II. 5. c. cc.

²¹⁹⁵ Vgl. Römer, S. 40.

²¹⁹⁶ Vgl. BGH VersR 1989, 472 (473); OLG Celle VersR 1995, 333; OLG Hamm RuS 1995, 389 (390); OLG Koblenz VersR 1997, 1226 (1227); OLG Köln VersR 1994, 342; OLG Saarbrücken RuS 1998, 384 (385).

²¹⁹⁷ In diese Richtung, aber zweifelnd Dörner, in: E. Lorenz (Hrsg.), S. 39 (60f).

²¹⁹⁸ Vgl. OLG Koblenz VersR 1997, 1226 (1227); OLG Saarbrücken RuS 1998, 384 (385).

²¹⁹⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 78 re. Sp.

²²⁰⁰ A.A.: Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 49.

3. Pflicht zur Dokumentation

Auf Grund der Dokumentationspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG muss der Versicherer die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers, die Fragen nach diesen, den Rat und die Gründe für einen erteilten Rat dokumentieren²²⁰¹ und diese in Textform erstellte Dokumentation dem Versicherungsnehmer grundsätzlich vor der Abgabe seiner Vertragserklärung übermitteln²²⁰². Verletzungen dieser Pflicht sind in der Weise denkbar, dass der Versicherer keine Dokumentation erstellt, sie unvollständig oder entgegen § 6 Abs. 2 S. 1 VVG nicht klar und verständlich ist, die Dokumentation nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt wird oder diese Angaben enthält, welche die erfolgte Beratung nicht wahrheitsgemäß wiedergeben. Fraglich ist, welche Folgen an die Verletzungen der Dokumentationspflicht anknüpfen.

a. Zustandekommen und Inhalt des Versicherungsvertrages

Verletzt wird die Dokumentationspflicht, wenn abweichend vom tatsächlichen Verlauf des Beratungsgesprächs unzutreffende Angaben über die Reichweite des Versicherungsschutzes gemacht werden, etwa soweit es um die Dokumentation eines aufklärenden Hinweises geht. Zu denken ist an den Fall, dass ein Versicherungsnehmer eine Gebäudeversicherung nach Maßgabe der VGB 2008 (1914) abschließen möchte und dieser vom Versicherungsvertreter darauf hingewiesen wird, dass entgegen seiner irrümlichen Vorstellungen nicht bezugsfertige Gebäudeteile gemäß § 4 Nr. 4 b aa VGB 2008 (1914) *nicht* gegen Sturm- und Hagelschäden versichert sind. In die Beratungsdokumentation wird das Wort „nicht“ indes nicht aufgenommen. Fraglich ist, ob aufgrund dieses Fehlers die Vertragserklärung des Versicherungsnehmers gemäß §§ 133, 157 BGB so zu verstehen ist, dass er Versicherungsschutz nach Maßgabe der fehlerhaften Dokumentation beantragen möchte und sich somit die Pflichtverletzung des Versicherers auf das Zustandekommen und den Inhalt des Versicherungsvertrages auswirkt.

Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass der Versicherungsnehmer seine Willenserklärung nicht sofort nach dem Beratungsgespräch abgibt und daher der Versicherungsvertreter damit rechnen muss, dass dieser den Inhalt der Beratungsdokumentation tatsächlich zur Kenntnis nimmt.

Ferner müsste der Vertreter positive Kenntnis davon haben, dass er eine falsche Information dokumentiert hat, denn nur dessen tatsächliche Kenntnis kann bei der Auslegung nach dem Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB berücksichtigt werden. Dass der Versicherungsvertreter vorsätzlich eine unzutreffende Auskunft dokumentiert ohne auch im Gespräch mit dem Versicherungsnehmer

²²⁰¹ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. aa. (1.)-(3.).

²²⁰² Vgl. oben unter C. IV. 5. c. bb. (2.).

gegen seine Beratungspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG bzw. gegen die „allgemeine Wahrheitspflicht“ gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verstoßen zu haben, wird jedoch praktisch auszuschließen sein.

Schließlich dürfte der Versicherungsnehmer sich auch nicht mehr an den Inhalt des Beratungsgesprächs erinnern können und seine Vorstellung über den Umfang des Versicherungsschutzes allein anhand der Beratungsdokumentation bilden. Dieser Umstand müsste für den Versicherungsvertreter ebenfalls erkennbar sein, um bei der Auslegung berücksichtigt zu werden. Da der Versicherungsvertreter jedoch keine nähere Kenntnis darüber haben wird, wie es konkret um das Erinnerungsvermögen des Versicherungsnehmers gestellt ist und ob dieser allein die Beratungsdokumentation zur Kenntnis genommen hat, ist dessen Willenserklärung gemäß §§ 133, 157 BGB entsprechend dem Erklärungsgehalt des unterschriebenen Antrags- bzw. Annahmeformulars so zu verstehen, dass er den Vertrag nach Maßgabe der AVB schließen möchte.

Eine unzutreffende Angabe in der Beratungsdokumentation kann auch nicht über die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu einer Änderung des Vertragsinhalts führen, denn anders als in den Fällen von Verletzungen der Informationspflicht nach § 7 VVG, die in Bezug auf vertragliche Leistungen und Rechte zu einem Widerspruch mit den AVB führen²²⁰³, ist zu berücksichtigen, dass die Angaben in der Dokumentation nur im Hinblick auf die Anbahnung des konkreten Vertrages gemacht werden und daher als einzelfallbezogene Informationen bereits keine AGB bzw. AVB gemäß § 305 Abs. 1 BGB sind.

Verletzungen der Dokumentationspflicht haben somit praktisch keine Auswirkungen auf das Zustandekommen und den Inhalt des Vertrages.

b. Anfechtungsrechte des Versicherungsnehmers

Neben ihrer Beweisfunktion soll die Dokumentation es dem Versicherungsnehmer ermöglichen, eine Beratung nachvollziehen zu können²²⁰⁴. Wenn der Versicherungsnehmer sich nicht mehr genau an den Inhalt des Beratungsgesprächs erinnert, können somit Verletzungen der Dokumentationspflicht dazu führen, dass dieser ohne bzw. mit einer unvollständigen, nicht klaren und verständlichen oder nicht rechtzeitig übermittelten Dokumentation unzutreffende Vorstellungen über die Reichweite des angebotenen Versicherungsschutzes entwickelt. Bei Abgabe seiner Willenserklärung kann er somit einem Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 1. Alt. BGB bzw. einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gemäß § 119 Abs. 2 BGB unterliegen. Dass er beim Vertreter hätte nachfragen können oder anhand der vorvertraglichen Informationen ggf. seine irrtümlichen Vorstellungen hätte korrigieren können, steht der gemäß für die Ab-

²²⁰³ Vgl. oben unter E. II. 1. b. bb. (2.) (b.) (aa.).

²²⁰⁴ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. aa. (2.).

gabe der Willenserklärung gemäß § 119 Abs. 1 BGB erforderlichen Kausalität nicht entgegen, denn entscheidend ist allein, ob er seine irrtümlichen Vorstellungen erkannt hat und somit, ob er tatsächlich Nachfragen gestellt bzw. die vorvertraglichen Informationen gelesen hat.

Bei einer vorsätzlichen Verletzung der Dokumentationspflicht ist überdies ein Recht zur Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB denkbar.

c. Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 314 BGB

Schwerwiegende Verletzungen der Dokumentationspflicht können ebenso wie Verletzungen der Informationspflichten nach § 7 VVG bzw. der Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates²²⁰⁵ das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung erschüttern und damit einen wichtigen Grund im Sinne des § 314 Abs. 1 BGB bilden, der ein Recht zur Kündigung gewährt.

d. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 5 VVG

§ 6 Abs. 5 VVG nimmt auf die Pflichten des Versicherers nach § 6 Abs. 1 und 2 VVG Bezug und sieht somit eine Schadensersatzverpflichtung auch für den Fall der Verletzung der Dokumentationspflicht vor²²⁰⁶.

aa. Schuldhaftes Pflichtverletzung und ersatzfähiger Schaden

Verletzt der Versicherer schuldhaft seine Dokumentationspflicht, indem er keine, nur eine unvollständige, nicht klar verständliche oder inhaltlich unzutreffende Dokumentation zur Verfügung stellt bzw. diese dem Versicherungsnehmer erst nach Abgabe seiner Willenserklärung übermittelt, kann dieser geltend machen, er habe ohne Dokumentation den Inhalt des Beratungsgesprächs nicht zutreffend rekapitulieren können²²⁰⁷. So kann der Versicherungsnehmer vortragen, einen aufklärenden Hinweis vergessen bzw. unzutreffend in Erinnerung behalten oder, bei einer inhaltlich unzutreffenden Dokumentation, falsche Vorstellungen über den Inhalt und die Folgen eines Vertragsschlusses entwickelt zu haben. Hätte der Versicherungsnehmer bei einem pflichtgemäßen Verhalten den Vertrag nicht geschlossen oder einen anderen Vertrag mit dem gleichen oder einem anderen Versicherer, ist der ersatzfähige Schaden entweder in dem Vertragsschluss und eventuell erbrachten Prämienzahlungen oder bei Eintritt eines ungedeckten, aber bei Abschluss eines anderen Vertrages gedeckten, Versicherungsfalles in dem Fehlen eines Deckungsanspruchs zu sehen. Der Versicherungsnehmer kann daher im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB

²²⁰⁵ Vgl. oben unter E. II. 4. und E. III. 1. c. sowie E. III. 2. c.

²²⁰⁶ Vgl. *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 44.

²²⁰⁷ Vgl. *Marlow/Spuhl*, S. 29f.

entweder die Aufhebung des Vertrages und Rückzahlung der Prämien verlangen oder „Quasi-Deckung“ nach Maßgabe eines anderweitigen abgeschlossenen Versicherungsvertrages unter Anrechnung eventuell ersparter Prämienzahlungen.

Während das Verschulden des Versicherers gemäß § 6 Abs. 5 S. 2 VVG vermutet wird, gilt hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Übrigen, dass der Versicherungsnehmer die Pflichtverletzung und den Eintritt eines ersatzfähigen Schadens beweisen muss. Da die Dokumentationspflicht jedoch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Pflichten zur Befragung, Beratung und Begründung eines erteilten Rates steht, ist davon auszugehen, dass den Versicherer im Hinblick auf die Erfüllung der Dokumentationspflicht, ebenso wie bei den anderen Pflichten nach § 6 Abs. 1 S. 1 VVG auch²²⁰⁸, eine „sekundäre Behauptungslast“ trifft.

bb. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

(1.) Kausalitätsvermutung

Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört auch der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Fraglich ist, ob auch bei der Verletzung der Dokumentationspflicht zugunsten des Versicherungsnehmers die in der Rechtsprechung zu der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten entwickelte Kausalitätsvermutung²²⁰⁹ eingreift.

Die Kausalitätsvermutung hat die Rechtsprechung maßgeblich mit dem Zweck der verletzten Pflichten, nämlich das Für und Wider einer Maßnahme abwägen zu können und mit der anderenfalls bestehenden Beweisnot, begründet, da sich im Nachhinein nur schwer mit der erforderlichen Zuverlässigkeit beurteilen lasse, wie der andere Teil bei pflichtgemäßem Verhalten gehandelt hätte²²¹⁰. Da die Dokumentation einerseits ermöglichen soll, eine Beratung nachzuvollziehen und andererseits der Versicherungsnehmer kaum beweisen kann, wie er sich bei einer ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Pflicht verhalten hätte, ist daher die Kausalitätsvermutung auch auf die Verletzung der Dokumentationspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VVG zu übertragen.

(2.) Widerlegung der Kausalitätsvermutung

(a.) Keine Kenntnisnahme der Beratungsdokumentation

Den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden kann der Versicherer, ebenso wie bei der Verletzung der Informationspflichten nach § 7 VVG²²¹¹, insbesondere bei einer Anbahnung des Vertrages im „Antragsmodell“

²²⁰⁸ Vgl. oben unter E. III. 1. d. aa. und E. III. 2. d. aa.

²²⁰⁹ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (1.).

²²¹⁰ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (2.) (b.).

²²¹¹ Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (3.) (a.).

widerlegen. Hierzu muss er darlegen und beweisen, dass der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Dokumentation trotz der bestehenden Möglichkeit zur Kenntnisnahme hiervon keinen Gebrauch gemacht und somit unmittelbar im Anschluss an das Beratungsgespräch seinen Antrag gestellt hat. In diesem Fall können sich inhaltliche Unzulänglichkeiten der Dokumentation nicht auf die Entscheidung über den Abschluss des Vertrages ausgewirkt haben.

(b.) Nachreichen der Beratungsdokumentation

Übermittelt der Versicherer eine ordnungsgemäße Dokumentation nicht vor der Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, kann ihr Zweck, eine Rekapitulation der Beratung vor der Entscheidung über den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu ermöglichen, nicht mehr erreicht werden. Gleichwohl bietet die Übermittlung einer verspäteten Dokumentation einen Anlass dafür, sich mit ihrem Inhalt zu beschäftigen. Erhebt der Versicherungsnehmer keine Einwendungen gegen den Vertragsschluss nach Erhalt der Dokumentation, deutet dies darauf hin, dass er entweder diese nicht zur Kenntnis genommen hat oder diese keine Punkte beinhaltet, die ihn seine Entscheidung über den Vertragsschluss überdenken lassen. Dies deutet darauf hin, dass auch bei einer rechtzeitigen Übermittlung der Dokumentation diese nicht näher zur Kenntnis genommen worden wäre bzw. sich aus ihr keine Bedenken gegen den Vertragsschluss ergeben hätten. Entsprechend den Ausführungen zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung bei einem Nachreichen der Informationen nach § 7 VVG²²¹² ist daher ein gewichtiges Indiz gegen die Ursächlichkeit der verspäteten Übermittlung für den Eintritt eines Schadens zu sehen, wenn der Versicherungsnehmer nach Erhalt der Dokumentation sich nicht beim Versicherer wegen des abgeschlossenen Vertrages meldet.

cc. Mitverschulden

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Versicherungsnehmers gemäß § 254 Abs. 1 BGB in Frage kommt. Soweit der Versicherungsnehmer aus den AVB und den übrigen vorvertraglichen Informationen etwaige durch die Verletzung der Dokumentationspflicht hervorgerufene Fehlvorstellungen über den angebotenen Versicherungsschutz hätte erkennen können, ist entsprechend den Ausführungen zum Mitverschulden bei der Verletzung der Pflichten zur Beratung und Begründung eines erteilten Rates²²¹³ von einem obliegenheitswidrigen Verhalten seinerseits auszugehen, wenn er die AVB und die übrigen Informationen nicht zur Kenntnis genommen hat.

²²¹² Vgl. oben unter E. II. 5. a. bb. (3.) (b.).

²²¹³ Vgl. oben unter E. III. 2. d. cc.

Darüber hinaus ist von einem Mitverschulden auszugehen, wenn der Versicherungsnehmer einräumt, sich des Umstandes bewusst gewesen zu sein, bestimmte, aus seiner Sicht relevante Punkte aus dem Beratungsgespräch vergessen, aber dennoch nicht beim Versicherungsvertreter nachgefragt zu haben. Schließlich ist er insoweit bewusst das Risiko eingegangen, dass der abgeschlossene Vertrag nicht seinen Wünschen und Bedürfnissen gerecht wird.

e. Konkurrenzen

Wegen des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Anfechtungsrechten, dem Recht zur fristlosen Kündigung und dem Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 5 VVG kann entsprechend auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Verletzung der Pflichten zur Beratung und Begründung eines erteilten Rates verwiesen werden²²¹⁴.

f. Zivilprozessuale Folgen der Verletzung der Dokumentationspflicht

aa. Bedeutung der Dokumentation als Beweismittel

Die Dokumentation soll dem Versicherungsnehmer auch bei der Geltendmachung seiner Rechte behilflich sein²²¹⁵ und ihm somit als Beweismittel zum Beleg der Verletzung der Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates dienen. In formaler Hinsicht könnte als gespeicherte Datei auf einem USB-Stick oder einer CD-ROM übergeben werden, da das Gesetz gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 VVG nur die Textform vorschreibt. Insoweit wäre die Dokumentation als Augenscheinsobjekt gemäß § 371 Abs. 1 ZPO zu klassifizieren. Eine Übergabe in gespeicherter Form scheidet jedoch aus, soweit im „Antragsmodell“ der Antrag im Anschluss an das Beratungsgespräch gestellt werden soll oder soweit der Versicherungsnehmer mit einer Erteilung in gespeicherter Form nicht einverstanden ist. In diesen Fällen muss die Dokumentation daher geschrieben oder gedruckt auf Papier übergeben werden²²¹⁶. Eine Unterschrift des Versicherers bzw. des Versicherungsvertreters unter der Dokumentation sieht das Gesetz nicht vor. Da diese aber die menschliche Gedankenerklärung des Versicherungsvertreters über den Inhalt des Beratungsgesprächs wiedergibt, erfüllt sie die begrifflichen Anforderungen an eine Urkunde²²¹⁷ und ist daher als Privaturkunde zu klassifizieren, allerdings ohne die Beweiswirkung des § 416 ZPO²²¹⁸, weswegen sie der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO unterliegt²²¹⁹.

Die praktische Bedeutung der Dokumentation als Beweismittel ist nicht zu un-

²²¹⁴ Vgl. oben unter E. III. 2. c. bb. und E. III. 2. d. dd.

²²¹⁵ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. aa. (2.).

²²¹⁶ Vgl. oben unter C. IV. 5. c. bb. (1.).

²²¹⁷ Vgl. Geimer, in: Zöller, Vor § 415, Rn. 2; Huber, in: Musielak, § 415, Rn. 4.

²²¹⁸ Vgl. Huber, in: Musielak, § 416, Rn. 1.

²²¹⁹ Vgl. Geimer, in: Zöller, § 416, Rn. 13; Huber, in: Musielak, § 416, Rn. 1.

terschätzen, denn häufig wird der Versicherungsnehmer das Beratungsgespräch mit dem Versicherungsvertreter alleine führen und kann daher nur ihn als Zeugen für seine Behauptungen benennen. Da dieser aber selbst gemäß § 63 VVG für Pflichtverletzungen in Anspruch genommen werden kann, ist die Glaubhaftigkeit seiner Angaben wegen eines erkennbaren Eigeninteresse am negativen Ausgang eines Verfahrens gegen den Versicherer kritisch zu hinterfragen. Darüber hinaus scheidet der Versicherungsvertreter als Zeuge aus, wenn dieser neben dem Versicherer als Gesamtschuldner verklagt wird. In Frage kommt diese Konstellation insbesondere dann, wenn der Versicherungsnehmer im Wege des Schadensersatzes nicht allein die Aufhebung des abgeschlossenen Vertrages begehrt. Häufig bleibt dem Versicherungsnehmer dann nur die Möglichkeit, seine Ansprüche an einen Dritten abzutreten, um selbst als Zeuge im Prozess auftreten zu können, wobei freilich im Rahmen der Beweiswürdigung sein Eigeninteresse am Prozessausgang zu berücksichtigen sein wird.

Abgesehen von der Beweissituation des Versicherungsnehmers hat auch der Versicherer ein erhebliches Interesse an einer ordnungsgemäßen Dokumentation, da ihn bei der Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Verletzung seiner Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates eine sekundäre Darlegungslast trifft²²²⁰ und er daher die Dokumentation benötigt, um sein Vorgehen bei der Beratung substantiiert darlegen zu können²²²¹.

bb. Beweismöglichkeiten

Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Dokumentation als Beweismittel für das Bestehen einer Pflicht zur Frage bzw. Beratung und Begründung eines erteilten Rates versagt, soweit es um deren Entstehung auf Grund eines für den Versicherer erkennbaren Anlasses geht, da dieser nicht Gegenstand der Dokumentationspflicht ist²²²². Fraglich ist daher, welche Möglichkeiten der Beweisführung die Beratungsdokumentation eröffnet.

Macht der Versicherungsnehmer als Pflichtverletzung ein Unterlassen geltend, also dass bestimmte Fragen nicht gestellt, bzw. bestimmte Empfehlungen und aufklärende Hinweise nebst Begründung nicht oder nicht vollständig erteilt worden sind, ist davon auszugehen, soweit Angaben hierzu nicht in der Beratungsdokumentation zu finden sind, dass diese dokumentationspflichtigen Ereignisse auch nicht stattgefunden haben. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu den Dokumentationspflichten im Arzthaftungsrecht²²²³ ist von einer widerleglichen Vermutung zugunsten des Versicherungsnehmers auszugehen, so dass der Ver-

²²²⁰ Vgl. oben unter E. III. 1. d. aa. und E. III. 2. d. aa.

²²²¹ Vgl. Ebers, in: PK-VVR, § 6, Rn. 43.

²²²² Vgl. oben unter E. III. 1. d. aa. und E. III. 2. d. aa.

²²²³ Vgl. BGH VersR 1999, 190 (191); VersR 1997, 362 (364); VersR 1995, 706 (707); VersR 1983, 983.

sicherer insoweit das Gegenteil zu beweisen hat²²²⁴.

Behauptet der Versicherungsnehmer eine Pflichtverletzung, da der Versicherer ihm eine Empfehlung gegeben hat, die sich nicht an seinen Wünschen oder Bedürfnissen orientiert, oder behauptet er inhaltlich unzutreffende Begründungen eines Rates bzw. falsche tatsächliche Angaben im Zusammenhang mit der Erteilung eines aufklärenden Hinweises, kann er mit einer ordnungsgemäßen Dokumentation den Inhalt eines Rates, einer Begründung oder eines Hinweises anhand belegen.

cc. Beweiserleichterungen

Probleme ergeben im Hinblick auf die Beweisführung, wenn der Versicherer keine Dokumentation erstellt, sie dem Versicherungsnehmer nicht zur Verfügung stellt oder, was diesem Fall gleichzusetzen ist, wenn sie entgegen § 6 Abs. 2 S. 1 VVG insgesamt nicht klar und verständlich ist. Ebenso bestehen Schwierigkeiten bei der Beweisführung, soweit der Inhalt eines Ratschlages, einer Begründung oder eines aufklärenden Hinweises belegt werden soll, die Dokumentation aber in den entscheidenden Punkten unvollständig ist, da diese dann im Hinblick auf das Beweisthema unergiebig ist. In den genannten Fällen führt das regelmäßig schuldhaft pflichtwidrige Verhalten des Versicherers dazu, dass dem Versicherungsnehmer angesichts seiner eingeschränkten Beweismöglichkeiten die Beweisführung unmöglich gemacht bzw. zumindest erheblich erschwert wird und somit ein Fall der Beweisvereitelung gegeben ist²²²⁵. Entsprechendes gilt, soweit die Dokumentation wahrheitswidrige Angaben über den Verlauf des Beratungsgesprächs enthält.

Eine allgemeine Regelung über die Voraussetzungen und Folgen der Beweisvereitelung sieht die ZPO nicht vor, jedoch lassen sich einzelnen Bestimmungen wie den §§ 371 Abs. 3, 427, 441 Abs. 3, 444 ZPO allgemeine Wertungen entnehmen²²²⁶. Voraussetzung für die Annahme einer Beweisvereitelung ist demnach, dass eine Partei vor oder im Prozess schuldhaft der Gegenseite die Beweisführung unmöglich macht oder erschwert, wobei sich das Verschulden sowohl auf die Handlung beziehen muss, die zur Beweisvereitelung führt, als auch darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigem oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen²²²⁷. Dieses doppelte Verschuldenserfordernis ist bei einer schuldhaften Verletzung der Dokumentationspflicht regelmäßig gegeben, da der Versicherer um die Bedeutung der Dokumentation für die Beweis-

²²²⁴ Vgl. *Meixner/Steinbeck*, § 1, Rn. 34; *Marlow/Spuhl*, S. 30; *Münkel*, in: HK-VVG, § 6, Rn. 27 und 47.

²²²⁵ Vgl. BGH NJW 2006, 434 (436); NJW 2004, 222; NJW 1998, 79 (81); *Foerste*, in: *Musielak*, § 286, Rn. 62; *Greger*, in: *Zöller*, § 286, Rn. 14a.

²²²⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 434 (436); *Foerste*, in: *Musielak*, § 286, Rn. 62; *Greger*, in: *Zöller*, § 286, Rn. 14a.

²²²⁷ Vgl. BGH NJW 2006, 434 (436); NJW 2004, 222; *Foerste*, in: *Musielak*, § 286, Rn. 65.

führungsmöglichkeiten des Versicherungsnehmers weiß.

Als Folge der Beweisvereitelung gewährt der BGH der beweisbelasteten Partei Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr²²²⁸. Insbesondere im Hinblick auf die Verletzung von Dokumentationspflichten heißt es in der Rechtsprechung des BGH, dass Beweiserleichterungen bis zu einer Umkehr der Beweislast gehen können, wenn dem Geschädigten nach tatrichterlichem Ermessen die auch nur teilweise Beweisführungslast für ein pflichtwidriges Verhalten angesichts eines von diesem verschuldeten Aufklärungshindernisses billigerweise nicht mehr zugemutet werden könne²²²⁹.

Soweit die Möglichkeiten der Beweisführung mit der Dokumentation reichen²²³⁰ ist daher im Anschluss an die Rechtsprechung ist bei einer *vorsätzlichen* Beweisvereitelung von einer vollständigen Beweislastumkehr in Bezug auf eine behauptete Pflichtverletzung auszugehen. Angesichts des arglistigen Verhaltens des Versicherers ist dem Versicherungsnehmer jede Belastung mit der Beweisführung nicht mehr zuzumuten. Gleichwohl wird es für den Versicherungsnehmer schwierig sein, im Einzelfall ein arglistiges Vorgehen des Versicherers nachzuweisen, um in den Genuss der Beweislastumkehr zu kommen.

Praktisch bedeutsamer sind daher die Folgen einer *fahrlässigen* Beweisvereitelung. Hier gewinnen allerdings die in der Rechtsprechung aufgestellten Zumutbarkeitskriterien an Bedeutung. Es ist somit zu berücksichtigen, dass den Versicherer ein „sekundäre Behauptungslast“ im Hinblick auf die Erfüllung seiner Pflichten zur Befragung und Beratung des Versicherungsnehmers trifft²²³¹. Dieser Darlegungslast wird der Versicherer ohne oder mit einer nicht klar und verständlich abgefassten Dokumentation kaum nachkommen können, so dass der Vortrag des Versicherungsnehmers in diesen Fällen gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Auch wenn in der Gesetzesbegründung zu § 42e VVG a.F., der die Schadensersatzpflicht des Versicherungsvermittlers regelt, darauf abgestellt wird, dass die Verletzung der Dokumentationspflicht zu Beweiserleichterungen führen könne²²³², bedarf es einer gesonderten Beweiserleichterung neben der „sekundären Behauptungslast“ des Versicherers in den vorgenannten Fällen nicht²²³³.

Problematisch könnte in diesem Zusammenhang indes der Fall sein, dass der Versicherer zwar eine Dokumentation erstellt, diese dem Versicherungsnehmer

²²²⁸ Vgl. BGH NJW 2006, 434 (436); NJW 2004, 222; NJW 1998, 79 (81); NJW 1986, 59 (61); NJW 1983, 332; NJW 1978, 2337 (2339); *Foerste*, in: *Musielak*, § 286, Rn. 63.

²²²⁹ Vgl. BGH NJW 1986, 59 (61).

²²³⁰ Vgl. oben unter E. III. 3. f. bb.

²²³¹ Vgl. oben unter E. III. 1. d. aa. und E. III. 2. d. aa.

²²³² Vgl. BT-Drucks. 19, S. 26 li. Sp.

²²³³ Anders *Rixecker*, in: *VersR-Hdb*, 2. Aufl., § 18a, Rn. 47: Ohne Beratungsdokumentation und Nachweis ihres Zugangs sei in der Regel vom Beweis einer Beratungspflichtverletzung auszugehen.

aber nicht zur Verfügung stellt. Verwendet der Versicherer diese Dokumentation zur Substantiierung seines Vortrages, kann sie, soweit sie das Beratungsgespräch inhaltlich zutreffend wiedergibt und der Versicherungsnehmer wahrheitsgemäß vorgetragen hat, jedoch nur dessen Tatsachenschilderung bestätigen. Handelt es sich demgegenüber um eine Dokumentation mit wahrheitswidrigen Angaben, könnte der Versicherer mit ihr den Vortrag des Versicherungsnehmers substantiiert bestreiten und damit seiner „sekundären Behauptungslast“ entsprechen. Um dem vorzubeugen, ist davon auszugehen, dass der Versicherer eine nicht übergebene Dokumentation unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung nicht zur Substantiierung seines Vortrages heranziehen darf.

Insoweit bleibt allerdings das Problem bestehen, dass der Versicherungsnehmer darlegen und beweisen muss, die Beratungsdokumentation nicht erhalten zu haben. Hier hilft ihm aber die „sekundäre Behauptungslast“ des Versicherers im Hinblick auf die Erfüllung seiner Dokumentationspflicht²²³⁴ weiter, der dieser regelmäßig nur genügen kann, soweit er sich vom Versicherungsnehmer den Empfang der Dokumentation schriftlich bestätigen lässt. Zumindest geht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 42d VVG a.F.²²³⁵ im Hinblick auf die Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers davon aus, dass dieser sich dem Empfang der Dokumentation durch eine Unterschrift des Kunden bestätigen lassen wird²²³⁶.

Darüber hinaus bleiben die Fälle problematisch, in denen die Dokumentation unvollständig ist, da *einzelne* Ratschläge und Hinweise nicht aufgenommen worden sind. Entsprechendes gilt, soweit der Versicherer wahrheitswidrige Angaben gemacht hat. Will der Versicherungsnehmer in diesen Fällen positiv eine bestimmte Empfehlung oder einen bestimmten Hinweis beweisen, die nicht oder nicht richtig dokumentiert worden sind, kann der Versicherer mithilfe der Dokumentation den Vortrag des Versicherungsnehmers qualifiziert bestreiten, so dass ihm die „sekundäre Behauptungslast“ des Versicherers nicht weiter hilft. Selbst wenn daher in diesen Fällen eine weitergehende Beweiserleichterung in Form einer Beweislastumkehr zu Lasten des Versicherers zu befürworten ist, bleibt ebenso wie in den Fällen einer vorsätzlichen Beweisvereitelung das grundlegende Problem bestehen, dass der Versicherungsnehmer die Dokumentationspflichtverletzung nachweisen muss, um in den Genuss der Beweislastumkehr zu kommen. Dieser Problematik kann er daher nur begegnen, wenn er unmittelbar nach Erhalt der Dokumentation diese auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft und daher etwaige Mängel rügt.

²²³⁴ Vgl. oben unter E. III. 3. d. aa.

²²³⁵ Nun § 62 VVG.

²²³⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 25 li. Sp.

4. Zusammenfassung

Die Folgen, die an die Verletzung der Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates sowie zur Dokumentation anknüpfen sind ebenso wie bei der Verletzung der Pflicht zur Information des Versicherungsnehmers nach § 7 VVG vielfältig:

Auswirkungen auf das Zustandekommen des Versicherungsvertrages können unzutreffende Tatsachenbehauptungen über die Reichweite des Versicherungsschutzes haben. Insbesondere bei einer Anbahnung des Versicherungsvertrages im „Invitativmodell“ kann gemäß § 154 Abs. 1 BGB ein Dissens zwischen den Parteien vorliegen, soweit die Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers dahin auszulegen ist, dass dieser nicht das Angebot des Versicherers annehmen möchte. Bei einer Anbahnung des Versicherungsvertrages im „Antragsmodell“ kommt der Versicherungsvertrag demgegenüber grundsätzlich nach Maßgabe der AVB zustande, auch wenn die Antragserklärung des Versicherungsnehmers dahin auszulegen sein sollte, dass dieser Versicherungsschutz nach Maßgabe der unzutreffenden Auskünfte des Versicherungsvertreeters bzw. entsprechend seiner irrtümlichen Vorstellungen beantragen möchte, da insoweit § 5 Abs. 1 VVG einen Dissens verhindert. Der Annahme eines entsprechenden vertraglichen Erfüllungsanspruchs steht entgegen, dass § 5 Abs. 2 VVG mit Rücksicht auf die Neuregelung der Schadensersatzverpflichtung des Versicherungsvertreeters teleologisch zu reduzieren ist. Für eine gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung ist in diesen Fällen unter der Geltung des neuen VVG demgegenüber kein Raum mehr.

Nicht unmittelbare Folge, aber begünstigt durch die Verletzung der Pflichten des Versicherers können dem Versicherungsnehmer gemäß §§ 119 Abs. 1 und 2 sowie 123 Abs. 1 BGB Anfechtungsrechte zustehen, mit denen er sich wieder von einem geschlossenen Vertrag lösen kann.

Darüber hinaus können schwerwiegende Verletzungen ein Recht zur fristlosen Kündigung nach § 314 Abs. 1 BGB begründen.

Im Mittelpunkt der Rechtsfolgen der Verletzung der vorvertraglichen Pflichten des Versicherers gemäß § 6 Abs. 1 und Abs. 2 BGB steht die Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 5 VVG. Die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruches wird dadurch erleichtert, dass der Versicherer einem substantiierten Vortrag des Versicherungsnehmers über das Vorliegen eines Pflichten begründenden Anlasses nur mit einem qualifizierten Bestreiten begegnen kann. Entsprechendes gilt im Hinblick auf Verletzung der Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates sowie zur Dokumentation, da hier den Versicherer eine „sekundäre Behauptungslast“ im Hinblick auf die Erfüllung seiner Pflichten trifft.

Mit Blick auf das Konkurrenzverhältnis der einzelnen Rechtsbehelfe und An-

sprüche untereinander ist davon auszugehen, dass diese im Ergebnis nebeneinander Anwendung finden.

Neben materiellrechtlichen Folgen führt die Verletzung der Dokumentationspflicht zu zivilprozessualen Besonderheiten. Soweit die Beweisführungsmöglichkeiten mit einer ordnungsgemäßen Dokumentation reichen, führt die in einem vorsätzlichen Verstoß gegen die gegen die Dokumentationspflicht liegende vorsätzliche Beweisvereitelung zur einer Beweislastumkehr hinsichtlich des vom Versicherungsnehmer behaupteten Pflichtverstoßes. Demgegenüber ist in den Fällen einer fahrlässigen Beweisvereitelung mit Rücksicht auf die „sekundäre Behauptungslast“ des Versicherers eine differenzierte Betrachtungsweise geboten, die im Ergebnis bis zu einer Beweislastumkehr führen kann. Problematisch ist indes, ob und wie der Versicherungsnehmer eine schuldhafte Verletzung der Dokumentationspflicht als Voraussetzung der Beweisvereitelung darlegen und beweisen kann um in den Genuss der Beweiserleichterungen zu kommen.

F. Gesamtergebnis

Ziel der Arbeit ist es gewesen, die Voraussetzungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrages und die Einbeziehung von AVB zu untersuchen sowie die Anforderungen an die Erfüllung der aus § 6 Abs. 1 und 2 sowie § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV folgenden Pflichten zu analysieren, um diese in denkbare Vertragsschlussmodelle zu überführen. Schließlich sollten die Konsequenzen von Verstößen gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen von AVB und die Folgen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten sowie deren Konkurrenzverhältnis zueinander näher untersucht werden. Die gefundenen Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Voraussetzungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrages

Das Zustandekommen des Versicherungsvertrages richtet sich nach den §§ 145ff BGB, so dass Versicherungsnehmer und Versicherer sich über die „essentialia negotii“ einigen müssen. Weder bestehen für den Abschluss des Versicherungsvertrages Formvorschriften noch sieht das neue VVG eine zwingende Rollenverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer als Antragendem und Annehmendem vor.

II. Voraussetzungen für die Einbeziehung von AVB

Anders als das alte Recht mit § 5a VVG a.F. sieht das neue VVG keine generelle Sonderregelung zur Einbeziehung von AVB vor. Diese richtet sich allein nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB.

Zur Vereinfachung der Einbeziehung von AVB kommt trotz ihrer häufig konstitutiven Bedeutung für einen Versicherungsvertrag weder eine teleologische Reduktion der allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen in Frage noch ist ein Analogieschluss zu § 49 Abs. 2 VVG möglich.

Soweit die §§ 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 6a VVG-InfoV eine Übergabe der AVB an den Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe seiner Willenserklärung vorsehen, liegt hierin keine besondere Einbeziehungsvoraussetzung für AVB.

Schließlich normiert auch § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG keinen besonderen Einbeziehungstatbestand, sondern ermöglicht allein, auf die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu verzichten.

III. Anforderungen an die Erfüllung von § 7 VVG i.V.m. der VVG-InfoV

Die Pflicht zur Erteilung vorvertraglicher Informationen findet ihre Rechtfertigung in der zwischen den Parteien gestörten Vertragsparität. Um diese auszugleichen folgt das VVG dem Schutzkonzept des sog. „Informationsmodells“, welches weitgehend durch die Vorgaben der Richtlinien 92/49/EWG,

2002/83/EG und 2002/65/EG vorgegeben ist.

Das bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben vom Gesetzgeber verfolgte Konzept einer überschießenden Umsetzung, um ein einheitliches Pflichtenprogramm für den Versicherer zu normieren, ist mit den europarechtlichen Vorgaben zu vereinbaren. Lediglich einzelne Vorgaben der VVG-InfoV in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 VVG-InfoV genügen zurzeit den Anforderungen der Richtlinien nicht und bedürfen daher einer Korrektur durch den Ordnungsgeber. Bis zu dieser Änderung können die Vorschriften jedoch richtlinienkonform bzw. „quasirichtlinienkonform“ ausgelegt werden.

Soweit der Gesetzgeber über die Richtlinienvorgaben hinaus weitere Informationspflichten in § 7 Abs. 1 und 2 VVG i.V.m. VVG-InfoV geregelt hat, sind diese richtlinienkonform ausgestaltet worden.

Im Hinblick auf den Kostenausweis in der Lebensversicherung sind verfassungsrechtliche Bedenken wegen eines Verstoßes der Verordnungsermächtigung gegen Art. 80 Abs. 1 GG bzw. wegen einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG unbegründet. Anders verhält es sich demgegenüber mit den Informationspflichten des § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV für Berufsunfähigkeitsversicherungen ohne Beitragsrückgewähr, denen es an einer wirksamen Verordnungsermächtigung gemäß Art. 80 Abs. 1 GG fehlt, weswegen § 2 Abs. 4 S. 1 VVG-InfoV insoweit verfassungswidrig und somit nichtig ist.

Die Pflicht, dem Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragsklärung die vorvertraglichen Informationen zur Verfügung zu stellen, bedeutet, dass ihm die Informationen so zu übergeben sind, dass ihr Zweck erläutert wird und er frei von äußerem Druck entscheiden kann, ob und inwieweit er diese zur Kenntnis nehmen möchte.

Soweit § 7 Abs. 1 VVG die Möglichkeit eröffnet, die vorvertraglichen Informationen in Textform zu übermitteln, entbindet dies nicht davon, zumindest auch gedrucktes Informationsmaterial vorzuhalten.

Für die Informationserteilung selbst bedarf es nicht zwingend einer eigenständigen Informationsbroschüre, in die *sämtliche* Informationen aufzunehmen sind, da die AVB weitgehend als Informationsträger fungieren können. Notwendig ist es jedoch, das Produktinformationsblatt als eigenes Druckstück aufzulegen und zumindest die Informationen nach § 1 Abs. 1 Nr. 6b und Nr. 13 VVG-InfoV getrennt von den AVB zu übergeben.

Der in § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG vorgesehene Verzicht auf Vorabinformation kann auch mittels vorformulierter Verzichtserklärungen erklärt werden. Da diese Regelung jedoch richtlinienwidrig ist, muss § 7 Abs. 1 S. 3 HS 2 VVG vom Gesetzgeber geändert werden. Bis zu diesem Zeitpunkt kann die Verzichtserklärung in der Praxis jedoch weiter angewendet werden.

IV. Anforderungen an die Erfüllung von § 6 Abs. 1 und 2 VVG

Die Pflichten nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 VVG ergänzen das Schutzkonzept durch vorvertragliche Informationen nach § 7 VVG. Trotz ihrer anlassbezogenen Ausgestaltung führen diese Pflichten im Ergebnis zu einer erheblichen Erweiterung der Beratungsverantwortlichkeit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer im Vergleich mit der bisherigen Rechtslage.

Speziell von der Pflicht des Versicherers zur Beratung gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 VVG zu unterscheiden sind die sog. „allgemeine Wahrheitspflicht“ sowie die Pflicht zur Beratung infolge tatsächlicher Übernahme. Diese Pflichten sind nicht anlassabhängig und folgen somit aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Sie werden daher auch weder durch einen Verzicht nach § 6 Abs. 3 VVG noch durch § 6 Abs. 6 VVG ausgeschlossen.

In zeitlicher Hinsicht sind die aus § 6 Abs. 1 und 2 S. 1 VVG folgenden Pflichten im Grundsatz vor der Abgabe der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zu erfüllen, soweit nicht ausnahmsweise gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 VVG eine Übermittlung der Dokumentation nach Vertragsschluss möglich ist oder eine Pflicht zur Beratung und Dokumentation infolge eines Verzichts gemäß § 6 Abs. 3 VVG ausgeschlossen ist.

Eine Pflicht zur Befragung und Beratung des Versicherungsnehmers sieht die RL 2002/92/EG nicht vor, sondern, mit Ausnahme des von Art. 12 Abs. 2 geregelten Sonderfalls, nur eine Pflicht, die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für einen erteilten Rat zu dokumentieren. Im Übrigen setzt sie Pflichten nach nationalem Recht voraus, ohne diese aber verbindlich vorzuschreiben. Unabhängig hiervon ist jedoch das Vorhaben des Gesetzgebers, die Pflichten des Versicherers an denen der RL 2002/92/EG zu orientieren, bis auf drei Ausnahmen gelungen:

§ 62 Abs. 2 S. 2 HS 2 VVG entspricht hinsichtlich der Ausnahmeregelung für Verträge über eine vorläufige Deckung bei Pflichtversicherungen nicht der RL 2002/92/EG, weswegen auch bei der Parallelregelung des § 6 Abs. 2 S. 3 HS 2 VVG eine Anpassung an die Richtlinienvorgaben zu erwarten ist.

Ferner ist § 6 Abs. 1 S. 2 VVG „quasirichtlinienkonform“ dahin auszulegen, dass auch die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu dokumentieren sind.

Schließlich verstößt § 61 Abs. 2 VVG in den Fällen der tatsächlichen Übernahme einer Beratung gegen die RL 2002/92/EG, soweit die Norm einen Verzicht auf die Dokumentation einer erfolgten Beratung ermöglicht. Dementsprechend ist nicht nur mit einer Änderung von § 61 Abs. 2 VVG durch den Gesetzgeber zu rechnen, sondern auch mit einer „quasirichtlinienkonformen“ Ausgestaltung des § 6 Abs. 3 VVG.

V. Vertragsschlussmodelle

Als Vertragsschlussmodell bietet sich für den Versicherer ein Vorgehen nach dem „Antragsmodell“ an, bei dem der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages vom Versicherungsnehmer ausgeht. Gleichwohl darf die Bezeichnung als „Antragsmodell“ nicht darüber hinwegtäuschen, dass es *den* Vertragsschluss nach diesem Modell nicht gibt, denn je nach Vertriebssituation kann den vorvertraglichen Pflichten des Versicherers nur auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen werden kann. Während bei einer Vertragsanbahnung in der Agentur des Versicherungsvertreeters das „Antragsmodell“ die Möglichkeit eröffnet, innerhalb eines Termins die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers zu erfüllen, so dass der Versicherungsnehmer den Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages stellen kann, ist bei Besuchen des Versicherungsvertreeters beim Kunden zu differenzieren: Entweder muss der Vertrag wegen der technischen Schwierigkeiten die Informationspflichten nach § 7 VVG zu erfüllen über zwei Termine erstreckt angebahnt werden oder die Antragsstellung ist nach einem einzigen Termin auf den Postweg zu verlagern.

Nur als Unterfall des „Antragsmodells“ ist das in der Literatur erörterte „Vorschlagsmodell“ zu verstehen.

Als weiteres Vertragsschlussverfahren neben dem „Antragsmodell“ kommt das „Invitatio modell“ in Frage, bei dem der Versicherungsnehmer zunächst nur eine „invitatio ad offerendum“ erklärt und der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrages vom Versicherer ausgeht, welcher dann gesondert angenommen werden muss. Allerdings können sich Schwierigkeiten ergeben, wenn der Versicherer es bis zum Vertragsschluss in den Händen halten möchte, auf die Änderung von angezeigten Risikoumständen zu reagieren, ohne das Risiko eines vertragslosen Zustandes einzugehen. Es wird daher nur bei solchen Versicherungen in Frage kommen, bei denen die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach § 19 VVG keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielt.

Ein Vertragsschluss nach dem früher vorherrschenden, aber europarechtswidrigen „Policenmodell“ kommt nach der VVG-Reform nicht mehr in Frage.

Ebenso scheidet ein Vertragsschluss nach dem „Modell der bedingten Antragsklärung“ aus, da es gegen § 7 Abs. 1 VVG verstößt.

VI. Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB

Praktisch bedeutsam ist als Verstoß gegen die Einbeziehungsvoraussetzungen von AVB allein eine Verletzung der Vorgaben von § 305 Abs. 2 BGB. In diesem Fall findet § 306 Abs. 1 BGB nur Anwendung, wenn die Parteien auch ohne Rücksicht auf die AVB eine Einigung über die „essentialia negotii“ des Versicherungsvertrages erzielen. Ist dies nicht der Fall, scheidet ein wirksamer Vertragsschluss aus, und der Versicherer haftet dem Versicherungsnehmer gemäß

§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz.

Einigen sich die Parteien über die vertragswesentlichen Punkte, bleibt der Vertrag gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam. Die durch die Nichteinbeziehung der AVB entstandenen Lücken sind durch die Anwendung dispositiven Gesetzesrechts sowie im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Regelmäßig kann in diesen Fällen jedoch der Versicherungsnehmer einwenden, dass ein Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte im Sinne des § 306 Abs. 3 BGB darstellt. Ist der Vertrag infolgedessen unwirksam, haftet der Versicherer wieder unter dem Gesichtspunkt der „culpa in contrahendo“ auf Schadensersatz. Werden die AVB in den Versicherungsvertrag nicht einbezogen, können die Parteien entweder erneut einen Versicherungsvertrag oder einen Änderungsvertrag abschließen, um nachträglich zu einer Geltung der AVB zu gelangen.

Zu empfehlen ist einem Versicherer, dass er zusammen mit dem Versicherungsschein die AVB übersendet und in einem Begleitschreiben ausdrücklich darauf hinweist, dass der Vertrag auf der Grundlage seiner AVB geschlossen werden soll, bzw. dass er davon ausgeht, dass dem Vertrag seine AVB zugrunde liegen, um so die Voraussetzungen einer nachträglichen Einbeziehung der AVB zu schaffen.

VII. Verstoß gegen die Pflicht zur Information (§ 7 VVG)

An die Verletzung der vorvertraglichen Informationspflichten können sich unterschiedlichste Rechtsfolgen anschließen:

Auswirkungen auf den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages haben können Verletzungen der Informationspflichten haben, wenn die erteilten Informationen, soweit sie die vertraglichen Leistungen und Rechte betreffen, über die Angaben in den AVB hinausgehen bzw. diesen widersprechen. Gemäß § 305c Abs. 2 BGB gilt in diesem Fall die für den Versicherungsnehmer günstigere Regelung. Eine inhaltliche Umgestaltung des Vertrages auf der Grundlage der gewohnheitsrechtlichen Erfüllungshaftung kommt demgegenüber nicht in Betracht.

Soweit dem Versicherungsnehmer ein Widerrufsrecht gemäß § 8 Abs. 1 VVG zusteht, führt jede Form der Verletzung der Informationspflichten dazu, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt. Soweit der Versicherer es nicht nachholt, den Versicherungsnehmer zu informieren und über sein Widerrufsrecht zu belehren, hat die Pflichtverletzung ein „ewiges Widerrufsrecht“ zur Folge, welches jedoch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwirkt werden kann.

Ferner können Informationspflichtverletzungen Anfechtungsrechte nach § 119 Abs. 1 und 2 BGB sowie § 123 Abs. 1 BGB begründen.

In erster Linie dann, wenn der Versicherer eine Informationserteilung vollständig unterlässt, kommt ein Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers nach § 314 Abs. 1 BGB in Betracht.

Schließlich können Verletzungen der Informationspflichten Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss begründen, dessen wesentliche Folgen entweder in einem Anspruch auf „Quasi-Deckung“ oder in einem Anspruch auf Vertragsaufhebung zu sehen sind.

Unter Konkurrenzgesichtspunkten ist hervorzuheben, dass den Gestaltungsrechten des Widerrufs, der Anfechtung sowie der Kündigung kein Vorrangverhältnis untereinander zukommt und diese neben einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss stehen. Dem Versicherungsnehmer steht somit ein weitgehendes Wahlrecht zu.

VIII. Verstoß gegen die Pflichten zur Frage, Beratung und Dokumentation (§ 6 VVG)

Die Folgen, die an die Verletzung der Pflichten zur Frage, Beratung und Begründung eines erteilten Rates sowie zur Dokumentation anknüpfen sind ebenfalls vielfältig:

Auswirkungen auf das Zustandekommen des Versicherungsvertrages können unzutreffende Tatsachenbehauptungen über die Reichweite des Versicherungsschutzes haben. Insbesondere bei einer Anbahnung des Versicherungsvertrages im „Invitativmodell“ kann es zu einem Dissens zwischen den Parteien kommen. Bei einer Anbahnung des Versicherungsvertrages im „Antragsmodell“ kommt der Versicherungsvertrag demgegenüber grundsätzlich nach Maßgabe der AVB zustande, auch wenn die Antragserklärung dahin auszulegen sein sollte, dass dieser Versicherungsschutz nach Maßgabe der unzutreffenden Auskünfte des Versicherungsvertreeters bzw. entsprechend seiner irrümlichen Vorstellungen beantragen möchte, da insoweit § 5 Abs. 1 VVG einen Dissens verhindert. Der Annahme eines entsprechenden vertraglichen Erfüllungsanspruchs ist mit einer teleologischen Reduktion des § 5 Abs. 2 VVG zu begegnen.

Für eine gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung ist demgegenüber unter der Geltung des neuen VVG kein Raum mehr.

Verletzt der Versicherer seine Pflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 VVG kann dies die Entstehung von Anfechtungsrechten gemäß §§ 119 Abs. 1 und 2 sowie 123 Abs. 1 BGB begünstigen.

Darüber hinaus können schwerwiegende Pflichtverletzungen ein Kündigungsrecht gemäß § 314 Abs. 1 BGB begründen.

Schließlich kann dem Versicherungsnehmer gemäß § 6 Abs. 5 VVG ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen, in dessen Folge der Versicherer entweder die Aufhebung eines abgeschlossenen Vertrages und Rückzahlung erbrachter Prämien verlangen kann oder „Quasideckung“ nach Maßgabe eines anderweitig unterlassenen Vertragsschlusses verlangen kann.

Mit Blick auf das Konkurrenzverhältnis der einzelnen Rechtsbehelfe und An-

sprüche untereinander ist davon auszugehen, dass diese im Ergebnis nebeneinander Anwendung finden.

Schließlich kann die Verletzung der Dokumentationspflicht neben materiellrechtlichen Rechtsfolgen in prozessualer Hinsicht zu Beweiserleichterungen führen.