MEISTERERNST
DÜSING
MANSTETTEN

Rechtsanwältinnen
Rechtsanwälte

Banken und Versicherungen

ALLES WAS RECHT IST

PRAXISREPORT
2014

Inhalt

- PROKON-Pleite: Hinten in der Gläubiger-Schlange anstehen oder vorne weg marschieren? 4
- Luxemburg stärkt Rechte der Lebensversicherungskunden – Karlsruhe bremst 6
- Vorfälligkeitsentschädigung zu hoch? 7
- Bauzinsen im Keller – Kunde gefangen? 8
- Schiffsfondsbeteiligung: Müssen Ausschüttungen bei einer Schieflage der Gesellschaft zurückgezahlt werden? 9
- Zinswetten nur auf gleicher Augenhöhe 10
- Berufsunfähig! – Darf ich jetzt noch arbeiten? 10
- Firmenpleite mit 55 und Schulden bei der privaten Krankenversicherung! – Was nun? 12
- Arglistanfechtung wegen verschwiegener Vorerkrankung in der Berufsunfähigkeitsversicherung 13
- Rechtsschutz: Nicht ins Bockshorn jagen lassen! Sie haben das Recht auf freie Anwaltswahl! 18
- Mittelmaß reicht nicht – Versicherungsmakler muss bestmögliche Rendite anbieten 19
- Über uns 20

MEISTERERNST
DÜSING
MANSTETTEN

Rechtsanwältinnen
Rechtsanwälte

Oststraße 2
48145 Münster
Tel. 0251/5 20 91-0
Fax 0251/5 20 91-52
E-Mail: info@meisterernst.de
www.meisterernst.de

Titelfoto: Ralf Emmerich
Fotos: Beejay, Ralf Emmerich, Fotolyse / nmann77 / Pictures news / Visionär - Fotolia.com, kupicoo, Prokonart

August 2014, 1000

Münster, im August 2014

Liebe Leserin, lieber Leser,

»Alles was Recht ist« erscheint als Praxisreport unserer Anwaltssozietät in unregelmäßiger Folge. Die vorliegende Ausgabe enthält Informationen zu Rechtsfragen rund um das Thema »Banken und Versicherungen«.

Im 19. Jahrhundert bildete die öffentliche Staatsgewalt die Gefahr Nr. 1 für die bürgerliche Freiheit. Heute geht die Gefahr für die Freiheit des Einzelnen maßgeblich von privaten Unternehmen und Konzernen aus. Banken verweigern grundlos Kredite oder kündigen sie von heute auf morgen. Fonds werden vermittelt ohne dass der Bankberater auch nur ansatzweise darüber aufklärt, dass die mit der Fondsbeteiligung verbundene Gesellschafterstellung in der Unternehmenskrise nicht nur zum Totalverlust, sondern auch zu Nachschusspflichten führen kann. Versicherungen sind Rechtsprodukte. Inhalt und Umfang ergeben sich aus dem »Kleingedruckten«. Das »Kleingedruckte« wiederum kann beim besten Willen kein normaler Mensch – auch bei größter Mühewaltung und sorgfältiger Lektüre – verstehen. Wie also sich aus den Fängen von Versicherungen und Banken befreien? Wie sich gegenüber übermächtiger Unternehmensgewalt zur Wehr setzen?

Mit den umseitigen Beiträgen versuchen wir ein wenig Licht in das Dunkel des Banken- und Versicherungsrechtes zu bringen. »Alles was Recht ist« soll Ihnen helfen, unnötige Fehler zu vermeiden und Ihre Rechte durchzusetzen.

Umfassendere Informationen – auch aus anderen Rechtsgebieten – können Sie in unseren Mandantenseminaren erhalten. Diese Dienstleistung unseres Büros gibt Ihnen nicht nur die Möglichkeit, eine zusammenhängende Darstellung der Sie interessierenden Problembereiche zu erhalten. Darüber hinaus werden Sie durch Frage und Antwort eine weitere Entscheidungsgrundlage für Ihre eigenen Ziele gewinnen. Wir laden Sie herzlich ein, dieses Angebot wahrzunehmen.

Recht viel Lesegewinn wünscht Ihnen
im Namen der Sozietät

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

PROKON-Pleite: Hinten in der Gläubiger-Schlange anstehen oder vorne weg marschieren?

Die Zukunft der Windkraftfirma Prokon ist nach wie vor ungewiss. Nachdem Insolvenzantrag gestellt wurde und bereits ein vorläufiger Insolvenzverwalter (Dr. Dietmar Prenzlin) vom Insolvenzgericht eingeschaltet wurde, bringen sich erste Interessenten in Stellung: Konkurrierende Windkraftbetreiber zeigen Interesse an einem Kauf von Prokon-Anlagen; Hedge-Fonds bekunden Interesse an dem Ankauf von Prokon-Genussscheinen. Was aber soll der Prokon-Anleger tun? Was bedeutet ein Insolvenzverfahren?

Windhund-Prinzip in der Einzelzwangsvollstreckung – Topf-Prinzip im Insolvenzverfahren

Wer eine titulierte Forderung gegen einen Schuldner hat, kann aus dieser vollstrecken. In der »normalen« Zwangsvollstreckung gilt das Windhund-Prinzip: »Wer zuerst kommt, mahlt zuerst«. Bei Firmenpleiten will der Gesetzgeber nicht, dass dieses Windhund-Prinzip zum Tragen kommt. Vielmehr sollen im Grundsatz alle Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden (Topf-Prinzip). Auf diese Weise soll vermieden werden, dass gerade erst aufgrund des Windhundprinzips in der Zwangsvollstreckung solide Firmen überhaupt in die Pleite getrieben werden. Dies wäre volkswirtschaftlich unsinnig.

Insolvenzgläubiger, nachrangige Insolvenzgläubiger und vorrangige Befriedigung

Dass in einem Insolvenzverfahren alle Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden, stimmt jedoch nur bei einer oberflächlichen Betrachtungsweise. Wer durch Grundpfandrechte oder sonstige dingliche Rechte abgesichert ist – dies gilt insbesondere für Banken – wird vorneweg aus der Insolvenzmasse befriedigt. Für den normalen Insolvenzgläubiger bleibt dann zur Verteilung aus der Insolvenzmasse nur das, was nach der Vorwegbefriedigung übrig geblieben ist.

Noch schlechter ist die Stellung von sogenannten nachrangigen Insolvenzgläubigern (§ 39 InsO). Hierzu zählen unter anderem Gläubiger aus Gesellschafterdarlehen oder »Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen«. Genussscheine zählen viele Juristen zu solchen nachrangigen Insolvenzgläubigerforderungen.

Die Prokon hat überwiegend die Errichtung ihrer Windparks nicht aus Bankdarlehen finanziert, sondern aus Genussscheinbeteiligungen ihrer Anleger. Im Klartext: Die Anleger der Prokon waren die »Hausbank« der Prokon. Eine Genussscheinbeteiligung räumt dem Anleger – im Gegensatz zu Aktienbeteiligungen – jedoch keinerlei Mitgliedschaftsrechte ein.

Beteiligung auf dem grau-grünen Markt

Die Prokon-Genussscheine wurden auf dem grau-grünen Markt gehandelt. Grau deshalb, weil die Beteiligung über Genussscheine weitestgehend der Finanzaufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) entzogen ist. Weil die staatliche Finanzaufsicht nicht greift, gibt es auch keine gesetzlichen Sicherungssysteme für den Forderungsausfall. Der Prokon-Anleger hat von vorne herein das Risiko des Totalausfalls getragen.

Als Gläubiger von Genussrechten stehen die gemeinen Prokon-Anleger ganz hinten in der Schlange der Gläubiger. Sie müssen sich mit dem begnügen, was vorrangige Gläubiger (etwa Banken) und »normale Insolvenzgläubiger« (Lieferanten, Werkunternehmen, etc.) übrig gelassen haben.

Was tun? Kündigung und Zahlungsverlangen?

Sollen die Anleger nun ihre Genussberechtigung kündigen und Zahlung verlangen? Dies wird den Anlegern kaum weiterhelfen. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens dürfen auf Seiten der Prokon ohnehin keine Auszahlungen an die Anleger erfolgen. Nach Insolvenzeröffnung müssten die Anleger, welche gleichwohl ihr Geld noch zurückerhalten haben sollten, mit einer Anfechtungsklage durch den Insolvenzverwalter rechnen. Dessen Aufgabe ist es, im Interesse aller Gläubiger die Insolvenzmasse zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zusammenzuhalten.
Gleichwohl gibt es Möglichkeiten, sich vom Ende der Schlange der Gläubiger »ein wenig nach vorne zu drängeln«.

Handelt es sich nämlich bei den Forderungen der Anleger nicht um reine Zahlungsforderungen aus der Genussrechtsbeteiligung, sondern etwa um Ansprüche aus Schadensersatzforderungen, würden die Anleger nicht mehr als nachrangige Insolvenzgläubiger behandelt.

Da die Prokon nicht nur Genussscheine ausgegeben hat, sondern auch Fonds-Beteiligungen angeboten hat und die Emmissionsbedingungen der Genussrechtsbeteiligung sich je nach Emmissionswelle stark unterscheiden, ist jeder Einzelfall gesondert zu prüfen.
Der Insolvenzverwalter Penzlin aus Hamburg ist zwar derzeit um eine Sanierung des Kerngeschäftes der Prokon Gesellschaft bemüht und hält einen Ausgleich für die Anlage in Höhe von 30 bis 60 % für realistisch. Ein Scheitern des Sanierungskonzeptes kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dann wird das Insolvenzverfahren fortgesetzt. Der geschädigte Anleger sollte sich daher um den Ausbau und Erhalt seiner Rechte bemühen.

Geschädigte Anleger sind gut beraten, einen Anwalt des Vertrauens zu konsultieren und die Sach- und Rechtslage eingehend prüfen zu lassen. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Luxemburg stärkt Rechte der Lebensversicherungskunden – Karlsruhe bremst

Das Rücktrittsrecht eines Lebensversicherungskunden bei Altverträgen erlischt nicht nach einem Jahr. Der Europäische Gerichtshof verlangt von dem Versicherer, dass er seine Kunden rechtzeitig über ihre Rechte informiert. Rechte, welche der Verbraucher nicht kennt, kann er auch nicht verlieren.

Versicherte können ihren Lebensversicherungsvertrag auch noch Jahre nach dem Abschluss auflösen, wenn sie fehlerhaft oder gar nicht über ihre Rechte aufgeklärt wurden. So entschieden die Luxemburger Richter des Europäischen Gerichtshofes mit Urteil vom 19.12.2013 (- C – 209/12 -). Eine einjährige Frist zur Auflösung des Vertrages, wie es das deutsche Recht bis 2008 vorsah, entspricht nicht den Vorgaben des Europäischen Rechtes. Die nationalen Oberlandesgerichte hatten sich am Wortlaut der deutschen Rechtsvorschriften geklammert und regelmäßig Klagen von Lebensversicherten zurückgewiesen.

Betroffen sind Altfälle, welche nach dem sog. Policenmodell abgeschlossen wurden. Bei dem Policenmodell wurden dem Kunden erst nach Unterschrift unter den Vertrag die Versicherungsbedingungen und die Verbraucherinformationen zusammen mit der Police übersandt. Bis zur Übersendung dieser Unterlagen war der Vertrag schwebend unwirksam. Der Vertrag kam erst dann zu Stande, wenn der Versicherer nicht binnen 14 Tagen, ab Ende 2004 binnen 30 Tagen nach Erhalt der Unterlagen, dem Vertragsabschluss widersprach. Dieses Widerspruchsrecht sollte jedoch – so das alte deutsche Recht – spätestens nach einem Jahr entfallen – und zwar unabhängig davon, ob der Versicherte über sein Widerspruchsrecht aufgeklärt worden war oder nicht.

Die Luxemburger Richter meinen jedoch, dass diese alte deutsche Regelung in diesem Punkt gegen EU-Recht verstößt. Es könne nicht sein, dass der Kunde sein Rücktrittsrecht spätestens ein Jahr nach Zahlung der ersten Versicherungsprämie verlöre, selbst wenn er über dieses Recht gar nicht aufgeklärt worden sei. Argument der Richter: Kennt der Verbraucher sein Recht nicht, so kann er es auch nicht verlieren. Ein Recht, welches man nicht kennt, kann man weder ausüben noch verlieren.

Nachdem Luxemburg diese Frage geklärt hat, war wieder Karlsruhe am Zuge. Die Richter des Bundesgerichtshofs hatten nunmehr zu entscheiden, wie Altfälle nach dem Policenmodel rückabzuwickeln sind und ob ggf. nicht zumindest teilweise Rückzahlungsansprüche bereits verjährt sind.

Der Clou an den Rückzahlungsansprüchen ist, dass es hier im Gegensatz zu einer normalen Kündigung des Lebensversicherungsvertrages nicht allein auf den sog. Rückkaufswert ankommt. Beim Rückkaufswert erhält der Kunde allenfalls die gezahlten Sparanteile abzgl. der Abschluss- und Verwaltungskosten zurück. Wird der Vertrag jedoch wegen eines Widerspruches rückabgewickelt, geht es grundsätzlich um die Rückzahlung der Prämien insgesamt, also sowohl Spar- als auch Risikoanteil.

Die Karlsruher Richter beim Bundesgerichtshof dämpften mit ihrer Entscheidung vom 07.05.2014 (- IV ZR 76/11 -) die Erwartungen von Lebensversicherungskunden. Zwar stellt nunmehr auch der Bundesgerichtshof klar, dass die Jahresfrist nach § 5 a VVG a. F. nicht gilt, da sie – wie der EuGH zutreffend festgestellt hat – europarechtswidrig ist. Deshalb könne bei Lebens- und Rentenversicherungen sowie Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung grundsätzlich ein Widerspruchsrecht fortbestehen, wenn der Versicherungsnehmer nicht ordnungsgemäß über sein Recht zum Widerspruch belehrt worden sei. Allerdings hat der BGH nicht klargestellt, wann Kunden »nicht ausreichend belehrt« worden sind. Diese Frage bedarf weiterhin noch der Klärung in der Rechtsprechung.

Des Weiteren nährt der Bundesgerichtshof Zweifel daran, ob der Kunde sämtliche gezahlten Prämien vollständig zurückerhält. Nach Meinung der Bundesrichter müsse bei dem Bereicherungsanspruch des Kunden berücksichtigt werden, dass ein »vernünftiger Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den Beteiligten herzustellen« sei. Zu berücksichtigen sei insbesondere, dass der Lebensversicherungskunde während der Prämienzahlung Versicherungsschutz (Sterbensrisiko) genossen habe. In diesem erlangten Versicherungsschutz sei ein Vermögensvorteil zu sehen, dessen Wert bei dem Bereicherungsanspruch des Kunden zu berücksichtigen sei. Wie dieser Vermögensvorteil des Versicherungsschutzes im Einzelnen zu bewerten ist, hat der BGH offen gelassen und der Entscheidung der Instanzgerichte überlassen.

Eine weitere Frage hat der Bundesgerichtshof ebenfalls nicht entschieden – die Frage nach der Verjährung. Die Versicherungswirtschaft hat schon deutlich gemacht, dass sie etwaigen Rückforderungsansprüchen den Einwand der Verjährung entgegenhalten wird. In dem konkreten Fall, welchen der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, hatte sich der Versicherer nicht auf die Einrede der Verjährung berufen. Deshalb konnte und musste der Bundesgerichtshof die Frage nach der Verjährung nicht abschließend klären.

Versicherungskunden, die einen Lebensversicherungsvertrag vor dem Jahre 2008 abgeschlossen haben, tun gut daran, sich zu überlegen, ob ein nachträglicher Widerruf des Versicherungsvertrages wirtschaftlich für sie sinnvoll ist. Die Rechtslage ist zwar noch nicht in Gänze geklärt. Je länger der Kunde mit seiner Entscheidung zuwartet, desto höher jedoch das Risiko, dass etwaige Ansprüche der Verjährung unterliegen.

Für Lebensversicherungskunden lohnt es sich allemal, überprüfen zu lassen, ob sie sich nicht frühzeitig von alten Lebensversicherungen mit Gewinn trennen können. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Vorfälligkeitsentschädigung zu hoch?

Bei der Berechnung der sog. Vorfälligkeitsentschädigung werden Bankkunden häufig übervorteilt.

Wer ein Immobiliendarlehen vorzeitig kündigt, muss eine sog. Vorfälligkeitsentschädigung zahlen. Die Bank lässt sich mit der Vorfälligkeitsentschädigung den durch die vorzeitige Kündigung entstandenen Zinsschaden vergüten. Das Gesetz spricht von einem »unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung zusammenhängenden Schaden« (§ 502 BGB).

Für Juristen ist es überraschend, dass hier überhaupt von einem »Schaden« die Rede ist. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist in der Regel, dass eine Vertragspartei ihre vertraglichen Pflichten verletzt hat. Der Bankkunde, welcher von einem Kündigungsrecht (sei es ordentlich oder außerordentlich) Gebrauch macht, verhält sich jedoch nicht vertragswidrig, sondern macht von seinen vertraglichen Kündigungsrechten Gebrauch. Der Ersatzanspruch der Banken wird dann auch damit begründet, dass die Bank aufgrund der langen Laufzeit des Kredites auf den erwarteten Zinsgewinn vertrauen durfte.

Die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung ist für den Bankkunden schwer bis gar nicht nachvollziehbar. Ein dezidiertes Berechnungsprogramm für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung sieht das Gesetz nicht vor. Grundsätzlich sind zwei Berechnungsmethoden, der sog. Aktiv-Aktiv-Vergleich und der sog. Aktiv-Passiv-Vergleich, zulässig. Der Bundesgerichtshof räumt den Kreditinstituten insoweit ein Wahlrecht ein.

Bei dem sog. Aktiv-Aktiv-Vergleich wird die Vorfälligkeitsentschädigung unter Annahme eines Margenschadens (entgangener Gewinn) und Zinsverschlechterungsschaden beziffert. Dabei wird unterstellt, dass die Bank das vorzeitig zurückfließende Darlehenskapital wieder in Form eines Darlehens auskehrt.

Bei dem sog. Aktiv-Passiv-Vergleich werden hypothetische Zahlungsströme in Ansatz gebracht. Die Bank stellt sich hierbei auf den Standpunkt, dass sie das vorzeitig zurückfließende Kapital in gesicherte Kapitalmarktpapiere laufzeitkongruent angelegt hätte. Bei dieser Berechnungsmethode entsteht ein Vorfälligkeitsanspruch auch bei gleichbleibenden oder gestiegenen Zinsen. Ausgangspunkt der Berechnung ist also der Ansatz von Wiederanlagesätzen. Welche Wiederanlagezinssätze hier in Ansatz zu bringen sind, ist im Einzelfall außerordentlich schwierig zu beurteilen. Geklärt ist mittlerweile nur, dass der sog. PEX-Index von den Kreditinstituten nicht in Ansatz gebracht werden darf (BGH NJW 2005, 751). Von dem so ermittelten Zinsschaden sind ersparte Verwaltungskosten abzuziehen sowie eine Risiko-Kostenersparnis. Auch bei diesen beiden Positionen ergeben sich Fehlerquellen zu Lasten des Bankkunden. Darüber hinaus sind vertraglich vereinbarte Sondertilgungen bzw. Tilgungserhöhungen zu berücksichtigen. Die Bank muss den Kunden hypothetisch so stellen, als hätte er bis zum Ende der Laufzeit die Sondertilgung tatsächlich in Anspruch genommen (LG Stuttgart Urt. v. 20.12.2012 – 11 O 161/12 -).

Für Bankkunden, welche vorzeitig ihr Immobiliendarlehen gekündigt haben, lohnt es sich daher vielfach, die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung überprüfen zu lassen. Bei der Vermittlung von mathematischen Überprüfungen sind wir Ihnen gerne behilflich. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Bauzinsen im Keller – Kunde gefangen?

Bauzinsen befinden sich derzeit auf einem historischen Tiefstand. Manch ein »angehender« Häuslebauer würde sich gerne aus einem vor Jahren abgeschlossenen Immobilienkredit lösen, um in den Genuss der niedrigeren Zinssätze zu gelangen. Das Problem dabei ist nur, dass die Bank den Kunden nur gegen Zahlung einer sog. Vorfälligkeitsentschädigung aus den alten Verträgen entlässt. Mit der Vorfälligkeitsentschädigung lässt sich die Bank den entgangenen Zinsschaden vergüten. Angesichts der häufig sehr hohen Vorfälligkeitsentschädigung, ist auch angesichts der niedrigen Zinssätze der Neuabschluss eines Immobiliendarlehens unwirtschaftlich.

Widerrufs-Joker?

Glücklich der Bankkunde, welcher dem »alten« Immobilienkredit nachträglich die vertragliche Grundlage entziehen kann. Wie das?

Ist der Bankkunde ein Verbraucher, steht ihm grundsätzlich ein 14-tätiges Widerrufsrecht zu. Bei dem Widerrufsrecht handelt es sich um ein Instrument des Verbraucherschutzes, welches der Gesetzgeber dem Verbraucher bei besonders gefährlichen Geschäften (z. B. Immobilienkredit) oder in besonders gefährlichen Vertragsanbahnungssituationen (Haustürgeschäft, Geschäftsabschluss über Telefon etc.) einräumt. Innerhalb einer Überlegungsfrist von 14 Tagen hat es der Verbraucher dann in der Hand, dem an sich durch Unterschrift besiegelten Vertrag doch noch nachträglich die Grundlage zu entziehen.

Voraussetzung dafür, dass die 14-tägige Widerrufsfrist zu laufen beginnt, ist aber, dass der Verbraucher hinreichend klar und verständlich über Umfang, Beginn und Ende seines Widerrufsrechtes belehrt wird. Dies hört sich einfach an, ist es aber nicht.

Als der Gesetzgeber merkte, dass viele Unternehmen, auch Banken und Versicherungen, nicht in der Lage waren, rechtssichere Widerrufsbelehrungen abzusetzen, haben sie einen amtlichen Mustertext kraft Gesetzes vorgegeben. Auch dieser hielt freilich der richterlichen Kontrolle nicht stand, so dass der Gesetzgeber selbst seinen eigenen Mustertext mehrfach überarbeiten musste. Aus diesem Grund gibt es eine schier unübersehbare Variationsbreite an in der Praxis vorkommenden Ausgestaltung der Widerrufsbelehrung, welchen man es nicht unbedingt auf den ersten Blick ansieht, ob sie einer rechtlichen Überprüfung stand halten oder nicht.

Wenn die Widerrufsbelehrung sich als unwirksam erweist, steht dem Verbraucher als Bankkunden – nach derzeitigem Gesetzesstand – ein ewiges Widerrufsrecht zu, d. h. er kann auch noch Jahre nach Abschluss des Immobiliendarlehens diesen widerrufen. Damit ist dann auch einer Vorfälligkeitsentschädigung die vertragliche Grundlage entzogen. Mit diesem – im Volksmund sog. Widerrufs-Joker – hat es der Bankkunde dann in der Hand ohne Vorfälligkeitsentschädigung aus dem alten Immobiliendarlehen entlassen zu werden.

Für Häuslebauer lohnt es sich daher, die abgeschlossenen Immobiliendarlehen daraufhin überprüfen zu lassen, ob sie rechtswirksam über das ihm zustehende Widerrufsrecht belehrt worden sind oder nicht. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Schiffsfondsbeteiligung: Müssen Ausschüttungen bei einer Schieflage der Gesellschaft zurückgezahlt werden?

Anleger von Schiffsfondsbeteiligungen führen derzeit kein leichtes Leben. Die meisten Schiffsfonds sind in eine finanzielle Schieflage geraten, wenn nicht gar insolvent. Teilweise fordern die Gesellschaften von den Anlegern gewährte Ausschüttungen zurück. Ob es hierfür eine belastbare Rechtsgrundlage gibt – mit dieser Frage hatte sich der Bundesgerichtshof in zwei jüngeren Entscheidungen vom 12.03.2013 (II ZR 73/11 und II ZR 74/11) zu befassen.

Der Anleger hatte sich mit 400.000,00 DM als Kommanditist bei einem in der Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG verfassten Schiffsfonds beteiligt. Der Gesellschaftsvertrag sah vor, dass unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn Ausschüttungen an die Anleger erfolgen, soweit die Liquiditätslage des Fonds dies zuließe. Diese gewinnunabhängigen Ausschüttungen wurden in den Jahresabschlüssen auf der Passivseite der Bilanz beim Eigenkapital ausgewiesen. Im Zuge der Wirtschaftskrise im Jahre 2008 geriet der Fonds in eine finanzielle Schieflage. 2009 beschloss dann die Gesellschafterversammlung ein Restrukturierungskonzept. Nach diesem Konzept wurde die Geschäftsführung angewiesen, die erfolgten Ausschüttungen in Höhe von rund 2,5 Mio. Euro von den Anlegern zurückzufordern.

Von dem betroffenen Anleger forderte die Gesellschaft rund 60.000,00 Euro an Gewinnausschüttungen zurück. In den ersten beiden Instanzen hatte sie damit Erfolg. Das OLG Hamm als Berufungsgericht (Urt. v. 09.03.2011 – I – 8 U 132/10 -) verurteilte den Anleger zur Rückzahlung. Bei Lichte betrachtet handele es sich bei den gewinnunabhängigen Ausschüttungen um ein Darlehen der Gesellschaft. Der Fonds habe die Auszahlungen auch auf das Darlehenskonto der Anleger gebucht. Für die Anleger sei eine Rückforderung der erfolgten Zahlungen auch nicht überraschend. Die Regelungen im Gesellschaftsvertrag seien eindeutig und auch für einen Verbraucher verständlich. Klar und eindeutig spreche die gesellschaftsrechtliche Regelung davon, dass die Ausschüttung »gewinnunabhängig« erfolge. Es werde auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Auszahlungen auf ein »Darlehenskonto« gebucht werden und nur für Kommanditisten, welche auf die Entnahmen verzichteten, eine Bildung der Darlehensverbindlichkeit entfalle. Die Anleger hätten deshalb nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Gewinnausschüttungen nicht zurückgefordert werden.

Die Karlsruher Richter beim Bundesgerichtshof sahen dies anders und hoben die Entscheidung des OLG Hamm auf. Nur weil die Ausschüttungen unabhängig von dem erwirtschafteten Gewinn erfolgt seien, entstehe noch kein Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft. Grundsätzlich hafte der Anleger als Kommanditist nur mit seiner Einlage. Hierauf müsse der Anleger auch vertrauen dürfen. Selbst wenn man in den Ausschüttungen eine Rückzahlung der Kommanditanlage sehen wollte, hätte dies lediglich im Außenverhältnis zu den Gläubigern des Fonds Bedeutung (§ 172 Abs. 4 HGB), nicht jedoch im Innenverhältnis zu der Gesellschaft. Wenn im Innenverhältnis zu der Gesellschaft in Bezug auf die gewinnunabhängigen Ausschüttungen eine Rückzahlung erfolgen solle, müsse dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt werden. Dafür reiche es nicht aus, dass der Gesellschaftsvertrag die Buchung einer gewinnunabhängigen Ausschüttung als Darlehen vorsieht. Eine derartige Klausel sei nicht klar und verständlich genug, um einen Rückzahlungsanspruch des Fonds zu begründen.

Im Ergebnis können Fonds von ihren Anlegern gewinnunabhängige Ausschüttungen also nur dann zurückfordern, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Der Bundesgerichtshof hat in seinen Urteilen vom 12.03.2013 freilich keineswegs eine grundsätzliche Absage an einen Rückzahlungsanspruch der Fondsgesellschaften ausgesprochen. Vielmehr ist in jedem Einzelfall aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Abreden zu prüfen, ob und inwieweit sich ein Anleger gegen Rückforderungsansprüche erfolgreich zur Wehr setzen kann. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Zinswetten nur auf gleicher Augenhöhe

Die Deutsche Bank muss mehr als eine halbe Millionen Euro Schadensersatz an einen Hessischen Sanitärhersteller zahlen. So urteilte der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung vom 22.03.2011 (- XI ZR 33/10 -) anlässlich eines gescheiterten Tauschgeschäfts über die künftige Entwicklung am Zinsmarkt (»CMS Spread Ladder Swap«).

Derartige Zinswetten gelten in der Bankenwelt als innovative Finanzprodukte. Banker nennen diese Zinswetten gerne Swap-Geschäfte. Ein Zins-Swap ist ein Zinsderivat. Die Vertragspartner vereinbaren, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten, Zinszahlungen auf festgelegte Nennbeträge auszutauschen. Viele Banken haben derartige Swap-Geschäfte mit Mittelständlern, aber auch Gemeinden und deren Tochterunternehmen abgeschlossen. Die hochkomplex strukturierten und riskanten Produkte wurden von den Bankkunden selten durchschaut.

Der Bankensenat kritisierte, die Bank habe gegenüber ihren Kunden das tendenziell ruinöse Verlustrisiko verharmlost. Dieses sei nach oben hin unbegrenzt. Die Bank sei Wettgegnerin des Bankkunden. Der Gewinn des Bankkunden sei der spiegelbildliche Verlust der Bank und umgekehrt. Die Bank befinde sich bei der Zinswette daher in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt. Sie sei selbst an eigenen Gewinnen interessiert. Deshalb schulde sie bei Zins-Swap-Geschäften dem Kunden besondere Aufklärungs- und Hinweispflichten. Nicht nur müsse sie den Kunden nach seiner Risikobereitschaft und nach seinen Kenntnissen über die komplexen Finanzprodukte befragen. Sie müsse den Kunden sogar soweit beraten, dass dieser auf gleicher Augenhöhe mit ihr wetten könne, also im Hinblick auf das Risiko der Zins-Swaps den gleichen Kenntnis- und Wissensstand wie die Bank selbst habe.

Diese Aufklärungspflicht habe die Deutsche Bank gegenüber dem Mittelständler verletzt und hafte daher auf Schadensersatz. Der Sanitärhersteller hatte über 500.000,00 Euro bei der Zinswette verloren. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Berufsunfähig! – Darf ich jetzt noch arbeiten?

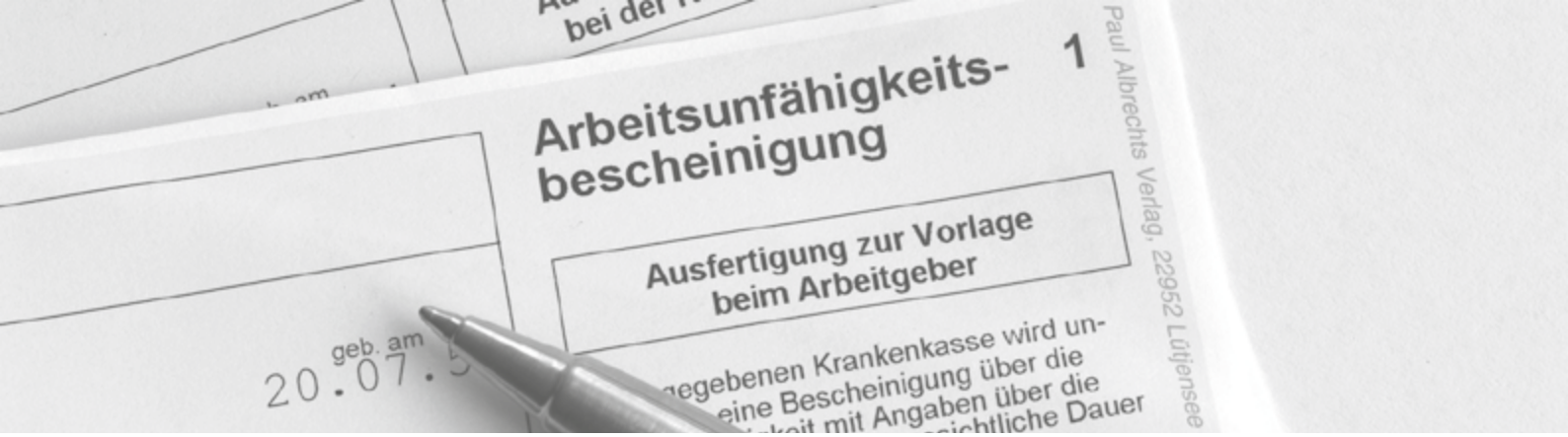
Gerade Selbständige, welchen von ihren privaten Berufsunfähigkeitsversicherern eine Rente beziehen, stellen sich die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang sie noch arbeiten dürfen. Die Antwort auf diese Frage findet sich – wie so häufig – im Kleingedruckten. Es kommt darauf an, was der Versicherte mit seinem Berufsunfähigkeitsversicherer vereinbart hat. Ausschlaggebend ist insbesondere, ob eine sog. abstrakte oder eine konkrete Verweisungsklausel vereinbart worden ist – oder günstigstenfalls der Versicherer sowohl auf die konkrete als auf die abstrakte Verweisung verzichtet hat. Was hat es damit auf sich?

Definition der Berufsunfähigkeit

Eine Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte voraussichtlich dauerhaft nicht in der Lage ist, aufgrund von Krankheit, Verletzung oder Kräfteverfall seinen bisherigen Beruf auszuüben. Maßstab ist allein die bislang in gesunden Tagen ausgeübte Tätigkeit. Kann diese gesundheitsbedingt – i.d.R. ist vereinbart: zu 50 % - nicht mehr ausgeübt werden, liegt der Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit vor. Weitere Voraussetzung ist lediglich eine ärztliche Prognose, dass der Gesundheitszustand sich in den nächsten drei Jahren nicht verbessern wird.

Definition der Berufsunfähigkeit mit einer abstrakten Verweisungsklausel:

Der Versicherer darf seine Leistung jedoch von weiteren Bedingungen abhängig machen. So findet sich häufig als weitere Voraussetzung für den Eintritt der Berufsunfähigkeit, »dass die versicherte Person auch **keine andere angemessene Tätigkeit** ausüben kann, welche sie aufgrund ihrer Fähigkeiten und Erfahrungen übernehmen kann und welche ihrer bisherigen Lebensstellung entspricht.«



Im Versicherungsfall kann die Versicherung den Versicherten bei einer derartigen Formulierung auf einen anderen »angemessenen Beruf« verweisen. Voraussetzung ist nur, dass diese Tätigkeit seinen Fähigkeiten (Ausbildung) entspricht und nicht wesentlich schlechter bezahlt wird (20 bis 30 % Einkommensverlust sollen zumutbar sein). Ob der Versicherte einen solchen Arbeitsplatz tatsächlich bekommt oder nicht, ist unerheblich. Versichert ist die Berufsunfähigkeit, nicht das Arbeitsmarktrisiko.

Definition der Berufsunfähigkeit mit einer konkreten Verweisungsklausel:

Lautet die Zusatzbedingung wie oben – nur mit der Einschränkung,
»dass die versicherte Person auch **aktuell keine andere Tätigkeit ausübt**, welche sie aufgrund ihrer Fähigkeiten und Erfahrungen übernehmen kann und welche ihrer bisherigen Lebensstellung entspricht.«
so handelt es sich um eine sog. konkrete Verweisungsklausel.

Bei einer konkreten Verweisungsklausel leistet die Versicherung nur dann nicht, wenn man aktuell bereits einen anderen Beruf als in gesunden Tagen ausübt und dieser den bisherigen Fähigkeiten und Erfahrungen entspricht.
Der Berufswechsel im Krankheitsfall findet häufiger statt als man vielleicht denkt. So können Sozialversicherungsträger im Rahmen eines Wiedereingliederungsversuchs eine Umschulung andienen. Glückt die Umschulung und ist der Umschulungsberuf angemessen, liegt keine versicherte Berufsunfähigkeit vor.

Umorganisation bei Selbständigen

Selbst wenn alle Voraussetzungen für eine Berufsunfähigkeit vorliegen und eine Verweisung sich als unmöglich erweist, gibt es Fälle, in denen der Versicherer nicht leisten muss. So ist es Selbständigen zumutbar, ihren Betrieb so umzuorganisieren, dass sie weiterhin ihren Beruf ausüben können.
Beispiel:
Der Dachdeckermeister kann krankheitsbedingt nicht mehr selbst auf das Dach. Er kann dies aber durch die Anstellung weiterer Gesellen auffangen. Er selbst beschränkt sich auf Akquise, Buchhaltung und Bürotätigkeiten.

Auch bei der Umorganisation des Betriebs sind allenfalls Vermögenseinbußen im Bereich von 20 bis 30 % zumutbar.

Verzicht auf konkrete und abstrakte Verweisung

Verzichtet der Versicherer auf eine abstrakte und konkrete Verweisung, muss er so lange zahlen, wie die versicherte Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann. Der Versicherer prüft in diesem Fall nicht, ob ein anderer angemessener Beruf ausgeübt wird oder werden kann. So erhält z. B. ein Arzt, welcher seinen Beruf nicht mehr ausüben kann, auch dann die vereinbarte monatliche Rente, wenn er sich als Innenausstatter betätigt.

Bei dem Neuabschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung empfiehlt es sich daher, darauf zu achten, ob der Versicherer auf die abstrakte Verweisung verzichtet. Dies ist bei einer Vielzahl der Versicherer der Fall.

Schwieriger ist es schon, einen Versicherer zu finden, welcher auch auf die konkrete Verweisung verzichtet. Noch schwieriger ist es, einen Versicherer zu finden, der auf die Obliegenheit zur Umorganisation verzichtet. Einige Versicherer bieten jedoch auch solche Berufsunfähigkeitsversicherungen an. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Firmenpleite mit 55 und Schulden bei der privaten Krankenversicherung! – Was nun?

Seit dem 1.1.2009 besteht auch in der privaten Krankenversicherung eine Versicherungspflicht. Für Selbständige, welche – was nicht selten ist – mit 55 oder älter eine Firmenpleite hingelegt haben, wirkt sich diese Versicherungspflicht katastrophal aus.

Häufig haben Insolvenzverwalter und Berater in der wirtschaftlichen Schieflage sich nicht um das Problem der privaten Krankenversicherung gekümmert. Nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und der sog. Wohlverhaltensphase glaubt sich der ehemalige Unternehmer nunmehr schuldenfrei. Dabei hat er meist übersehen, dass der Gesetzgeber die Versicherungspflicht sanktioniert hat. Hat sich der Privatversicherte nicht rechtzeitig um eine private Krankenversicherung zum gesetzlichen Stichtag des 01.01.2009 bemüht, muss er rückwirkend ein Reugeld zahlen. Es geht dabei um Beträge in einer Größenordnung von 10.000,00 bis 15.000,00 Euro, welche der Versicherte in der Regel nicht stemmen kann. Eine Rückkehr in die gesetzliche Krankenversicherung ist ihm mit einem Lebensalter von über 55 Jahren gesetzlich verwehrt. Die Versicherten werden dann in den sogenannten Basistarif überführt mit einem monatlichen Beitragsvolumen um die 590,00 Euro überzogen, welches sie ebenfalls nicht stemmen können.

Konsequenz ist wiederum, dass sie in den sogenannten Notlagentarif umtarifiert werden und nur Leistungen in der Akutversorgung erhalten. Selbst wenn sie hierauf Anspruch hätten, zahlt der Versicherer jedoch häufig nicht, da er mit Beitragsrückständen aufrechnet.

Der Gesetzgeber hat die Problematik erkannt und sucht ihr mit dem charmant umschriebenen »Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung« entgegenzutreten.

Was bedeutet dieses Gesetz für den Versicherten?

I. Notlagentarif

Privatversicherte, welche Beiträge nicht oder nicht vollständig entrichten können, werden, ohne dass die Verträge ruhend gestellt werden, in den Notlagentarif überführt. Sie erhalten dann nur Leistungen der Akutversorgung gegen Zahlung einer Prämie, welche sich im Rahmen von 100,00 bis 125,00 Euro pro Monat bewegen soll. Damit will der Gesetzgeber vermeiden, dass weiterhin hohe Beitragsschulden Monat für Monat angehäuft werden.

II. Begrenzung der Beitragsschulden

Künftig sollen die Beitragsschulden auf höchstens 15 Monatsbeiträge begrenzt werden. Damit will der Gesetzgeber es dem Versicherer und dem Versicherungsunternehmer erleichtern, eine Stundungsvereinbarung, bzw. eine Ratenzahlungsvereinbarung zu treffen.

IV. PKV

Der Gesetzgeber bezweckt damit, diejenigen Personen in eine private Krankenversicherung zu überführen, welche einen Vertragsabschluss bislang vermieden haben, um die rückwirkenden Reugelder zu vermeiden.

Diese Personengruppe sollte schnellstens reagieren.
Häufig sind Vermittler aufgrund eines empfohlenen Versichererwechsels an der Notlage beteiligt. Hier gilt es zu prüfen, ob der Vermittler in die Haftung genommen werden kann. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Arglistanfechtung wegen verschwiegener Vorerkrankung in der Berufsunfähigkeitsversicherung

Die Berufsunfähigkeitsversicherung ist für den Versicherungsnehmer von existentieller Bedeutung. Sie sichert das Risiko des dauerhaften Ausfalls der Arbeitskraft ab. An Stelle des beruflichen Einkommens soll die vereinbarte Rente den Lebensunterhalt absichern.

Umso schlimmer ist es für den Versicherungsnehmer, wenn der Versicherer im Versicherungsfall statt seine Eintrittspflicht zu prüfen, die Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung erklärt. In diesem Fall wird dem Vertrag rückwirkend die Vertragsgrundlage entzogen. Der Versicherer muss keine Rente zahlen, darf aber die vereinnahmten Prämien behalten.

Um prüfen zu können, ob der Versicherungsnehmer tatsächlich berufsunfähig ist, ist der Versicherer darauf angewiesen, bei Ärzten, Krankenkassen, Krankenhäusern usw. umfangreiche Auskünfte einzuholen. Die eingeholten Auskünfte nutzt der Versicherer – nach der Rechtsprechung zu Recht – allerdings nicht nur zur Prüfung des Leistungsfalls, sondern er prüft auch, ob der Versicherungsnehmer bei Vertragsabschluss nicht etwaige Vorerkrankungen verschwiegen hat. Das Wissen um die Vorerkrankungen ist für den Versicherer wichtig, um einschätzen zu können, ob er das gesundheitliche Berufsrisiko des Antragstellers überhaupt oder wenn ja, zu welchen Konditionen (Risikoausschlüsse, Prämienhöhe etc.) abschließen will oder nicht. Verschweigt der spätere Versicherungsnehmer bei Antragstellung Vorerkrankungen, manipuliert er die Entscheidung des Versicherers hinsichtlich des Vertragsabschlusses. Dieses – in der Rechtsterminologie sog. – »arglistige Verschweigen von Vorerkrankungen« berechtigt dann den Versicherer im Leistungsfalle zur Anfechtung des Vertrages.

Viele Versicherungsnehmer tappen – ohne Arg – in diese »Arglistfalle«, können dies jedoch später in einem Prozess nicht beweisen und gehen daher leer aus.

Rechtspolitisch wurde von Seiten einiger Verbraucherverbände deshalb die Forderung erhoben, der Versicherer solle doch nicht erst im Versicherungsfalle, sondern bereits bei Vertragsabschluss die gesundheitlichen Risiken des Versicherungsinteressenten eingehend prüfen. Von Seiten der Versicherungswirtschaft heißt es hierzu, dass eine derart umfassende Prüfung zu personal- und kostenintensiv sei und sich daher negativ auf die Prämienhöhe für die Berufsunfähigkeitsversicherung auswirke. Es ist nicht damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber hier in all zu naher Zukunft tätig wird.

→

Typische Fallkonstellationen in solchen »Arglistverfahren« sind folgende Konstellationen:

Der beschwichtigende Versicherungsvermittler

Die Provisionen des Vermittlers für den Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung sind hoch. Der Vermittler hat also ein hohes Interesse an einem Vertragsabschluss. Häufig führt dies dazu, dass die Gesundheitsfragen des Versicherers vom Vermittler nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit und Klarheit hervorgehoben werden. Häufig berichten Versicherte davon, der Vermittler habe gesagt, eine vom Versicherungsinteressenten angesprochene Erkrankung sei für den Versicherer ohne Interesse und müsse daher nicht angegeben werden. Im Versicherungsprozess wird sich dies, sofern keine Dritten als Zeugen vorhanden sind, schwerlich nachweisen lassen.

Der diagnosewütige Arzt

Gesetzlich Versicherte erfahren oftmals nicht, da sie keine Arztrechnung erhalten, welche Diagnosen der behandelnde Arzt in sein Krankenblatt aufnimmt. Bauscht der Arzt Bagatellerkrankungen seines Patienten in der Krankenakte auf – aus welchen Gründen auch immer –, etwa indem er einen Schnupfen als Bronchitis in der Krankenakte aufnimmt, kann sich dies für den Versicherungsnehmer im Versicherungsfall nachteilig auswirken.

Gerade bei seelischen Leiden, schon aber bei alltäglichen Lebensbelastungen, ist eine Tendenz der Ärzte zu verzeichnen, eine »depressive Episode« in den Krankenakten zu diagnostizieren, ohne dies dem Patienten mitzuteilen. Gerade aber das Verschweigen von psychischen Vorerkrankungen nimmt der Versicherer gerne zum Anlass für eine Arglistanfechtung.

Doc-Holiday

Lässt sich der Patient »krank schreiben«, etwa weil er sich um seine kranken Kinder kümmern will oder einem »Mobbing« am Arbeitsplatz entgehen will, machen sich Versicherungsinteressenten dies bei Vertragsabschluss häufig nicht bewusst. Die Krankschreibungszeiten hat der Interessent nicht vor Augen und »verschweigt« – aus Versicherersicht - diese arglistig.

Wie kann der Versicherungsnehmer sich gegen den Arglistvorwurf verteidigen?

Der Versicherer muss dem Versicherungsnehmer nachweisen, dass er ihn bei Vertragsabschluss arglistig täuschen wollte. Motive und Absichten lassen sich jedoch schwerlich nachweisen. Die Gerichte werten daher die Art, Schwere und Zweckrichtung der Falschangaben als Indiz für eine Arglist des Versicherungsinteressenten. Freilich betonen sie dabei, dass es keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts gibt, dass eine bewusst unrichtige Beantwortung einer Antragsfrage immer nur in der Absicht erfolgt, auf den Willen des Versicherers einzuwirken.

Der Versicherungsnehmer muss dem Gericht dann plausibel darlegen, weshalb es zu der Falschangabe gekommen ist, um den Vorwurf des Versicherers zu entkräften.

Das Argument des Vergessens

Häufig hört man von Versicherten, sie hätten die Erkrankungen schlichtweg in dem Augenblick vergessen oder für harm- und belanglos gehalten. Mit diesem Einwand werden sie bei Gericht kaum Gehör finden.

Der eifrige Versicherungsvertreter

Erfolgreich ist eine Verteidigungsstrategie, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Vermittler (Versicherungsvertreter, nicht Versicherungsmakler!) anstelle des Versicherungsinteressenten den Fragebogen des Versicherers ausgefüllt hat ohne dabei die Antworten desselben hinreichend zu berücksichtigen.

Wenn der Versicherer dem Versicherten mit dem Arglisteinwand kommt, sollte sich dieser schleunigst um fachkundigen Rat bemühen. Erfahrungsgemäß verfangen Versicherte sich gerne in den versicherungsrechtlichen Fallstricken und reden sich um Kopf und Kragen.

Die Verteidigungsstrategie gegen den Arglisteinwand sollte rechtlich und tatsächlich belastbar geprüft und vorbereitet werden, um schlussendlich in einem Versicherungsprozess doch noch obsiegen zu können. Aussichtslos sind diese Fälle nicht! Die verauslagten Prämien sollte der Versicherte nicht von vornherein abschreiben und sich um die vereinbarte Rente bemühen.

Psychische Erkrankungen, schwer objektivierbare Beschwerden und Berufsunfähigkeit

Psychische Erkrankungen sind die häufigste Ursache für Berufsunfähigkeit – mit steigender Tendenz. 1994 betrug der Anteil der psychischen Erkrankungen, die bundesweit zur Berufsunfähigkeit führten, lediglich 18,39 %. Im Jahre 2004 waren es bereits 31,12 %. Obgleich seelische ebenso wie körperliche Erkrankungen zur Berufsunfähigkeit führen können, fällt dem Versicherungsnehmer häufig der Nachweis der Berufsunfähigkeit bei Vorliegen eines psychischen Leidens schwerer als bei körperlichen Beschwerden. Oftmals handelt es sich um allmählich eintretende, schwer zu erfassende und für Unbeteiligte nicht leicht nachvollziehbare Entwicklungen und Beschwerden. Um den Berufsunfähigkeitsfall auszulösen, müssen psychische Leiden durch ärztliches Gutachten als Krankheit nachweisbar sein. Berufsunfähigkeit liegt ausweislich der Versicherungsbedingungen nur dann vor, wenn der zuletzt ausgeübte Beruf in Folge Krankheit, Körperverletzung oder Kräfteverfalls auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden kann. Gemütsschwankungen, psychische Erschöpfungszustände oder zeitweilige, depressive Schübe können, müssen sich aber nicht unbedingt als Krankheit im versicherungsrechtlichen Sinne darstellen. Angesichts der komplexen und schwer fassbaren Krankheitsbilder sind die Grenzen fließend und stellen Versicherungsnehmer und deren Anwälte vor erhebliche Darlegungs- und Beweisprobleme.

Auf Seiten der Versicherer wird dem Versicherungsnehmer häufig mit Argwohn begegnet. Liegt tatsächlich eine Erkrankung vor? Geht es vielleicht nur um einen Wunsch nach Zuwendung? Oder handelt es sich bei dem Leiden um eine unerkannt organische Erkrankung?

I. Schwer objektivierbare Erkrankungen

- **Somatoforme Störungen**

  Somatoforme Störungen sind – vereinfacht gesprochen – psychische Störungen, die sich körperlich auswirken, ohne dass sich die körperlichen Symptome organisch nachweisen ließen. Eine somatoforme Schmerzstörung zeichnet sich etwa durch andauernde schwere Schmerzen aus, welche durch einen physiologischen Prozess oder eine körperliche Störung nicht vollständig erklärt werden können. Die Schulmedizin steht dem Krankheitsbild skeptisch gegenüber.

- **Fibromyalgie (»Weichteilrheuma«)**

  Das Fibromyalgiesyndrom (FMS) ist ein nicht entzündliches Schmerzsyndrom mit chronischen Weichteilbeschwerden. Dabei tritt an bestimmten Kontrollpunkten kein Druckschmerz auf. Die Schmerzen sind häufig von funktionellen, vegetativen und psychischen Störungen begleitet und werden durch Kälte, Stress und körperliche Überlastung verstärkt.

- **Chronisches Erschöpfungssyndrom (Chronic Fatigue Syndrome, CFS)**

  Bei dem chronischen Erschöpfungssyndrom tritt über Monate bis Jahre hinweg eine andauernde, beträchtliche Leistungsminderung durch geistige und körperliche Erschöpfung mit Seh-, Denk- oder Konzentrationsstörungen, Hals-, Muskel-, Kopf- oder Gelenkschmerzen ein, die dem Erkrankten kaum Erholung gönnt. Die Erkrankung dauert meist mehrere Jahre und endet selten durch Spontanheilungen. Die Symptome sind ähnlich wie bei der Fibromyalgie.

  Die Weltgesundheitsorganisation ordnet das chronische Erschöpfungssyndrom als neurologische Erkrankung (G93.3 ICD-10 Code) ein. Damit handelt es sich also um eine Erkrankung des zentralen Nervensystems. Eine Vielzahl von Schulmeinungen stellen jedoch weiterhin in Frage, ob das chronische Erschöpfungssyndrom überhaupt eine organische Krankheit sei bzw. ein seelisches Leiden darstelle.

- **Burn-Out-Syndrom**

  Das allseits bekannte Burn-Out-Syndrom ist einer erschöpfenden Definition nicht zugänglich. Es tritt vornehmlich bei Menschen in sozialen Helferberufen (Erzieher, Polizisten, Sozialarbeiter, Lehrer, Ärzte etc.) auf und gipfelt in einem Zustand körperlicher, geistiger und seelischer Erschöpfung. Die psychosomatische Erkrankung wird von Seiten der Ärzte häufig als Endzustand eines Prozesses, der mit idealistischer Begeisterung beginnt, über Desillusionierung und Frustration führt und in Apathie endet, beschrieben. Erwartungshaltung und Arbeitsalltag der sozialen Helfer klaffen auseinander.

  Ausgebrannt sein ist ein Zustand seelischer Erschöpfung mit eingeschränkter Leistungsfähigkeit. Die internationale Klassifikation von Krankheiten (ICD-10) erfasst diesen Zustand der totalen Erschöpfung mit dem Diagnoseschlüssel Z73.0. Er gehört zum Abschnitt Z73, welcher sich mit Problemen mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensbewältigung befasst. Der Sache nach handelt es sich also um eine Rahmen- bzw. Zusatzdiagnose und keine Behandlungsdiagnose. Zum Teil wird die Bezeichnung »Burn-Out« deshalb auch als Modediagnose bezeichnet. Wer angeben kann, leer und ausgebrannt zu sein bzw. an einem Burn-Out zu leiden, kann sich der Akzeptanz seines Arbeitsgebers und seiner sozialen Umgebung sicher sein. Häufig steckt hinter der Erkrankung jedoch eine behandlungsbedürftige Depression. Das Leiden an einer Depression hat keineswegs die gesellschaftliche Akzeptanz wie die »Krankheit Burn-Out«.

- **Multiple Chemikalien-Überempfindlichkeit (Multiple Chemical Sensivity, MCS)**

  Die multiple Chemikalien-Überempfindlichkeit zeichnet sich dadurch aus, dass bei dem Erkrankten infolge Kontaktes mit alltäglichen Chemikalien (Lacke, Farben, Reinigungsmittel, Kosmetika etc.) übermäßig starke Beschwerden auftreten. Hierzu zählen etwa allergische Reaktionen (Hautausschläge etc.), vorzeitige Ermüdung sowie Kreislaufstörungen. Begleiterscheinungen können Reizbarkeit, Angst- und Panikattacken, gedrückte Stimmungslagen und innere Unruhe sein, welche vorschnell zu psychiatrischen Diagnosen verleiten.

- **Posttraumatische Belastungsstörung (posttraumatic stress disorder, Diagnoseschlüssel F43.1)**

  Opfer von Unfällen, Naturkatastrophen, Gewalt, Folter und Krieg werden oft nicht nur körperlich, sondern auch seelisch verletzt. Während die körperlichen Verletzungen ausgeheilt werden können, werden die seelischen Verletzungen oftmals von den Betroffenen selbst verdrängt und von Helfern verkannt. Menschen, welche ein extrem belastendes Ereignis – ein sog. Trauma – erlebt haben, berichten oft von Ängsten und Freudlosigkeit und klagen über allgemeine Nervosität. Typisch für das Krankheitsbild sind Erinnerungssymptome, Vermeidungssymptome und Überregungssymptome.

II. Dokumentation, Feststellung und Begutachtung der Krankheit

All den vorgenannten psychischen Erkrankungen ist gemeinsam, dass kein organischer Befund vorliegt. Der Grad an Wahrscheinlichkeit, mit dem ein psychisches Leiden nachgewiesen werden kann ist wesentlich geringer als der Grad an Wahrscheinlichkeit, mit dem ein physisches Leiden nachgewiesen werden kann. Die behandelnden Arzte sind zudem auf die Darstellung des subjektiven Befindens des Patienten angewiesen ohne dass ein objektiv, physiologisch nachvollziehbarer Befund vorliegt. Die Schulmedizin reagiert auf psychische Krankheitsbilder skeptisch oder erkennt sie gar nicht erst an. Bei Richtern und Sachbearbeitern der Versicherer nähren sie den Verdacht der Simulation.

Psychisch Erkrankte, die Ansprüche aus der privaten Berufsunfähigkeitsversicherung ableiten wollen, sind daher gut beraten, bereits vor Antragstellung medizinischen und juristischen Rat einzuholen. Mit den bei Antragstellung eingereichten Sachverhaltsbeschreibungen und ärztlichen Stellungnahmen sind die ersten Weichen gestellt. Sind sie falsch gestellt, ist eine nachträgliche Korrektur nur schwer möglich. Insbesondere empfiehlt es sich, sich frühzeitig in fachärztliche Behandlung zu begeben, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken sollte. Der Facharzt kann dann aufgrund längerer, eigener Erfahrungen fundierte und konkrete Angaben zu dem Krankheitsbild machen. Solche ärztlichen Stellungnahmen sind durch Gerichts- oder Versicherergutachten weitaus schwieriger zu erschüttern als »Aktengutachten«, die sich im wesentlichen auf die Wiedergabe der Stellungnahme weiterer, behandelnder Ärzte beschränken.

Auch in der gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Berufsunfähigkeitsversicherer lauern Gefahren. Beauftragt etwa das Gericht zum Nachweis einer somatoformen Schmerzstörung einen Orthopäden ist das Ergebnis vorprogrammiert: Der Orthopäde wird keinen organischen Befund vorfinden und schlussfolgern, dass keine Erkrankung vorliegt. Hier muss der Versichertenanwalt bereits im Vorfeld dafür sorgen, dass Gericht einen spezialisierten Mediziner mit der Begutachtung betraut.

An Feststellungen des Hausarztes oder des Amtsarztes ist das Gericht nicht gebunden. Selbst wenn der Staat dem Versicherungsnehmer wegen eines ärztlich festgestellten Grades der Behinderung von 50 % oder mehr eine Erwerbsminderungsrente zahlt, indiziert dies nicht die Leistungspflicht des privaten Berufsunfähigkeitsversicherers. Gleiches gilt für die Feststellung der Dienstunfähigkeit eines Beamten. Gesetzliches Sozialrecht, öffentliches Dienstrecht und vertragliches Berufsunfähigkeitsrecht verwenden unterschiedliche Maßstäbe. Das gesetzliche Sozialrecht fragt, ob der Kranke noch in der Lage ist, 3 Stunden am Tag vollschichtig tätig zu sein; das öffentliche Dienstrecht fragt, ob der Beamte leidensgerecht und amtsangemessen eingesetzt werden kann; der private Berufsunfähigkeitsversicherer fragt, ob der Kranke noch in der Lage ist, zu 50 % seinem zuletzt ausgeübtem Beruf nachzugehen.

Im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung wird das Gericht einen Sachverständigen bestellen. Dieser wird zwar die Vorbefunde in seinem Gutachten berücksichtigen, aber seine eigenen Feststellungen treffen und Schlussfolgerungen ziehen. Alleine die Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen sind für das Gericht maßgeblich. Im Gegensatz zum sozialgerichtlichen Rechtsstreit um eine gesetzliche Erwerbsminderungsrente hat der Kranke nicht die Möglichkeit, einen bestimmten »Vertrauensarzt« zur Begutachtung vorzuschlagen und zu benennen. Der Gutachter muss jedoch Sachverständiger auf dem Gebiet somatoformer Störungen sein. Hierauf muss der Kranke innerhalb der prozessualen Möglichkeiten drängen. Es sollte also unbedingt ein Facharzt mit psychiatrischer oder neurologischer Kompetenz vom Gericht benannt werden. Ein »Schmerztherapeut« ist ebenso wenig wie ein Psychologe für die Begutachtung chronischer Schmerzen ausreichend. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Rechtsschutz: Nicht ins Bockshorn jagen lassen! Sie haben das Recht auf freie Anwaltswahl!

Der Bürger hat ein Recht auf freie Anwaltswahl. Dies ist nicht nur im anwaltlichen Berufsrecht (§ 3 Abs. 3 BRAO) festgehalten, sondern gilt auch als verbrieftes Recht gegenüber den Rechtsschutzversicherungen (§ 127 VVG). Das Recht der freien Anwaltswahl schützt das persönliche Vertrauen des Rechtssuchenden in seinen Anwalt. Nur wer seinen Anwalt frei gewählt hat, kann sicher sein, dass sein Anwalt frei von wirtschaftlichen Interessen Dritter ist und handelt. Die Unabhängigkeit des frei gewählten Anwaltes gewährleistet dem Bürger Waffengleichheit gegenüber Unternehmens- und Staatsgewalt sowie wirksames rechtliches Gehör.

Der Bundesgerichtshof zählt das Recht, den Anwalt frei zu wählen, zu den tragenden Säulen des Rechtsstaates. Deshalb sieht er dieses Recht verletzt, wenn ein Mieterverein seinem Mitglied einen »Vertragsanwalt« vorgibt. Die Interessen des Mietervereins und des einzelnen Mitglieds sind nicht zwingend deckungsgleich. Zum Schutz des Vertrauens in die persönliche und fachliche Eignung des Anwaltes muss auch das Mitglied eines Mietervereins sich seinen Anwalt frei wählen können (BGHZ 109, 153).

Ob sich Rechtsschutzversicherte – ebenso wie Mitglieder eines Mietervereins – in der Rechtswirklichkeit tatsächlich noch ihren Anwalt frei auswählen können, mag mit Fug und Recht bezweifelt werden. Seit Jahren versuchen die Rechtsschutzversicherungen von der Rolle des bloßen Kostenerstatters in die Rolle des Rechtsdienstleisters zu schlüpfen. Sie werben damit, ihre Kunden durch den Rechtsfall über telefonische Rechtsberatungen und konkrete Anwaltsempfehlungen hindurch »zu navigieren«. Dem Kunden wird dies als Serviceleistung verkauft. Tatsächlich geht es um Kosteneinsparungen.

Was der Versicherer nicht verrät ist, dass die empfohlenen Anwälte über Rationalisierungsabkommen an den Versicherer gebunden sind. Mit diesen Rationalisierungsabkommen verpflichten sich die Anwälte, ihre Gebühren auf dem niedrigsten Level abzurechnen. Sie tun dies in der Erwartung, von dem Versicherer möglichst viele Fälle übertragen zu bekommen. Ob die von der Versicherungswirtschaft (unter)bezahlten und empfohlenen »Vertrauensanwälte« tatsächlich noch im Lager des Rechtssuchenden stehen, mag der Volksmund nach der guten alten Regel »Wes Brot ich ess', des Lied ich sing'!« bezweifeln. Der Interessenkonflikt wird dem Kunden gar nicht erst deutlich. Ausweislich einer von der Versicherungswirtschaft in Auftrag gegebenen Studie, sind viele Kunden sogar froh, dass ihnen die Qual der Wahl eines Anwaltes abgenommen wird. Sie sehen sich durch die telefonische Rechtsberatung und die Anwaltsempfehlung gut »bedient«. In Wirklichkeit erhalten sie nur ein Mac-Produkt.

Lassen Sie sich also von Ihrem Versicherer nichts ins Bockshorn jagen. Wenn Ihnen die Versicherung telefonisch nahelegt, lediglich einen von ihr empfohlenen Anwalt zu wählen, handelt die Versicherung aus ureigenem Kosteninteresse.
Sie haben das gesetzliche Recht auf die freie Anwaltswahl!
Nutzen Sie dieses! ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Mittelmaß reicht nicht – Versicherungsmakler muss bestmögliche Rendite anbieten

Rät ein Versicherungsmakler bei der Finanzierung eines Darlehens zum Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages und weist nicht auf die günstigere Alternative des Annuitätendarlehens hin, macht er sich schadensersatzpflichtig. Dies gilt umso mehr, wenn der Lebensversicherer lediglich durchschnittliche Renditen anbietet und nicht Marktführer ist (LG Itzehoe, Urteil vom 29.10.2009 – 7 O 29/09).

Obwohl der Kunde, welcher einen Grundstückskauf finanzieren wollte, über erhebliche Barmittel verfügte, riet ihm der Versicherungsmakler zum Abschluss einer Lebensversicherung, welche bei Endfälligkeit eines Darlehens die Tilgung abdecken sollte. Finanzierungsalternativen schlug der Makler nicht vor. Als der Kunde erfuhr, dass andere Formen der Finanzierung für ihn günstiger gewesen wären und die vermittelte Lebensversicherung allenfalls durchschnittliche Renditen bot, nahm er den Versicherungsmakler wegen fehlerhafter Beratung auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch.

Der Versicherungsmakler verteidigte sich vor Gericht damit, er habe auf die Risiken, welche mit dem Abschluss einer Tilgungsaussetzungs-Versicherung verbunden seien, hingewiesen. Die vermittelte Lebensversicherung biete zudem Überschüsse, welche sich »mindestens im Mittel« der von der Versicherungswirtschaft erzielten Überschüsse bewegen. Außerdem sei der Versicherer leistungs- und servicestark.

Gleichwohl gaben die Richter dem Kunden Recht. Der Makler habe seine vertraglichen Pflichten »in mindestens fahrlässiger Weise« verletzt. Als treuhänderischer Sachwalter seines Kunden träfen den Makler erhebliche Treue- und Fürsorgepflichten. Dabei unterscheidet das Landgericht Itzehoe nicht zwischen den Pflichten eines Finanzierungsmaklers und eines Versicherungsmaklers, sondern spricht von den Sorgfaltspflichten eines »Versicherungs- und Finanzierungsmaklers«. Der Makler habe bei der Vermittlung von Finanzierungen diejenigen Finanzierungsalternativen zu empfehlen, welche den Interessen des Kunden am ehesten entsprächen. Deshalb hätte – was hier nicht geschehen sei – auf die Alternative eines erheblich günstigeren Annuitätendarlehens hingewiesen werden müssen. Allein darin liege bereits eine Pflichtverletzung. Darüber hinaus habe der Makler die Pflicht gehabt, diejenige Lebensversicherung anzubieten und zu vermitteln, welche dem Vertragspartner »die bestmögliche Finanzierung und Rendite bietet«. Eine Lebensversicherung mit einer Überschussbeteiligung, welche sich allenfalls im Mittelfeld bewegt, erfülle diese Anforderungen nicht. Vielmehr hätte es dem Makler oblegen, den Marktführer zu empfehlen.

Die Itzehoer Richter gaben dem Kunden in vollem Umfang Recht. ■

BURKARD LENSING, LL.M.
Fachanwalt für Versicherungsrecht