

Wolfram Nieradzik

Funktionsausgliederungen und Schadensregulierung nach BGH und VAG 2016

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich möchte meinen Kurzvortrag in vier Abschnitte gliedern:

1. Der BGH hat gesprochen und er hat recht
2. Der VDVM auf schwierigem Terrain
3. Die Schadensregulierung im Systemhaus Funk
4. Die Bedeutungslosigkeit iSv § 32 VAG

1. Der BGH hat gesprochen und er hat recht

Am 14. Januar 2016 hat der Bundesgerichtshof eine bedeutsame Entscheidung zur Zulässigkeit der Schadensregulierung durch Versicherungsmakler getroffen (I ZR 107/14). Der Tenor lautet: "Die Beklagte [der Versicherungsmakler] wird unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000 EUR verurteilt, es zu unterlassen, schadensregulierend (...) tätig zu werden".

Ich stimme der Entscheidung ausdrücklich zu und begrüße die rechtliche Klarstellung.

Das Berufsbild eines Versicherungsmaklers hat sich schon seit einiger Zeit von dem Grundprinzip eines Handelsmaklers mit einer Zwischenstellung zwischen den Parteien weit entfernt und entspricht heute mehr denn je dem eines Dienstleisters für den Versicherungsnehmer. Diese Entwicklung hat dabei sowohl Eingang in die ständige Rechtsprechung als auch in die gelebte Praxis gefunden.

Die nun ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich einer Schadensregulierung durch den Versicherungsmakler ist daher m. E. konsequent, entspricht dem gesetzlichen Leitbild und führt die bisherigen Entwicklungen stringent weiter.

Die Notwendigkeit einer Trennung zwischen den Tätigkeiten für einen Versicherungsnehmer und den Tätigkeiten für einen Versicherer ergibt sich bereits aus den gewerberechtlichen Vorgaben, in denen der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt, dass zwischen der Tätigkeit eines Versicherungsmaklers und der eines Versicherungsvertreters ein Exklusivitätsverhältnis bestehen soll. Eine Typenmischung soll vermieden werden. Dies kann sich nicht nur auf die gewerberechtliche Zulassungsform beschränken, sondern muss auch für die konkret erbrachten Dienstleistungen gelten.

Der Versicherungsmakler will und muss sich als alleiniger Interessen- und Sachwalter des Versicherungsnehmers verstehen. Interessenskonflikte müssen vermieden und eine Wahrnehmung der Interessen des Versicherungsnehmers sichergestellt sein. Die Doppeltätigkeit des Versicherungsmaklers sowohl für den Versicherer als auch den Versicherungsnehmer läuft dieser Zielsetzung zuwider.

Der Bundesgerichtshof leitet dies folgerichtig aus den einschlägigen Normen des Rechtsdienstleistungsgesetzes her.

Nach § 3 RDG ist die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, wie sie durch das Gesetz erlaubt wird.

In Bezug auf außergerichtliche Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt § 5 Abs. 1 Satz 1 RDG Rechtsdienstleistungen dann, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist dabei gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 RDG nach ihrem Inhalt, dem Umfang und den sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

Auch wenn ein sachlicher Zusammenhang der Schadensregulierung mit der Haupttätigkeit vorliegt, so gehöre nach Ansicht des Gerichts die Schadensregulierung im Auftrag des Versicherers nicht als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild eines Versicherungsmaklers. Das maßgebliche Leitbild entnimmt der Bundesgerichtshof dabei der gesetzlichen Definition des § 59 Abs. 3 VVG.

Damit entwickelt der Bundesgerichtshof konsequent seine Rechtsprechung zum Pflichtenkreis des Versicherungsmaklers weiter. Danach steht er als Sachwalter des Versicherungsnehmers im Lager des Kunden und nicht des Versicherers.

Ein anderes Ergebnis ließe sich, so der BGH, auch nicht aus der Tatsache ableiten, dass der Erlaubnistatbestand des § 5 Abs. 1 RDG für eine weitere Entwicklung offen sei und berücksichtige, dass sich neue Dienstleistungsberufe, bei deren Ausübung rechtliche Fragen betreffen seien, herausbilden und sich ältere Berufsbilder verändern können. Dies folge zum einen daraus, dass es sich bei der Tätigkeit des Versicherungsmaklers um ein lang praktiziertes Gewerbe handele und zum anderen sei es nicht möglich, Tätigkeiten zu legitimieren, die zu einem Interessenskonflikt führen können.

Das Gericht zweifelt an, ob überhaupt eine nach § 5 Abs. 1 RDG zulässige Nebenleistung vorliegen kann, wenn ihr Auftraggeber – der Versicherer – nicht mit dem Auftraggeber der Haupttätigkeit – dem Versicherungsnehmer – identisch ist.

Darüber hinaus stehe nach Ansicht des Gerichts ohnehin § 4 RDG einer erlaubten Rechtsdienstleistung entgegen. Nach dieser Vorschrift dürfen Rechtsdienstleistungen, die unmittelbaren Einfluss auf die Erfüllung einer anderen Leistungspflicht haben können, nicht erbracht werden, wenn hierdurch die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährdet wird. Das Ziel dieser Regelung sei es, Interessenskollisionen zu vermeiden. Wird der Versicherungsmakler vom Versicherer mit der Schadensregulierung beauftragt, so begibt er sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs in einen Interessenskonflikt mit seiner Haupttätigkeit als Sachwalter des Versicherungsnehmers.

Die Pflicht des Versicherungsmaklers aus seiner Sachwalterstellung, die Interessen des Versicherungsnehmers auch bei der Ausübung der Rechtsdienstleistung gegenüber dem Versicherer zu wahren, könne daher die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährden. Der Versicherungsmakler habe keine neutrale Mittlerfunktion zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages.

Auch wenn das Gericht seine Entscheidung auf den Bereich der Textilhaftpflichtversicherung beschränkt, ist davon auszugehen, dass diese Grundsätze verallgemeinerungsfähig sind und für alle Sparten und Versicherungsverträge gelten.

2. Der VDVM auf schwierigem Terrain

Unter den Versicherungsmaklern besteht zum Teil die Ansicht, dass das Urteil rechtlich verfehlt sei. Nach Auffassung des VDVM sind die Urteilsgründe nicht überzeugend, insbesondere relativiert er einen Interessenskonflikt. Der Verband hofft, „dass im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde oder der europäischen Rechtsentwicklung der Rolle und Funktion des Versicherungsmaklers auch bei der Schadensregulierung wieder mehr Raum eingeräumt wird.“

Um die Schadensabwicklung arbeitsteilig zu gestalten, sieht der VDVM mehrere Möglichkeiten.

2.1 Schadensassistenz

Der Versicherer übernimmt die Schadensregulierung selbst und der Versicherungsmakler beschränkt sich auf die Assistenz bei der Schadensbearbeitung. Das heißt, der Makler bereitet den Sachverhalt auf und unterbreitet ggf. einen unverbindlichen Entscheidungs- oder Regulierungsvorschlag.

Eine solche Vorgehensweise ist rechtlich zulässig und relativ einfach umsetzbar, jedoch entspricht sie nicht einem optimierten und effizienten Schadensmanagement.

2.2 Flucht in die Mehrfachagentur bzw. den Assekuradeur¹

Für Versicherungsagenten als Vertreter des Versicherers ist es anerkannt, dass sie eine Schadensregulierung für den Versicherer vornehmen können. Diese Lösung eignet sich insbesondere für Standard- und Massenverfahren und setzt einen vom Versicherer kontrollierten Schadensmanagementprozess voraus.

Der VDVM vertritt hierbei die Ansicht, dass es jedoch für den Versicherungsagenten bzw. Assekuradeur unzulässig sei, die Schadensregulierung als Hauptgeschäft zu betreiben. Es sei vielmehr notwendig, dass der betroffene Versicherungsvertrag durch den Mehrfachagen-

¹ Assekuradeure sind Mehrfach-Versicherungsvertreter nach § 59 Abs. 2 VVG, die als Vertreter gem. 164 ff. BGB für die durch sie vertretenen Versicherer tätig werden; eine gesetzliche Definition gibt es nicht.

ten vermittelt wurde, denn nur dann könne die Schadensregulierung als Nebentätigkeit eingestuft werden².

2.3 Umweg über einen „Trusted Rechtsanwalt“

Nach Ansicht des VDVM kann ein sogenannter „Trusted Rechtsanwalt“ bei der Schadensabwicklung zwischengeschaltet werden. Der Versicherer erteilt dabei dem Rechtsanwalt die maßgebliche Schadensregulierungsvollmacht und der Anwalt erhält die jeweiligen Fälle in aufbereiteter Form durch den Versicherungsmakler. Der Makler übt mithin eine gewisse Schadensassistenz gegenüber dem Versicherer aus. Nur er steht in direkter Kommunikation zum Rechtsanwalt.

Ob solch eine Konstruktion mehrwertstiftend ist, möchte ich bezweifeln. Zum einen entstehen weitere Kosten und zum anderen gelten für den Rechtsanwalt bestimmte Berufspflichten, denn trotz aller professioneller Aufbereitung durch den Versicherungsmakler ist der Rechtsanwalt im gewissen Umfang zur Prüfung des Sachverhalts verpflichtet.

2.4 Regulierungsbefugnis des Versicherungsnehmers

Der Vollständigkeit halber erwähne ich noch zwei weitere Lösungsvorschläge des VDVM.

Einmal soll der Versicherungsnehmer eine mit dem Versicherer vereinbarte Selbstregulierung vornehmen, wobei der Versicherungsmakler den Schaden im Sinne einer Assistenz für den Versicherungsnehmer aufbereitet. Oder der Versicherungsmakler erhält vom Versicherungsnehmer eine Schadensregulierungsbefugnis.

M. E. sind diese Lösungsvorschläge nicht überzeugend und zielführend. Der Versicherer gibt seine Schadensregulierungskompetenz aus der Hand und wieder in das Lager des Versicherungsnehmers. Jedenfalls rechtlich unzulässig dürfte dies bei Drittschäden sein und m. E. auch bei solchen Regelungen unterhalb eines Selbstbehaltes, insbesondere wenn es sich um eine Abzugsfranchise handelt.

² Die Ansicht teile ich nicht. Die gesetzliche Regelung, wie auch folgerichtig der Bundesgerichtshof, stellt auf das allgemeine gesetzliche Leitbild ab. Es ist für die Beurteilung im Rahmen des Erlaubnistatbestandes des § 5 Abs. 1 RDG maßgeblich, ob bei einer abstrakten Betrachtungsweise die entsprechende Rechtsdienstleistung als Nebenleistung dem Berufs- oder Tätigkeitsbild zuzuordnen ist. Individuelle vertragliche Konstellationen bleiben grundsätzlich bei der Beurteilung außer Betracht. Das Leistungsspektrum ist anhand der rechtlichen Typisierung vorzunehmen und nicht im konkreten Einzelfall. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob das Versicherungsvertreterunternehmen die ganz konkrete Versicherungsvermittlung selbst vorgenommen hat. So soll es nach Ansicht des Bundesgerichtshofes dem Versicherungsmakler unabhängig von einer bestehenden Interessenskollision im Einzelfall ganz grundsätzlich untersagt sein, für den Versicherer die Schadensregulierung vorzunehmen. In der Folge muss es auch im Umkehrschluss für den Versicherungsvertreter, ohne dass es eine Prüfung einer einzelnen Vermittlerleistung bedarf, möglich sein, die Schadensregulierung als zulässige Nebenleistung zu erbringen. Es ist in diesem Zusammenhang als ausreichend anzusehen, wenn das Assekuradeurunternehmen die Versicherungsvermittlung abstrakt als Hauptleistung betreibt. Dann ist die Schadensregulierung als eine diesem Berufsbild entsprechende und folglich zulässige Nebenleistung anzusehen.

3. Die Schadensregulierung im Systemhaus Funk

Die aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung wurde seitens Funk überwiegend von Anfang an so gelebt und bereits vor Jahren antizipiert.

1879 hat Theodor Funk die Generalagentur Th. Funk in Berlin gegründet und mit seinem Sohn Leberecht 1907 umfirmiert in Th. Funk & Sohn Assekuranz, heute der Th. Funk & Sohn GmbH. Diese Mehrfachagentur diente und dient nicht nur zur Versicherungsvermittlung, sondern auch zur Schadensregulierung. Ferner gewinnt das Thema „conflict of interests“ seit Jahren national und international immer stärker an Bedeutung.³

Das Kernprinzip der Konzernstruktur bei Funk mit jeweils unterschiedlichen Unternehmen fußt dabei auf drei verschiedenen Säulen. Die erste Säule bilden die Unternehmen mit ausschließlichem Beratungscharakter. Die zweite und wichtigste Säule bilden die Versicherungsmaklerunternehmen. Die dritte und älteste Säule bezieht sich auf den Mehrfachagenten.

Im Rahmen dieser konzernrechtlichen Konzeption erfolgt dabei eine klare rechtliche Trennung zwischen den Maklerunternehmen, welche als Sachwalter für den jeweiligen Versicherungsnehmer dessen Interessen wahrnehmen und dem Mehrfachagenten, der im Lager des Versicherers steht und für diesen Tätigkeiten erbringt. Dies beginnt bei der grundlegenden gewerberechtlichen Klassifizierung und erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Tätigkeitsfelder und die jeweils angebotenen Dienstleistungen.

Die Schadensregulierung als ureigenes Tätigkeitsfeld des Versicherungsunternehmens wird daher im Systemhaus Funk ausschließlich von dem Mehrfachagenten, der Th. Funk & Sohn, vorgenommen.

Für die durch z. B. Funk Versicherungsmakler GmbH betreuten Versicherungsnehmer wird im Ergebnis angeboten, die Schadensregulierung durch einen Kooperationspartner innerhalb der eigenen Konzernstruktur, der Th. Funk & Sohn GmbH, vornehmen zu lassen. Um rechtlich und steuerrechtlich nicht angreifbar zu sein, wird hierbei der Risikotransfer ebenfalls über den Assekurateur bei dem Versicherer organisiert. Hiermit ist der Auftraggeber für Haupt- und Nebenleistung identisch, eine Divergenz der Auftraggeber kann der Annahme einer zulässigen Rechtsdienstleistung nach § 5 Abs. 1 RDG daher von vornherein nicht entgegenstehen.

Zur Wahrung der Transparenz und zur endgültigen Vermeidung von unzulässigen Interessenskonflikten wird zu diesem Zweck bereits im Rahmen der Maklermandatierung die Einwilligung des Versicherungsnehmers eingeholt.

³ Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen hat bereits mit Rundschreiben vom 24. Februar 1961 auf die Gefahr einer Interessenskollision bei dem sogenannten Makleragent hingewiesen.

4. Die Bedeutungslosigkeit iSv § 32 VAG

Bei einer Schadensbearbeitung für ein Versicherungsunternehmen von ausgesuchten Risiken und Versicherungsfällen bis zu einer gewissen Schadenshöhe durch einen „externen Dienstleister“ oder durch einen Agenten handelt es sich m. E. grundsätzlich nicht um eine wichtige operative Funktion oder Tätigkeit, sondern um eine sonstige nicht wichtige Tätigkeit.

Die Zielsetzung der Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II) und auch die der Delegierten Verordnung zu Ergänzung dieser Richtlinie (DVO Nr. 2015/35 der Kommission) ist vornehmlich die Wahrung der Solvabilität von Versicherungsunternehmen. Zu diesem Zweck werden an diese Unternehmen und einzelne Bereiche ihrer unternehmerischen Tätigkeit besondere Anforderungen gestellt, um die Zahlungsfähigkeit der Versicherer zu sichern. Ebenso erfolgt eine zielgerichtete und breit aufgestellte Überwachung der entsprechenden Unternehmen durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Diese Maßnahmen dienen insgesamt dem Schutz des Versicherungsnehmers, der als Gegenleistung für die erbrachten Prämienzahlungen bei Eintritt des Versicherungsfalles auch die entsprechende Deckung erhalten soll.

Gliedert ein Versicherungsunternehmen einzelne versicherungsbezogene Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche aus, so kann dies unter Umständen Auswirkungen auf die Solvabilität des Versicherers haben. Insofern gelten gesetzliche Mindestanforderungen an die Auswahl des externen Dienstleisters und auch an die Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Unternehmen.

Hinsichtlich des Grades der Anforderungen ist danach zu differenzieren, ob es sich bei der ausgegliederten Tätigkeit um eine kritische oder wichtige operative Funktion oder Tätigkeit handelt, oder ob es sich um eine sonstige, nicht als wichtig zu qualifizierende Tätigkeit handelt.

Ist eine ausgegliederte Tätigkeit als eine kritische oder wichtige operative Funktion oder Tätigkeit anzusehen, so werden gem. Art. 274 Absatz 3 DVO besondere Anforderungen an die Auswahl des externen Dienstleisters gestellt sowie in Art. 274 Absatz 4 DVO zwingende Inhalte der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Unternehmen definiert. Darüber hinaus hat im Falle der Ausgliederung kritischer oder wichtiger operativer Funktionen das Versicherungsunternehmen gem. Art. 274 Absatz 5 DVO die Einhaltung weiterer Standards durch den externen Dienstleister sicherzustellen. Ebenso statuiert § 32 Abs. 3 VAG für die Ausgliederung wichtiger Funktionen und Versicherungstätigkeiten weitergehende Anforderungen als für sonstige Ausgliederungen.

Ob eine ausgegliederte Tätigkeit als eine in diesem Sinne wichtige oder kritische Tätigkeit anzusehen ist, muss hierbei auch anhand der Zielsetzung der zugrundeliegenden Rechtsgrundlagen beurteilt werden. Die gesteigerten Anforderungen an den externen Dienstleister und an die zwischen den Unternehmen geschlossene vertragliche Vereinbarung sind nur dann sinnvoll und notwendig, wenn durch die konkrete Ausgestaltung der Ausgliederung tatsächlich ein erhöhtes Schutzbedürfnis für den Versicherungsnehmer vor einer Gefährdung der Solvabilität des Versicherers besteht.

Aus diesem Grund wurden die entsprechenden Anforderungen ausdrücklich nur für die Ausgliederung wichtiger Funktionen oder Tätigkeiten vorgesehen. Eine Ausgliederung einer Tätigkeit, welche von vornherein die Solvabilität des Versicherers nicht berühren kann,

bedarf grundsätzlich nicht der gesteigerten Anforderungen, da der Schutzzweck der Rechtsgrundlagen nicht tangiert ist.

Dies zeigt sich besonders gut im immobilienwirtschaftlichen Bereich. Die Bearbeitung bestimmter Masse- und Standardschäden für ein Versicherungsunternehmen bis zu einer gewissen Schadenshöhe durch z. B. die Th. Funk & Sohn GmbH als Mehrfachagent ist eine Tätigkeitsausgliederung, welche sich in der Regel weder auf das vom Versicherer zu tragende wirtschaftliche Risiko, noch auf dessen Solvabilität auswirken kann. Daher kann es sich im Hinblick auf die Wahrung der finanziellen Stabilität des Versicherers bei dieser Form der Ausgliederung grundsätzlich nur um eine Tätigkeitsübertragung von gänzlich untergeordneter Bedeutung handeln.

Denn die Großschäden, welche die vertraglich vereinbarte Höhe überschreiten (z. B. 5.000 oder 10.000 EUR), werden zur Bearbeitung an das Versicherungsunternehmen abgegeben.

Zum anderen ist die Massенbearbeitung von Schadensfällen mit einer geringen Höhe stets geprägt von einer durch Erfahrungssätze antizipierbaren Schadensquote. Dementsprechend sind auch die wirtschaftlichen Auswirkungen durch den Versicherer vollumfänglich abschätzbar. Ein bilanzielles Risiko im Bereich dieser ausgegliederten Tätigkeit kann somit für das Versicherungsunternehmen aufgrund der Prognostizierbarkeit nicht bestehen. Die Massenschäden stellen damit mehr einen konstanten wirtschaftlichen Durchlaufposten dar, als ein zu kalkulierendes Risiko.

In diesem Zusammenhang gilt es auch zu berücksichtigen, dass zwischen dem Versicherer und dem Vertreter des Versicherers Entschädigungsgrenzen vereinbart sind. Eine unerwartete wirtschaftliche Belastung aufgrund der bearbeiteten Schadensfälle kann es daher auch aus diesem Grund schon nicht geben. Das Maximum der erforderlichen finanziellen Aufwendungen ist dem Versicherer stets bekannt und kann bilanziell berücksichtigt werden.

Daneben besteht für den Versicherer nicht die Gefahr eines Informationsdefizits durch die Ausgliederung der Schadensbearbeitung in dieser Form, sondern im Gegenteil: Durch das systematische/analytische Sammeln und Aufbereiten von Schadensdaten sowie das zeitlich festgelegte Reporting durch die Th. Funk & Sohn GmbH stehen dem Versicherer aussagekräftige Informationen über die Schadensfälle zu Verfügung.

Im Ergebnis kann es sich daher bei der in Frage stehenden Ausgliederung in ihrer konkreten Ausgestaltung in der Immobilienwirtschaft bei der Th. Funk & Sohn GmbH grundsätzlich nicht um eine kritische oder wichtige operative Funktion oder Tätigkeit handeln. In der Konsequenz richten sich die gesetzlichen Anforderungen lediglich nach Art. 274 Absatz 1 DVO, § 32 Absatz 1, 2 und 4 VAG.⁴

⁴ Aufgrund der Größe unseres Hauses kann die Th. Funk & Sohn GmbH sicherlich auch die Anforderungen einer Ausgliederung wichtiger Funktionen und Versicherertätigkeiten nach Artikel 274 Abs. 3 ff. DVO, § 32 Abs. 3 VAG erfüllen.

Als Fazit möchte ich zusammenfassend festhalten:

Der BGH hat mit seinem Urteil zur Schadensregulierung durch einen Versicherungsmakler eine wegweisende und richtige Entscheidung getroffen.

Wer die Schadensregulierung als Tätigkeit aufrechterhalten möchte, möge richtigerweise Zuflucht über den Mehrfachagenten suchen.

Die Regulierung von einfachen Massen- und Standardschäden durch den Versicherungsagenten stellt keine kritische oder wichtige operative Funktion oder Tätigkeit iSv § 32 VAG dar.