

BAYERISCHE LÖSUNG BEI BETRIEBSSCHLIESSUNGEN (BSV)
VON GASTWIRTEN OFT UNANFECHTBAR:

Warum Versicherer keine Anwälte ihrer Kunden sind?

| VON DR. JOHANNES FIALA UND PETER A. SCHRAMM

Vergleich mit Versicherer über Betriebsschließungsversicherung (BSV) unwirksam?

Eine renommierte Kanzlei für Versicherungsrecht und ein fachlicher Professor meinten 03/2021: „Der Versicherer handelt treuwidrig, wenn er seine überlegene Sach- und Rechtskenntnis zum Nachteil des Versicherungsnehmers ausnutzt (so schon BGH v. 07.02.2007 - IV ZR 244/03). Der Versicherer handelt folglich treuwidrig, wenn er bei einer BSV nicht auf die völlig unklare Rechtslage und die strittigen Punkte hinsichtlich des Deckungsschutzes hinweist. So auch LG Flensburg v. 17.12.2008 - 4 O 143/20Rn. 15. Die Versicherer haben sehr wohl darauf hingewiesen, daß nach ihrer Meinung aus mehreren Gründen kein Versicherungsschutz bestünde. Sie haben aber nicht darauf hingewiesen, daß dieser Befund keinesfalls objektiv feststand. Sie haben also bei den Versicherten den Eindruck erweckt, es bestünde objektiv kein Versicherungsschutz, obwohl sie genau wussten, daß diese Frage weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur endgültig geklärt war und ist. Im bestmöglichen Interesse der Kunden hätte es gelegen, ihnen keinen Vergleich, sondern eine echte Kulanzzahlung anzubieten.“

Im bestmöglichen Interesse hätten die Versicherer dann gehandelt, wenn sie 15 % ohne Wenn und Aber gezahlt hätten und den Kunden die Möglichkeit eröffnet hätten, im Rahmen von Rechtsstreiten eine höhere Leistung durchzusetzen. Bei fehlerhafter Beratung entsteht Schadensersatz nach § 6 Abs. 5 VVG. Bei fehlerhafter Mitwirkung in der Schadensbearbeitung – wie hier – folgt der Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. Es fehlt auch am Verschulden des Maklers, der jedenfalls nicht klüger sein kann als die geballte Kompetenz der Staatsregierung und der beteiligten Verbände.“

Vergleiche mit VR einer BSV sind in der Regel nicht angreifbar

Wenn ein Versicherer einen Vergleichsvorschlag unterbreitet – ohne eigene Beratung des Versicherungsnehmers und ohne „Einwirkung auf die tatsächliche Schadensbearbeitung“ – so sind entsprechende (Vergleichs-)Verträge regelmäßig nicht anfechtbar. Im Wirtschaftsleben darf in aller Regel jeder seine eigene Rechtsmeinung kundtun, ohne Hinweis darauf, daß die Wahrheit oder Rechtswirklichkeit auch anders gesehen werden kann. Auch der Versicherer steht in seinem Lager, nicht dem des einzelnen Versicherungsnehmers. Das Handeln des Versicherers im bestmöglichen Interesse wird hier überzogen. Dieses könnte „kollektiv“ gesehen werden, im Sinne der Versicherungsgemeinschaft – einzelnen zu nützen, indem die anderen, zu spät kommenden, dann die Nachteile tragen müssen, ist damit sicher gar nicht gemeint.

Jedem Versicherten ist im Allgemeinen klar, daß er bei Zweifeln, weil er die Frage, wie hier, nicht selbst beurteilen kann, einen Anwalt fragt – und der hätte doch sicher gemerkt, daß man die Sache auch anders sehen kann? In der Praxis müssen Anwälte und Makler bereits Gutachter bzw. Sachverständige hinzuziehen, um die Höhe des Schadens zu ermitteln – Vergleiche mit dem Versicherer im Blindflug vernichten den Berater halt.

Erkennbarkeit eines Rechtsstandpunktes, wenn „Vergleich“ und nicht „Kulanz“ angeboten wurde

Bereits der Umstand, daß hier keine Kulanz, sondern ein Vergleich angeboten wurde, müßte dies eigentlich für jeden erkennbar machen. Indes könnten ☞

*„Panik-Professor:
Das Virus braucht
einen Wirt. Also
schließen wir alle
Wirtschaften.
Basta!“*



Dr. Johannes Fiala, PhD, RA, RB, MBA Finanzdienstleistungen (Univ.), MM (Univ.), Geprüfter Finanz- und Anlageberater (A.F.A.), Bankkaufmann (www.fiala.de) und Dipl.-Math. Peter A. Schramm, Sachverst. für Versicherungsmathematik (Diethardt), Aktuar DAV, öffentl. bestellt u. vereidigt von der IHK Frankfurt a.M. für Versicherungsmathematik in der privaten Krankenversicherung (www.pkv-gutachter.de).

IMPRESSUM

**Computern im Handwerk/
handwerke.de**

gegründet 1984, dient als unabhängiges Fachmagazin für moderne Kommunikation den Betrieben der **Bauhaupt- und Nebengewerbe** im „portionierten“ Wissens- und Technologie-Transfer.

Herausgeber: Horst Neureuther

© Copyright: **CV München
CV Computern-Verlags GmbH
Goethestraße 41, 80336 München**

Telefon 0 89/54 46 56-0

Telefax 0 89/54 46 56-50

Postfach 15 06 05, 80044 München

**E-Mail: info@cv-verlag.de
redaktion@cv-verlag.de
www.handwerke.de**

Geschäftsleitung:

Dipl.-Vw. H. Tschinkel-Neureuther

Anzeigenleitung:

Dipl.-Vw. Heide Tschinkel-Neureuther
e-mail: anzeigen@cv-verlag.de

Redaktion und redaktionelle**Mitarbeiter in dieser Ausgabe:**

Thomas Bässgen, Dr. Johannes Fiala, Tobias Funken, Cia Kleffmann, Christoph Krause, Dieter Kutschus, Björn Lorenz, Martin Lundborg, Nermin Mohamed, Horst Neureuther (verantw.), Gundo Sanders, Susanna Schmidt, Peter A. Schramm, Lutz Wolf

Anzeigenvertretung:

Medienmarketing SANDERS
Tel. 0 72 03/50 27 270
Mail: gsanders@mm-sanders.de

Layout:

AD&D Werbeagentur GmbH,
Silvia Romann, Dietmar Kraus

Druck:

Walstead NP Druck GmbH, St. Pölten

Druckauflage: 52.500

Tatsächliche Verbreitung:
52.213 (1/21)

**Auflage und Verbreitung kontrolliert.****37. Jahrgang**

Erscheinungsweise: 10 x jährlich

Abo-Preis:

29,- € p.a. plus Porto inkl. MwSt.

Einzelpreis: 2,90 €

Ein Abonnement verlängert sich automatisch um ein Jahr, wenn es nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf des Bezugszeitraumes gekündigt wird.

ISSN 0931-4679

**Mitglied der Informations-
gemeinschaft zur Feststellung der
Verbreitung von Werbeträgern e.V.
(IVW) Berlin**

Zur Zeit gilt die Anzeigenpreisliste
Nr. 38 vom 01.11.2020.

Titelkopf: © Fotolia.de/yellowj

➤ Makler haften, wenn sie sich dies ungeprüft zu eigen gemacht haben. Mindestens aber hätte es nahegelegen, den Versicherer dadurch in die Pflicht zu nehmen, daß von ihm eine echte Beratung verlangt wird, die er, wenn der Makler nicht dazu in der Lage ist, ja gesetzlich leisten muß, samt Dokumentation. Dann wäre nämlich der Versicherer wegen Falschberatung in der Haftung. Oder der Makler hätte auf die Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes verweisen müssen. Hat er dies unterlassen, haftet er schon deshalb. Kein Makler wird sich darauf zurückziehen können, daß er nicht klüger als der Versicherer ist, und daher diesem alles erst einmal glauben darf.

Daß eine Kulanz- statt einer Vergleichszahlung für die Versicherten besser gewesen wäre, ist zwar klar. Indes können Versicherer ja nicht zu einer Kulanzzahlung mit nachfolgendem Prozeßrisiko gezwungen werden, wenn sie es nicht wollen, und lieber einen abschließenden Vergleich anbieten. Wenn eine Kulanzzahlung deshalb nicht möglich ist, dann natürlich auch nicht als „Handeln im bestmöglichen Interesse“ der Versicherungsnehmer.

Der Rat des Maklers ohne Dokumentation führt bis zur Beweislastumkehr zu seinem Nachteil

Der BGH (Urteil vom 05.06.2014, III ZR 557/13) fordert vom Versicherungsvermittler jeder Art, seine Beratungen zu dokumentieren – widrigenfalls kommt es bis zur Beweislastumkehr. Wenn man sich auf angebliche Experten der Regierung beruft (bekanntlich gibt es keine Qualifikation, um Politiker zu werden, nicht mal Küchenhilfe muß man vorher gewesen sein) ist dies untauglich. Manche politische Lösung ist ein Kompromiß, um Rechtsstreite mit ungewissem Ausgang zu vermeiden. So bekommt jeder rasch etwas, statt viel später manche mehr und manche gar nichts – darin zeigt sich politische Kompetenz. Eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls ist damit gar nicht verbunden – und vom Versicherer nicht versucht, wenn er diesen Kompromiß anbietet.

Seltene Erkennbarkeit der Beratungsbedürftigkeit des Versicherten durch den Versicherer

Der Versicherer mußte zudem wohl nicht erkennen, daß der Versicherungsnehmer Beratung braucht – bei Maklerkunden ohnehin nicht. Und bei anderen hätte der angeforderte Rat ggf. darin bestanden, bei Zweifeln doch einen Rechtsanwalt zu fragen – darauf hätte jeder aber auch ohne diese Beratung selbst kommen können. Was dann zeigt, daß sich ein solcher Beratungsbedarf „unbefragt“ dem Versicherer nicht gerade aufdrängt.

Daß Versicherer einen Rechtsanspruch nur dann vertreten dürfen, wenn sie darauf hinweisen, daß es auch anders sein könnte, erscheint als Illusion. Sogar der Ombudsmann hat einmal auf Vorhalt, er würde Rechtsansichten als feststehend vertreten, die manches OLG anders sieht, gemeint, solange der BGH dazu nichts entschieden hat, würde er den Versicherten nicht sagen, daß es auch anders gesehen werden könnte, und sie damit zu zweifelhaften Prozessen verleiten. Und dies meinte er im besten Interesse dieser Versicherten.

Vergleichsabschluß aus wirtschaftlichen Gründen?

Und so haben es auch manche Makler gesehen: Besser, man erhält gleich die 15 % (also nimmt das Vergleichsangebot an), als nichts oder vielleicht mehr nach einem langen, teuren Prozeß zu bekommen. Den Maklern war – auch nachweislich – bekannt, daß die Frage der Leistungspflicht auch anders entschieden werden könnte, von Beginn der „Bayerischen Lösung“ an. Wenn der Professor meint, sie hätten sich auf das überlegene Wissen der Staatsregierung und von Verbänden verlassen, ist das schlicht eine Verdrehung der Tatsachen – sie waren weit besser informiert, und haften ggf. auch (ob es wohl ein Beratungsprotokoll dazu gibt?).

Aber eben nicht, wenn sie dennoch am Ende aus rein wirtschaftlichen Gründen zu den 15 % als Spatz in der Hand statt der Taube auf dem Dach geraten haben. Denn die Erfolgsaussichten im Einzelfall konnten sie nicht beurteilen. Daß der Versicherte aber erst einmal auf Jahre gar nichts bekommen würde und Prozeßkosten vorzustrecken hat, war dann klar. Das Regulierungsverhalten betrachtend, kann dem Geschäftsleiter so oder anders im Konkurs noch jahrelang die persönliche Haftung drohen. Der künftige Insolvenzverwalter wird meinen, daß das Risikomanagement defizitär gewesen sei – Pandemiepläne seien seit bis zu mehr als 10 Jahren öffentlich bekannt gewesen, und ebenso, wie die Regierungen damit dann konkret umzugehen hätten.

Bedenkliche Negierung einer Maklerhaftung?

Wenn hier ein Anwalt zudem Makler, die ggf. haftbar sind, einlädt, damit sie ihm Mandanten bringen und ihnen erklären läßt, daß sie nicht haften, ist das bedenklich. Er wird ja dann sie verschonen, trotz Erfolgsaussicht? Oder vielleicht doch nicht, nachdem der Makler ihnen den eigenen Prozeßgegner gebracht hat? Die Zuführung von Mandanten durch (Mit-) Schuldige hat Tradition bei wenigen Kanzleien,

bisweilen mit der Verabredung eines Nichtangriffspaktes – dann ist es eine sogenannte Kollision.

Offener Ausgang von Prozessen gegen den BSV-Versicherer?

Nach dem Abschluß eines Vergleichsvertrages, zumal oft mit anwaltlicher Begleitung, ist die Tür also erst mal zu. Es wäre dann naheliegend, zu prüfen, ob die eigenen Berater – Anwälte oder Makler – zuvor korrekt aufgeklärt hatten. Der Amerikaner spricht von BATNA und WATMA, also dem besten und schlechtesten Fall, wie die Sache vor Gericht ausgehen könnte. Auffällig geworden ist 2020 auch eine Kanzlei für Versicherungsrecht, welche traditionell nur Versicherer vertritt, mit dem Vorhalt gegenüber dem Versicherungsnehmer, daß die Anordnung einer Betriebsschließung rechtswidrig oder (verfassungswidrig bzw.) nichtig gewesen sei. Diesen Standpunkt vertreten bis zu etwas mehr als ein Promille der Berufsjuristen offiziell – ein Argument, welches sich hören lassen kann. Wenn diese Rechtsmeinung zutrifft, hätte niemand sein Hotel und seine Gastwirtschaft schließen müssen. Auch für ein „nur abgesagtes, aber nicht verbotenes Oktoberfest“ gäbe es demnach keine Entschädigung vom Versicherer.

Es gibt keinen Grund, irgendwelche BSV-Versicherer dafür „bluten zu lassen“, daß Betroffene sich scheuen, den Rechtsweg zu beschreiten; nötigenfalls mit Unterstützung durch welche Verbündete auch immer? Sogar Lieschen Müller in Bayern hat erfolgreich binnen weniger Tage beim Verwaltungsgericht durchgesetzt, daß die Einschränkung ihrer Freiheitsrechte rechtswidrig ist – außer wegen Krankenhausbesuchen und Gaststättenschließung, denn hier konnte sie kein Rechtsinteresse nachweisen, weil sie weder Gastwirtin war, noch jemanden im Krankenhaus besuchen wollte. <<

Quellen: <https://www.pfefferminzia.de/gutachten-von-hans-peter-schwintowski-die-bayerische-loesung-zur-bsv-ist-unwirksam/> und https://kanzlei-michaelis.de/wp-content/uploads/2021/03/2021_Kanzlei_Michaelis_LIVE_zur_Bayerischen_Loesung_mit_Prof_Schwintowski_2.03.2021-Final.pdf

„Im bestmöglichen Interesse der Kunden hätte es gelegen, ihnen keinen Vergleich, sondern eine echte Kulanzzahlung anzubieten.“

Beantragen Sie schnell und einfach Ihre **NRW.BANK.Förderung**.
Alle Infos und FAQ:
www.nrwbank.de/corona



„Wir haben mit einer Idee unser Start-up sauber ins Rollen gebracht.“

Fördern, was NRW bewegt.

Tanja Zirnstein und Katharina Obladen, Gründerinnen von UVIS, entwickeln innovative Technologien und Services für mehr Hygiene. Den Start finanzierte ein Business Angel zusammen mit dem NRW.SeedCap der NRW.BANK. Jetzt wächst UVIS in den Mittelstand.

Die ganze Geschichte unter: nrwbank.de/uvvis



NRW.BANK
Wir fördern Ideen