

Die HGFV wurde 1982 mit einer Kapitalausstattung
von 1 Mio. DM von Jauch & Hübener –
heute Aon – errichtet.

Gegenstand der Gesellschaft ist die Förderung von Untersuchungen
und wissenschaftlichen Arbeiten im Bereich
des Versicherungswesens und des Risk Managements.

Neben der Organisation und
Durchführung von Symposien mit prominenten
Vertretern aus Wissenschaft und Wirtschaft dienen dazu auch
das Unterstützen und Herausgeben von Publikationen.
Bisher fanden 9 Symposien statt; mehr als
39 Publikationen zu den unterschiedlichsten Themen
mit Bezug zum Versicherungswesen sind erschienen.
Bei ihrer Arbeit wird die Gesellschaft durch einen Beirat
unterstützt, dem namhafte Vertreter aus Versicherungswirtschaft,
Dienstleistung, Industrie und Wissenschaft angehören.
Der Beirat lenkt und überwacht die Vergabe
der nicht interessengebundenen Aufträge.

Beiratsmitglieder:

Prof. Dr. Christian Armbrüster, Freie Universität Berlin
Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth, GDV
Dr. Hermann Jörissen, Allianz Global Corporate & Speciality
Dr. Peter Klatt, Bavaria Wirtschaftsagentur
Prof. Stefan Materne, Fachhochschule Köln
Dr. Lothar Meyer, Ergo, i. R. (Vorsitzender des Beirats)
Dr. Stefan Sigulla, HDI-Gerling Industrie Vers. AG
Jan-Oliver Thofern, Aon Benfield
Clemens Frhr. von Weichs, Swiss Re

Geschäftsführer:
Cord Thomas Johannsen



Folgerungen aus der Dornbracht-Entscheidung für die Praxis der offenen Mitversicherung

Schaloske

40

Henning Schaloske

Folgerungen aus der Dornbracht-Entscheidung für die Praxis der offenen Mitversicherung



Vorwort

Die offene Mitversicherung spielt in der Praxis eine große Rolle. Dementsprechend sorgte es für erhebliche Aufmerksamkeit, als das OLG Hamm in seiner mittlerweile legendären *Dornbracht*-Entscheidung im Jahr 2010 Thesen vertrat, die mit diesem Konzept nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen schienen. Das *Dornbracht*-Urteil hat im Schrifttum daher lebhafte, teils aufgeregte Reaktionen ausgelöst. Es erschien dem Herausgeber dieser Schriftenreihe und seinem Beirat geboten, die Thematik einer vertieften, wissenschaftlich fundierten Auseinandersetzung zuzuführen. Dabei ist es gelungen, mit Herrn *Dr. Schaloske* einen Verfasser zu gewinnen, der nicht nur als ausgewiesener Praktiker mit der Materie bestens vertraut ist, sondern der sich bereits in seiner 2007 erschienenen, viel beachteten Dissertation eingehend mit dem Recht der offenen Mitversicherung befasst hat.

Der Verfasser gelangt in seiner sorgfältigen und gründlichen Analyse zu dem Befund, dass das *Dornbracht*-Urteil keineswegs, wie bisweilen gemutmaßt wurde, das „Ende der offenen Mitversicherung“ bedeutet. Zugleich hat er die Gelegenheit genutzt, in systematischer Weise auf die wichtigsten ungeklärten Fragen der offenen Mitversicherung einzugehen. Dabei gibt er der Praxis eine ganze Reihe konkreter Gestaltungsanregungen an die Hand. Diese betreffen sowohl die im Außenverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Mitversicherern einsetzbaren Klauseln als auch die Gestaltung des Innenverhältnisses. In den Gestaltungsvorschlägen kommt durchgängig das Bestreben zum Ausdruck, den Beteiligten ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit zu verschaffen. Dies ist gerade bei der offenen Mitversicherung als einem Rechtsinstitut, das nur rudimentären gesetzlichen Vorgaben unterliegt, von ganz entscheidendem Nutzen. Die Abhandlung bietet der Praxis damit zu einer wichtigen und aktuellen Thematik überaus wertvolle Orientierung.

Hamburg, im Juni 2013

Der Beirat

Hamburger Gesellschaft zur Förderung

des Versicherungswesens mbH

**Folgerungen aus der Dornbracht-Entscheidung
für die Praxis der offenen Mitversicherung**

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT	II
INHALTSVERZEICHNIS	III
A. EINLEITUNG	1
I. Die Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm	2
II. Offene Mitversicherung als Gestaltungsform in der Industrieversicherung	9
III. Überblick zu den praktischen Fragestellungen	16
B. ZUSTANDEKOMMEN DER OFFENEN MITVERSICHERUNG	17
I. Rolle des führenden Versicherers	18
II. Vertragsverhältnisse.....	28
III. Exkurs: Rolle des Maklers.....	58
C. VERTRAGSDURCHFÜHRUNG DER OFFENEN MITVERSICHERUNG	75
I. Bedeutung der Führung	75
II. Außenverhältnis	76
III. Innenverhältnis	98
D. FAZIT UND AUSBLICK	109
LITERATURVERZEICHNIS	116

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSÜBERSICHT.....	II
INHALTSVERZEICHNIS.....	III
A. EINLEITUNG.....	1
I. Die Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm	2
1. Sachverhalt	2
2. Urteil des Landgerichts Hagen	4
3. Urteil des Oberlandesgerichts Hamm	4
II. Offene Mitversicherung als Gestaltungsform in der Industrieversicherung	9
1. Wirtschaftlicher Zweck und Verbreitung	10
2. Erscheinungsformen	11
3. Andere Möglichkeiten der Risikoteilung	14
III. Überblick zu den praktischen Fragestellungen	16
B. ZUSTANDEKOMMEN DER OFFENEN MITVERSICHERUNG.....	17
I. Rolle des führenden Versicherers	18
1. Vertragsabschluss	18
2. Vertragsverlängerung (Renewal).....	23
3. Ausstellung des Versicherungsscheins	24
II. Vertragsverhältnisse.....	28
1. Versicherungsvertragsverhältnis	29
a) Einheitlicher Versicherungsvertrag.....	29
b) Vielzahl rechtlich selbstständiger Versicherungsverträge	30
c) Stellungnahme	31
d) Folgen für die Vertragspraxis und Gestaltungsmöglichkeiten	36
(1) Haftung der Mitversicherer	37
(2) Bestand der Versicherungsverträge	39
(3) Vertragsänderung, -verlängerung und -aufhebung.....	42
2. Innenverhältnis der Mitversicherer.....	44
a) Meinungsstand	45
(1) Keine Rechtsbeziehungen	46
(2) Begleitschuldverhältnis.....	46
(3) (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts	46
b) Stellungnahme	47

(1) Rechtsbindungswille.....	47
(2) Qualifikation	49
c) Folgen für die Vertragspraxis und Gestaltungsmöglichkeiten	54
III. Exkurs: Rolle des Maklers.....	58
1. Maklerbedingungen	58
2. Maklerfragebögen.....	65
C. VERTRAGSDURCHFÜHRUNG DER OFFENEN MITVERSICHERUNG	75
I. Bedeutung der Führung	75
II. Außenverhältnis	76
1. Anzeigenklauseln	82
2. Anschlussklauseln	84
a) Typisches Verständnis: Vollmacht.....	85
b) Strenge und weiche Anschlussklauseln	86
c) Typischer Regelungsgehalt.....	88
3. Prozessführungsklauseln.....	90
a) Prozessvollmacht	90
b) Tatbestandswirkung	91
c) Gewillkürte Prozessstandschaft	94
III. Innenverhältnis	98
1. Rechtliche Qualifikation	98
2. Rechte und Pflichten des Führenden.....	100
3. Haftung des Führenden.....	103
4. Beginn und Beendigung der Führung	104
5. Gestaltungsmöglichkeiten.....	106
D. FAZIT UND AUSBLICK	109
LITERATURVERZEICHNIS	116

A. Einleitung

Bereits vom drohenden „*Ende der Mitversicherung*“ war teilweise die Rede¹, nachdem das Landgericht Hagen im Jahr 2009 das erstinstanzliche Urteil in der Sache Dornbracht verkündete.² Nach der Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung durch das Oberlandesgericht Hamm im Jahr 2010³ sahen dann nicht wenige Marktteilnehmer in ersten Reaktionen die Praxis der offenen Mitversicherung grundsätzlich in Frage gestellt.

Die Stellungnahmen auf die Dornbracht-Entscheidung erinnerten damit teilweise an die Reaktionen auf die in den vergangenen Jahren durch die Europäische Kommission⁴ und das Bundeskartellamt⁵ gegen die Vertragspraxis der Mitversicherung erhobenen kartellrechtlichen Bedenken. Die Vertragspraxis zeigt dagegen, dass die offene Mitversicherung trotz der kartellrechtlichen Untersuchungen nichts an Bedeutung eingebüßt hat. Etwa zwei Jahre nach der Dornbracht-Entscheidung bestehen gute Gründe für die Annahme, dass auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm daran nichts ändern wird. Nachdem die Untersuchungen der Kartellbehörden den Fokus auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Zusammenwirkens der Mitversicherer gelenkt haben, ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm jedoch ein wichtiger Anstoß für die Marktteilnehmer, nach Jahrzehnten nahezu unveränderter Vertragspraxis den Blick auch auf die vertragsrechtliche Ausgestaltung der offenen Mitversicherung zu lenken. Dazu soll diese Arbeit einen Beitrag leisten.

¹ Vgl. FTD v. 21.12.2009.

² LG Hamm, Urt. v. 16.12.2009 – 23 O 40/09, r+s 2010, 276.

³ OLG Hamm, Urt. v. 03.11.2010 – I-20 U 38/10, VersR 2011, 469.

⁴ Vgl. die Pressemitteilung (IP/07/1390) vom 25.09.2007, die Mitteilung (Abschlussbericht) sowie das Commission Staff Working Document (Arbeitspapier) der EU-Kommission zur sog. Sektoruntersuchung (http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/business.html); dazu Dreher, VersR 2008, 15; Schaloske, VW 2008, 822.

⁵ Beispielsweise das Kartellverfahren zur Industrieversicherung (vgl. Pressemeldungen des BKartA v. 23.03.2005 und 15.09.2005) oder das Kartellverfahren zur „*Versicherungsstelle Wiesbaden*“ (vgl. BKartA, Beschl. v. 10.08.2007 – B. 4-31/05; dazu BGH, Beschl. v. 23.06.2009 – KVR 57/08, BeckRS 2009, 26503; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 17.09.2008 – VI-Kart 11/07 (V), VersR 2009, 1420).

Im Folgenden wird zunächst die Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vorgestellt (dazu I.). Im Anschluss folgen einleitende Bemerkungen zur offenen Mitversicherung als Gestaltungsform in der Industrieversicherung (dazu II.). Schließlich wird ein Überblick zu den praktischen Fragestellungen gegeben, die in dieser Arbeit vertieft behandelt werden sollen (dazu III.).

I. Die Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm

Im Folgenden wird zunächst der wesentliche Sachverhalt zusammengefasst, welcher der Dornbracht-Entscheidung zugrunde lag (dazu 1.). Anschließend folgt eine knappe Darstellung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Hagen (dazu 2.), bevor das Berufungsurteil des Oberlandesgerichts ausführlich dargestellt wird (dazu 3.).

1. Sachverhalt

Bei der Dornbracht-Entscheidung ging es um die Regulierung eines Brandschadens aus einer Sach- und Betriebsunterbrechungsversicherung, die im Wege der offenen Mitversicherung durch vier Mitversicherer gezeichnet wurde. Am 21./22.07.2009 kam es zu einem Brand in einem benachbarten Werk, der sich infolge einer Explosion auch auf das Betriebsgelände des Versicherungsnehmers ausbreitete und dort einen Schaden in Höhe von etwa EUR 80 Mio. verursachte.

Am 05.11.2008 hatte der Versicherungsnehmer mit dem Versicherungsmakler zunächst einen Maklervertrag abgeschlossen. Zwischen dem Makler und dem beklagten Mitversicherer bestand wiederum ein Rahmenvertrag, auf dessen Grundlage der Makler dem beklagten Mitversicherer Kunden vermittelte.

Am 18.11.2008 besichtigten Mitarbeiter des Versicherungsmaklers die zu versichernden Grundstücke. Im Anschluss daran wurde ein Besichtigungsbericht angefertigt, der neben einer Beschreibung der Gebäude eine Reihe durch den Versicherungsmakler unter seinem Briefkopf formulierter Risikofragen enthielt. Unter Ziffer 5 des Berichts beantwortete der Versicherungsnehmer die Frage: „*Befinden sich auf dem Vers.-Grundstück feuergefährliche und explosionsgefährliche Stoffe (ohne Brennstoffe)?*“ mit „*Ja*“. Unter Ziffer 6 beantwortete der Versicherungsnehmer die Frage „*Betriebe/Läger in der Nachbarschaft?*“ mit „*Nein*“. Tatsächlich befanden sich

in der Nachbarschaft zu der Betriebsstätte des Versicherungsnehmers ein Chemiebetrieb und eine Gießerei.

Am 02.12.2008 nahm der Versicherungsmakler eine Ausschreibung des Risikos vor. Daraufhin unterbreitete unter anderem der beklagte Mitversicherer ein Angebot, welches er unter den Vorbehalt stellte, dass an den Betriebsstätten des Versicherungsnehmers kein Styropor als Dämmung verbaut sei. Nach weiterer Korrespondenz mit dem Versicherungsmakler wurde eine Risikoquote des beklagten Mitversicherers in Höhe von 25 Prozent vereinbart. Mit E-Mail vom 17.12.2008 teilte der beklagte Mitversicherer dem Versicherungsmakler mit, dass ein anderer Versicherer der führende Mitversicherer sein werde und bat um Überlassung eines Besichtigungsberichts des führenden Mitversicherers im Laufe des ersten Halbjahres 2009.

Am 16.01.2009 fand eine Werksbesichtigung durch den führenden Mitversicherer statt. In dessen Besichtigungsbericht befand sich auch ein Hinweis auf eine brennbare Wärmeisolierung und die Nachbarschaft zu anderen Betrieben.

Den Versicherungsvertrag unterzeichnete der für die Klägerin tätige Makler mit dem führenden Mitversicherer am 29.01.2009. Der Vertrag enthielt keinen Risikoausschluss für Styropor als Dämmmaterial. In der Unterschriftenzeile hieß es: „*Der führende Versicherer gleichzeitig für die mitbeteiligten Gesellschaften.*“ Der beklagte Mitversicherer hat keinen eigenen Versicherungsschein ausgestellt noch ansonsten eine schriftliche Fixierung des Vertrages vorgenommen. Der beklagte Mitversicherer erhielt vielmehr den durch den Versicherungsmakler über das Konsortium ausgestellten Versicherungsschein.

Am 21.07.2009 erhielt der beklagte Mitversicherer den Besichtigungsbericht. Mit Schreiben vom 21.08.2009 erklärte der beklagte Mitversicherer den Rücktritt von „*dem am 17.12.2008 geschlossenen Versicherungsvertrag*“. Er begründete den Rücktritt damit, dass der Versicherungsnehmer Frage 6 des Besichtigungsberichts vom 18.11.2008 falsch beantwortet habe, da sich in unmittelbarer Nachbarschaft des Betriebes des Versicherungsnehmers weitere Betriebsstätten befunden hätten. Mit Schreiben vom 25.09.2009 erklärte der beklagte Mitversicherer zudem die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und verweigerte unter Verweis auf den Rück-

tritt und die Anfechtung – anders als die drei weiteren beteiligten Mitversicherer – den Versicherungsschutz. Ferner machte der beklagte Mitversicherer geltend, dass er entsprechend dem mit dem Versicherungsmakler abgeschlossenen Rahmenvertrag und der konkreten Prämienofferte generell keine Feuerrisiken von Gebäuden zeichne, bei denen – wie vorliegend – überwiegend Styropor als Dämmmaterial benutzt werde.

2. Urteil des Landgerichts Hagen

Erstinstanzlich hat das Landgericht Hagen mit Urteil vom 16.12.2009 der Klage des Versicherungsnehmers auf Versicherungsschutz stattgegeben. Das Landgericht Hagen hielt den Rücktritt des beklagten Mitversicherers für unwirksam, da der beklagte Mitversicherer den Versicherungsnehmer nicht gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG in Textform nach Risikoumständen gefragt habe. Ferner sei keine Belehrung gemäß § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG erfolgt. Schließlich sei der Rücktritt des beklagten Mitversicherers auch gemäß § 21 Abs. 1 VVG verfristet, da sich der beklagte Mitversicherer die Kenntnisse des führenden Mitversicherers habe zurechnen lassen müssen. Ebenso hielt das Landgericht Hagen die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für unwirksam. Zum einen sei eine arglistige Täuschung nicht nachgewiesen. Zum anderen müsse sich der Versicherungsnehmer eine eventuelle Arglist des Versicherungsmaklers nicht nach § 123 BGB zurechnen lassen. Auch die Hilfswiderklage des beklagten Mitversicherers wies das Landgericht ab, da kein Deckungsausschluss für Styropor als Dämmmaterial vereinbart sei. Der Inhalt des Vertrags richte sich vielmehr nach dem durch den Makler ausgestellten Versicherungsschein.

3. Urteil des Oberlandesgerichts Hamm

Das Oberlandesgericht Hamm wies die gegen das erstinstanzliche Urteil gerichtete Berufung des beklagten Mitversicherers mit teils abweichender Begründung zurück.

- a) Das Oberlandesgericht hielt zunächst den Rücktritt der Beklagten für unwirksam. Dies stützte das Oberlandesgericht zunächst darauf, dass der beklagte Mitversicherer keine Risikofragen gemäß § 19 Abs. 1

VVG gestellt habe. Denn die Risikofragen stammten von dem Versicherungsmakler. Die von dem Makler gestellten Risikofragen könnten auch nicht dem Versicherer zugerechnet werden. Entgegen dem erstinstanzlichen Urteil schloss das Oberlandesgericht zwar nicht prinzipiell aus, dass ein von einem Dritten ausgearbeiteter, nicht vom Versicherer stammender Fragebogen einer Fragestellung durch den Versicherer gleichgesetzt werden könne. Dagegen spreche vorliegend aber, dass der Makler durch den Versicherungsnehmer beauftragt worden sei, auf der Grundlage des Maklervertrags die gesamte Vertragsverhandlung für den Versicherungsnehmer geführt, den Versicherungsschein anstelle des Versicherungsnehmers unterschrieben und damit ausschließlich im Lager des Versicherungsnehmers gestanden habe. Stellte man dennoch die Risikofragen des Maklers einer Fragestellung des Versicherers gleich, bedeutete dies nach Ansicht des Oberlandesgerichts letztlich die Wiedereinführung der spontanen Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers, die nach dem Willen des Gesetzgebers nach der Reform des Versicherungsvertragsgesetz zum 01.01.2008 keine Bedeutung mehr haben sollte. Etwas anderes könne daher nur dann gelten, wenn dem Versicherungsnehmer oder seinem Vertreter spätestens zum Zeitpunkt der Beantwortung der Fragen zugleich eine Erklärung des Versicherers vorläge, dass die Fragen als Fragen des Versicherers gelten sollen. Eine solche Erklärung sei deshalb notwendig, um das Risiko einer Fehleinschätzung der Gefahrerheblichkeit der erfragten Risikoumstände auf den Versicherer zu verlagern. Vorliegend sei der Fragebogen aber allein auf den Makler zurückzuführen und beruhe nicht auf einer Initiative oder Mitwirkung des Versicherers. Schließlich sei auch kein Zueigenmachen des Fragebogens seitens des beklagten Mitversicherers vor dessen Beantwortung erfolgt. Offen gelassen hat das Oberlandesgericht, ob auch ein nachträgliches Zueigenmachen nach Beantwortung der Fragen, aber vor Abgabe der Vertragserklärung des Versicherungsnehmers ausreichend gewesen wäre. Denn ein solches nachträgliches Zueigenmachen sei nicht erfolgt. Die durch den Makler gestellten Risikofragen könnten schließlich auch nicht deshalb als Fragen des beklagten Mitversicherers gewertet werden, weil dieser die gleichen Fragen wie im Besichtigungsbericht vom 18.11.2008 gestellt hätte.

Ferner scheiterte der Rücktritt auch daran, dass der beklagte Mitversicherer den Versicherungsnehmer nicht nach § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG durch gesonderte Mitteilung in Textform auf die Folgen einer Anzeigepflichtverletzung hingewiesen hatte. Insoweit vertrat das Oberlandesgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht Hagen die Auffassung, dass eine Belehrung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen keine solche „*gesonderte Mitteilung*“ darstellen könne.⁶ Die Belehrung müsse vielmehr umfassend, unmissverständlich und eindeutig sein. Der Schutzzweck der Norm setze zudem voraus, dass die Belehrung im Kontext mit den Risikofragen erfolge. Offen ließ das Oberlandesgericht, ob eine gesonderte Mitteilung einen Hinweis auf einem Extra-Blatt erfordere oder ob es ausreiche, wenn ein solcher Hinweis auf dem Antragsformular enthalte sei. Schließlich vertrat das Oberlandesgericht die Auffassung, dass § 19 VVG auch nicht aufgrund etwaiger Gepflogenheiten in der Industrieversicherung oder gemäß § 210 VVG wegen des Vorliegens eines Großrisikos ganz oder teilweise abbedungen worden sei. Insbesondere hätten die Parteien nicht konkludent allein deshalb etwas anderes vereinbart, weil anstelle von Risikofragen des Versicherers ein Fragenkatalog des Maklers verwendet worden sei.

Darüber hinaus scheiterte der Rücktritt des beklagten Mitversicherers an der Monatsfrist des § 21 Abs. 1 VVG. Zwar habe der beklagte Mitversicherer selbst Kenntnis von den nicht angegebenen Nachbarbetrieben erstmals am 21.07.2009 in Folge der Übersendung des Besichtigungsberichts des führenden Mitversicherers erlangt. Jedoch müsse sich der beklagte Mitversicherer die seitens des führenden Mitversicherers bei der Betriebsbesichtigung am 16.01.2009 erlangten Kenntnisse zurechnen lassen. Der führende Mitversicherer sei insoweit Wissensvertreter des beklagten Mitversicherers entsprechend § 166 BGB. Er habe dem Führenden nämlich Außenvollmacht gemäß § 167 Abs. 1 Var. 2 BGB erteilt. Das ergebe sich daraus, dass der beklagte Mitversicherer den führenden Mitversicherer beauftragt habe, innerhalb des zu bildenden Konsortiums die Rolle des führenden

⁶ Vgl. zur Belehrung gemäß § 28 Abs. 4 VVG in einem Schadensmeldungsfragebogen BGH, Urt. v. 09.01.2013 – IV ZR 197/11, VersR 2013, 297.

Mitversicherers zu übernehmen. So habe der beklagte Mitversicherer mit E-Mail vom 17.12.2008 dem Versicherungsmakler mitgeteilt, dass die Führung bei dem führenden Mitversicherer liege. Zugleich habe der beklagte Mitversicherer darum gebeten, ihm im ersten Halbjahr 2009 einen Besichtigungsbericht des führenden Mitversicherers zu überlassen, und damit von einer zuvor angekündigten eigenen Besichtigung Abstand genommen. In der E-Mail vom 17.12.2008 sei auch keine Beschränkung der Außenvollmacht des führenden Mitversicherers dahingehend zu sehen, dass eine Zurechnung des Wissens des führenden Mitversicherers erst dann erfolgen solle, wenn der Besichtigungsbericht dem beklagten Mitversicherer zugegangen und durch diesen geprüft und gebilligt worden sei. Im Übrigen ergebe sich die Wissenszurechnung auch aus Ziffer 8.1.1 der zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen AFB 08. Danach erkenne der Versicherer an, dass ihm alle Umstände bekannt geworden seien, die im Zeitpunkt der Antragstellung gegeben und für die Übernahme der Gefahr erheblich geworden seien, wenn nicht die Umstände arglistig verschwiegen worden sind. Da der führende Mitversicherer ausweislich des Versicherungsscheins den Vertrag zugleich für die beteiligten Mitversicherer geschlossen habe, greife die Kenntnis-Klausel auch zulasten des beklagten Mitversicherers. Schließlich stehe der Wissenszurechnung auch nicht entgegen, dass sich der Besichtigungsbericht des führenden Mitversicherers auf den Hauptvertrag bezogen habe. Soweit der beklagte Mitversicherer behauptete, dieser Hauptvertrag habe mit ihm erst nach Prüfung und Billigung des Besichtigungsberichts zustande kommen sollen und vorher habe lediglich eine vorläufige Deckung bestanden, sah der Senat für diese Behauptung keinen ausreichenden Anhaltspunkt.

- b) Wie den Rücktritt hielt das Oberlandesgericht auch die Anfechtung des beklagten Mitversicherers wegen arglistiger Täuschung für unwirksam. Entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung des Landgerichts Hagen vertrat das Oberlandesgericht zwar die Auffassung, dass sich der Versicherungsnehmer das Verhalten des Versicherungsmaklers gemäß § 123 Abs. 2 BGB zurechnen lassen müsse. Der Versicherungsmakler sei nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB, da er nicht die Interessen beider Parteien wahrnehme, sondern aufgrund des Maklervertrags die Verhandlungen für den Versiche-

rungsnehmer geführt und in dessen Lager gestanden habe. Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass der Versicherungsmakler mit dem beklagten Mitversicherer durch einen Rahmenvertrag verbunden war. Denn vorliegend sei der Versicherungsmakler im Wege der Ausschreibung und nicht aufgrund des Rahmenvertrags tätig geworden. Nichts anderes ergebe sich schließlich aus der Maklerklausel gemäß Ziffer 10.2 AVB 08. Für eine wirksame Anfechtung habe es zudem an einer arglistigen Täuschung gefehlt. Der Versicherungsnehmer hatte nach Ansicht des Senats plausibel dargelegt, wie es zu der Falschangabe gekommen war, ohne dass Arglist vorgelegen hätte.

- c) Keinen Erfolg hatte schließlich auch die durch den beklagten Mitversicherer erhobene Hilfswiderklage auf Feststellung, dass Gebäude, bei denen Styropor als Dämmmaterial verbaut war, nicht versichert waren. Zwar sei im Dezember 2008 ein Versicherungsvertrag mit dem Inhalt, dass nur solche Gebäude feuerversichert sind, bei denen kein Styropor als Dämm-Material verbaut worden ist, zustande gekommen. Jedoch sei der im Dezember 2008 vereinbarte Risikoabschluss durch den entgegenstehenden Inhalt des Versicherungsscheins, der einen entsprechenden Ausschlussbestand nicht vorsah, entfallen. Dies ergebe sich aus § 5 Abs. 1 VVG. Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelte bei für den Versicherungsnehmer begünstigenden Abweichungen des Versicherungsscheins vom Versicherungsvertrag allein § 5 Abs. 1 VVG und nicht § 5 Abs. 2 VVG. Denn § 5 Abs. 2 VVG sei eine Schutzvorschrift zugunsten des Versicherungsnehmers. An dieser Rechtsprechung sei auch nach der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes festzuhalten. Nach der Ansicht des Senats stand der Anwendung von § 5 VVG auch nicht entgegen, dass es um eine Abweichung im Versicherungsschein eines anderen, nämlich des führenden Mitversicherers ging. Denn der Versicherungsschein vom 29.01./10.02.2009 betreffe das Versicherungsverhältnis der Streitparteien, da der beklagte Mitversicherer Mitglied des Versichererkonsortiums sei, dessen Vertragsbeziehung der Versicherungsschein regelte. Die Erstellung des Versicherungsscheins zähle nach der Verkehrsauffassung zum Aufgabenkreis des führenden Mitversicherers. Dementsprechend hätten die beteiligten Mitversicherer vorliegend

auch davon abgesehen, einen eigenen Versicherungsschein auszustellen. Der führende Mitversicherer habe den Versicherungsschein zugleich für die beteiligten Mitversicherer ausgestellt. Bei der Ausstellung des Versicherungsscheins sei auch kein Vorbehalt hinsichtlich – möglicher – individueller Abreden mit den beteiligten Mitversicherern gemacht worden. Das ergebe sich insbesondere nicht bereits daraus, dass die zugrunde liegende Prozessführungsklausel unter dem Vorbehalt gleicher vertraglicher Grundlagen stehe und damit abweichende Vereinbarungen nicht ausschließe. Schließlich ist es nach Auffassung des Senats auch ohne Bedeutung, dass der Versicherungsschein von dem Versicherungsmakler erstellt wurde. Dies ändere nichts daran, dass es sich um den Versicherungsschein des führenden Mitversicherers handele. Auch im Rahmenvertrag des beklagten Mitversicherers mit dem Versicherungsmakler sei vorgesehen, dass Vertragsdokumente durch den Versicherungsmakler auszufertigen seien.

II. Offene Mitversicherung als Gestaltungsform in der Industrieversicherung

Die offene Mitversicherung ist im deutschen Versicherungsvertragsrecht nicht geregelt und wird lediglich in § 79 Abs. 2 Satz 2, 2. Var. VVG im Zusammenhang mit der Mehrfachversicherung erwähnt. Unter der offenen Mitversicherung wird die einvernehmliche, anteilige Beteiligung an der Versicherung eines bestimmten versicherten Interesses für dieselbe Zeit und gegen dieselbe versicherte Gefahr verstanden.⁷

Nachfolgend werden zunächst der wirtschaftliche Zweck und die Verbreitung der offenen Mitversicherung (dazu 1.) sowie ihre Erscheinungsformen dargestellt (dazu 2.), bevor anschließend kurz auf alternative oder auch kumulative Möglichkeiten der Risikoteilung eingegangen wird (dazu 3.).

⁷ Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 1; MüKo-VVG/Halbach § 77 Rn. 7; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 1; Schaloske, Mitversicherung, S. 301.

1. Wirtschaftlicher Zweck und Verbreitung

Die Risikoteilung im Wege der offenen Mitversicherung dient der Versicherung besonders großer oder neuer Risiken und kommt daher in nahezu allen Versicherungszweigen der gewerblichen und industriellen Versicherung zum Einsatz.⁸ Dazu zählen insbesondere die Feuer- und Betriebsunterbrechungsversicherungen, die technischen Versicherungen, die See- und Transportversicherung wie auch die Betriebshaftpflicht-/Produkthaftpflichtversicherung sowie im Bereich der Vermögensschadenhaftpflicht vor allem die Versicherung von Managerhaftpflichttrisiken in der D&O-Versicherung.

Die offene Mitversicherung lässt sich bis zu den Anfängen des Versicherungswesens zurückverfolgen⁹. Sie kommt in Deutschland wie auch in den meisten anderen Versicherungsmärkten der Welt zum Einsatz, wobei die jeweilige vertragliche Ausgestaltung sich erheblich unterscheiden kann. Auch für die Zeichnung deutscher Risiken ist der Versicherungsmarkt Lloyd's von besonderer Bedeutung, über den sich bei großen Risiken häufig mehrere Syndikate und innerhalb der Syndikate gegebenenfalls verschiedene Risikoträger (sog. *Members*) an der Versicherung beteiligen.¹⁰ So hält der Trend ungebrochen an, dass die Mitversicherungskonsortien sich immer häufiger international zusammensetzen. Das hat selbstverständlich auch Einfluss auf die Praxis der offenen Mitversicherung, beispielsweise indem ausländische Versicherer nicht selten den führenden Mitversicherer deutlich stärker kontrollieren, als dies bei rein inländischen Konsortien in der Vergangenheit der Fall war.

Seit jeher dient die offene Mitversicherung der Risikoteilung zwischen mehreren Versicherern und damit dem Risikoausgleich des versicherungstechnischen Gesamtrisikos. Ausgangspunkt der Risikoteilung ist typischerweise die Nachfrage des Versicherungsnehmers nach Versicherungskapazitäten, die durch eine Gesellschaft aus Gründen der aufsichtsrechtli-

⁸ Zu Einzelheiten vgl. Bruck/Möller/Schnepf Anh § 216 Rn. 2 ff.; Schaloske, VersR 2007, 606; Schulze Schwienhorst, FS Kollhosser, 329, 330.

⁹ Schaloske, Mitversicherung, S. 2 ff.

¹⁰ Vgl. zur Zulässigkeit der Geschäftstätigkeit sowie Prozesstandschaft § 110b VAG und § 216 VVG (früher: Art. 14 EGVVG) Schaloske, Mitversicherung, S. 296 ff.

chen Risikotragfähigkeit (Stichwort: Solvency II) und vor allem der gesellschaftsintern festgelegten Zeichnungspolitik nicht alleine bereitgestellt werden können.¹¹ Dies gilt insbesondere bei neuartigen Risiken, deren Schadenspotential nicht sicher bewertet werden kann. So begründet auch die Europäische Kommission die wettbewerbliche Zulässigkeit der Kooperation im Wege der offenen Mitversicherung namentlich mit der fehlenden Zeichnungskapazität einzelner Gesellschaften.¹² Daneben treten weitere geschäftspolitische Erwägungen: So kann die Beteiligung im Wege der offenen Mitversicherung den Wettbewerb auch für kleinere oder mittlere Versicherungsgesellschaften oder Anbieter mit bislang wenig Erfahrung in dem jeweiligen Segment eröffnen. Gerade die Übernahme der Führungsrolle kann zudem aufgrund der damit verbundenen Einflussmöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung und Schadensregulierung sowie des engen Kundenkontakts interessant sein. Für den Versicherungsnehmer bietet die offene Mitversicherung schließlich die Möglichkeit, anstelle der Bindung an einen Versicherer die Kompetenzen mehrerer Anbieter zu bündeln und über die Konkurrenzsituation bessere Prämien oder Bedingungen zu erzielen.¹³ Häufig vergeben Versicherungsnehmer über ihren unternehmenseigenen Versicherungsdienst oder Makler daher Risiken gezielt zur Aufteilung im Wege der offenen Mitversicherung und stellen die beteiligten Mitversicherer selbst zusammen.

2. Erscheinungsformen

Zu unterscheiden sind die offene Mitversicherung im Einzelfall (ad hoc) und das Zusammenwirken mehrerer Mitversicherer im Rahmen einer auf Dauer angelegten Mitversicherungsgemeinschaft. Während die Mitversi-

¹¹ Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 4; Hübener, S. 19; Schaloske, VersR 2007, 606; Schulze Schwienhorst, FS Kollhosser, 329, 330.

¹² Vgl. Erwägungsgründe 13, 15 zur Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24.03.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor.

¹³ Schaloske, VersR 2007, 606, 607; Schulze Schwienhorst, FS Kollhosser, 329, 337; Stancke, VW 2004, 1458.

cherung im Einzelfall auf das Zusammenwirken bei einer einzelnen Risikodeckung begrenzt ist, schließen sich die Mitversicherer bei einer Mitversicherungsgemeinschaft zusammen, um eine Vielzahl gleichartiger Risiken gemeinsam zu tragen. Der Grund für einen Zusammenschluss zu einer Mitversicherungsgemeinschaft liegt häufig darin, dass vor allem bei sehr großen Risiken, einer verhältnismäßig kleinen Zahl von Versicherungsobjekten, nicht vorhersehbaren Schadensverläufen und/oder einem hohen Kumulschadensrisiko erst die mehrfache Risikoteilung eine dem Gesetz der großen Zahl genügende Bildung eines ausreichend großen und homogenen Versicherungsbestands ermöglicht.

Eine gesetzliche Definition für kartellrechtliche Zwecke findet sich in der sog. Gruppenfreistellungsverordnung.¹⁴ Nach Artikel 1 Ziff. 4 der Gruppenfreistellungsverordnung sind Mitversicherungsgemeinschaften unmittelbar oder über einen Makler oder einen bevollmächtigten Vertreter von Versicherungsunternehmen gegründete Gemeinschaften, ausgenommen Ad-hoc-Mitversicherungsvereinbarungen auf dem Zeichnungsmarkt, bei denen ein Teil des jeweiligen Risikos von einem Hauptversicherer und der verbleibende Teil von zur Deckung dieses verbleibenden Teils aufgeforderten Nebenversicherern gedeckt wird, und die Versicherer

- a) sich verpflichten, im Namen und für Rechnung aller Beteiligten Versicherungsverträge für eine bestimmte Risikoparte abzuschließen oder
- b) den Abschluss und die Abwicklung der Versicherung einer bestimmten Risikoparte in ihrem Namen und für ihre Rechnung durch eines der Versicherungsunternehmen, einen gemeinsamen Makler oder eine zu diesem Zweck geschaffene gemeinsame Organisation vornehmen lassen.

Ähnlich werden Mit-Rückversicherungsgemeinschaften in Artikel 1 Ziff. 5 definiert als unmittelbar oder über einen Makler oder einen bevollmächtigten Vertreter von Versicherungsunternehmen, eventuell mit der Unterstüt-

¹⁴ Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24.03.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor.

zung von einem oder mehreren Rückversicherungsunternehmen, gegründete Gemeinschaften, ausgenommen Ad-hoc-Mit-Rückversicherungsvereinbarungen auf dem Zeichnungsmarkt, bei denen ein Teil des jeweiligen Risikos von einem Hauptversicherer und der verbleibende Teil von zur Deckung des verbleibenden Teils aufgeforderten Nebenversicherern gedeckt wird, um

- a) wechselseitig alle oder Teile ihrer Verpflichtungen hinsichtlich einer bestimmten Risikoparte rückzuversichern oder
- b) gelegentlich für dieselbe Risikoparte Rückversicherungsschutz im Namen und für Rechnung aller Beteiligten anzubieten.

Während die offene Mitversicherung im Einzelfall regelmäßig als kartellrechtlich unbedenklich eingeordnet wird, liegt bei Mitversicherungsgemeinschaften häufig eine Wettbewerbsbeschränkung vor, sodass für die kartellrechtliche Unbedenklichkeit sicherheitshalber die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung einzuhalten sind.¹⁵

Mitversicherungen im Einzelfall wie auch Mitversicherungsgemeinschaften kommen sowohl in der Erstversicherung als auch in der Rückversicherung vor. Beispiele für Mitversicherungsgemeinschaften sind beispielsweise im Bereich der D&O-Versicherung die Versicherungsgemeinschaft VOV¹⁶ unter Beteiligung der AachenMünchener Versicherung AG, der Continentale Sachversicherung AG, der Generali Versicherung AG, der HDI-Gerling Verzekeringen N.V., der Inter Allgemeine Versicherung AG und der Nürnberger Allgemeine Versicherungs-AG. Ein weiteres Beispiel für eine Mitversicherungsgemeinschaft im Bereich der Berufshaftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ist die Versicherungsstelle Wiesbaden¹⁷, an der die Allianz Versicherungs-AG, die AXA Versicherung AG, die ERGO Versicherung AG und die R+V Allgemeine Versicherung AG beteiligt sind. Zunehmende Bedeutung erlangen darüber hinaus auch durch Versicherungsmakler initiierte Mitversicherungsgemeinschaften.

¹⁵ Vgl. zur kartellrechtlichen Bewertung im Einzelnen *Schaloske*, Mitversicherung, S. 329 ff.

¹⁶ www.vovgmbh.de.

¹⁷ www.versicherungsstelle-wiesbaden.de.

meinschaften (sog. Maklerkonzepte), was insbesondere auch auf die kartellrechtliche Beurteilung Einfluss haben kann.¹⁸

Von Mitversicherungsgemeinschaften zu unterscheiden sind sog. Versicherungspools im engeren Sinne. Diese bezwecken zwar ebenfalls die Risikoaufteilung, jedoch schließt regelmäßig nur ein Versicherer den Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsnehmer. Die Pool-Mitglieder bringen die gezeichneten Risiken sodann in den Pool ein und verteilen sie nach einem bestimmten Schlüssel untereinander. Dabei sind auch mehrstufige Pools möglich. Die Pools sind ein Mittel der Rückversicherung eigener Art.¹⁹

3. Andere Möglichkeiten der Risikoteilung

Die Risikoteilung im Wege der offenen Mitversicherung ist nicht die einzige Möglichkeit, Risiken auf mehrere Versicherer zu verteilen. Vielmehr gibt es eine Reihe weiterer Möglichkeiten der Risikoteilung, welche die offene Mitversicherung jedoch nicht verdrängen, sondern häufig kumulativ zum Einsatz kommen.

Insbesondere in der Haftpflichtversicherung, zunehmend aber auch in anderen Versicherungszweigen, findet bei großen Risiken eine Risikoaufteilung auf verschiedene Layer statt (sog. Exzedentenversicherung).²⁰ Kurz gefasst besteht das Leistungsversprechen der Exzedentenversicherer darin, Versicherungsschutz im Anschluss an die Versicherungssummen der jeweils vorausgehenden Layer zu bieten, wenn der Versicherungsschutz der vorausgehenden Layer im einzelnen Versicherungsfall (Summendifferenzdeckung) oder in der Versicherungsperiode (Summenausschöpfungsdeckung) aufgebraucht ist. Dabei werden die Deckungstrecken der einzelnen Layer häufig wiederum im Wege der offenen Mitversicherung auf verschiedene Mitversicherer aufgeteilt. Mit der Risikoaufteilung im Wege der

¹⁸ Vgl. dazu *Schaloske*, *VersR* 2008, 734, 737 ff.; *Stancke*, *VersR* 2012, 1346.

¹⁹ Vgl. *Bruck/Möller/Schnepp* Anh § 216 Rn. 15; *MüKo-VVG/Halbach* § 77 Rn. 8; *Prölss/Martin/Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 2.

²⁰ Vgl. zur Exzedentenversicherung *Schaloske*, *PHi* 5/2012, 166.

Exzedentenversicherung vermeiden die Versicherer der höheren Layer eine Beteiligung an Frequenz- oder kleineren bis mittleren Schäden. Für den Versicherungsnehmer können mit der Exzedentenversicherung daher Prämiensparnisse einhergehen. Demgegenüber wird die Komplexität der Schadensabwicklung durch die Vervielfachung der beteiligten Versicherer erheblich erhöht, insbesondere weil die Programmführung durch einen Versicherer, beispielsweise den führenden Mitversicherer der Grunddeckung, die ganz seltene und auf besondere Konstellationen beschränkte Ausnahme ist.

Auf der Ebene der sekundären Risikoteilung können die Erstversicherer Risiken zudem durch obligatorische oder fakultative Rückversicherung an den Rückversicherungsmarkt weitergeben. Auch auf Ebene der Rückversicherung kommt, wie schon angesprochen, die Risikoaufteilung im Wege der offenen Mitversicherung zum Einsatz. Dies kann wiederum im Einzelfall geschehen und wird dann teilweise auch als sog. stille (verdeckte, interne) Mitversicherung bezeichnet.²¹ Daneben kommt auch eine institutionalisierte Zusammenarbeit im Wege von Mit-Rückversicherungsgemeinschaften, teilweise auch als Versicherungspools bezeichnet, in Betracht.

Neben diesen klassischen Formen der Risikoteilung wächst die Bedeutung der Risikofinanzierung über und des Risikotransfers in den Kapitalmarkt (sog. alternativer Risikotransfer). Bekannt und in der Bedeutung weiter zunehmend sind beispielsweise sog. Cat-Bonds, also Anleihen von (Rück-) Versicherern, bei denen die Zins-, Prämien- und Kapitalrückzahlung vom Nichteintritt einer definierten Naturkatastrophe eintritt. Ein Beispiel hierfür ist der durch das Tohoku-Erdbeben 2011 betroffene Cat-Bond Muteki Ltd. über USD 300 Mio. der Munich RE.²²

²¹ Vgl. Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 1; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 13 f.

²² www.reuters.com/article/2011/05/09/cat-bond-default-idUSLDE74821M20110509.

III. Überblick zu den praktischen Fragestellungen

Die Dornbracht-Entscheidung hat zu Recht für viel Aufsehen gesorgt, behandelt die Entscheidung doch eine Reihe nach der Reform des Versicherungsvertragsrechts neuer oder sich neu stellender Fragen. Dies gilt insbesondere für die Einordnung von Maklerfragebögen. Eine Revolution der offenen Mitversicherungspraxis wird sie gleichwohl nicht zur Folge haben. Die Entscheidung ist aber ein wichtiger Anstoß, sowohl für den Versicherungsnehmer wie auch für die Versicherer, Fragen der Vertragsgestaltung der offenen Mitversicherung stärker in den Blick zu nehmen und zum Teil über Jahrzehnte gewachsene Praktiken und Klauseln kritisch zu hinterfragen.

Die Bedeutung der Dornbracht-Entscheidung liegt vor allem im Bereich des Zustandekommens der offenen Mitversicherung (dazu B.). Die Dornbracht-Entscheidung wirft Fragen zur Vertretungsmacht des führenden Mitversicherers nicht nur bei der späteren Vertragsdurchführung, sondern auch beim Vertragsabschluss auf. Insoweit kommt es darauf an, zwischen den verschiedenen Verfahren des Zustandekommens einer offenen Mitversicherung zu unterscheiden (dazu B.I.). Darüber hinaus lenkt die Dornbracht-Entscheidung den Blick auf Gestaltungsmöglichkeiten bei der vertragsrechtlichen Konstruktion der Mitversicherung (dazu B.II.). Das betrifft zum einen das Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer. Hier steht im Vordergrund, ob die Versicherer das Risiko auf der Grundlage eines einzigen Versicherungsvertrags oder jedenfalls aufgrund rechtlich verbundener oder aber durch voneinander unabhängige Verträge übernehmen. Dies kann sich konkret auswirken, wenn beispielsweise einer der beteiligten Mitversicherer den Versicherungsvertrag isoliert für seinen Anteil beenden möchte. Zum anderen geht es um das Innenverhältnis der Mitversicherer. Stehen die Mitversicherer unverbunden nebeneinander oder sind sie aufgrund der einvernehmlichen Risikoteilung vertraglich verbunden mit der Folge, dass zwischen ihnen insbesondere Rücksichtnahme- und Treuepflichten entstehen? Auch hierbei eröffnet sich ein weites Feld möglicher Vertragsgestaltung, das bislang durch die Mitversicherer jedenfalls bei der offenen Mitversicherung im Einzelfall unbestellt bleibt. Schließlich hebt die Dornbracht-Entscheidung die Rolle des Versicherungsmaklers, sowohl bei der Gestaltung der Versicherungsbedingungen als auch im Rahmen der vorvertraglichen Risikoabfrage, gerade in der Industrieversicherung hervor. Die mit Maklerbedingungen und Maklerfragebögen verbundenen Fragen sind dabei über die offene Mitversicherung hinaus von allgemeiner Bedeutung (dazu B.III.).

Neben dem Zustandekommen der offenen Mitversicherung geht es um Fragen der Vertragsdurchführung (dazu C.). Die Vertragsdurchführung der Mitversicherung ist vor allem durch die Rolle des führenden Mitversicherers geprägt. Aufgrund der Führungsklauseln wird der führende Mitversicherer durch die beteiligten Mitversicherer je nach Klauselgestaltungen in unterschiedlichem Ausmaß mit der Vertragsabwicklung für die beteiligten Mitversicherer beauftragt. In diesem Zusammenhang stehen auch die vom Oberlandesgericht Hamm angesprochenen Fragen der Wissenszurechnung. Mit den Rechten des führenden Mitversicherers im Außenverhältnis korrespondieren zugleich Pflichten im Innenverhältnis. Die Dornbracht-Entscheidung gibt insoweit auch Anlass, über die mögliche Haftung des führenden Mitversicherers nachzudenken, wenn dieser Entscheidung ohne erforderliche Abstimmung mit den beteiligten Mitversicherern trifft oder für diese maßgebliche Informationen nicht rechtzeitig weiterleitet.

Zum Schluss dieser Untersuchung findet sich ein Fazit und Ausblick (dazu D.). Hier werden die wichtigsten Ergebnisse sowie Anregungen hervorgehoben, zu deren stärkerer Beachtung seitens der versicherungsnehmenden Wirtschaft wie auch der Versicherer bei dem Zustandekommen und der Vertragsgestaltung der offenen Mitversicherung diese Arbeit einen Beitrag leisten soll.

B. Zustandekommen der offenen Mitversicherung

Die Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm lenkt den Blick zunächst auf Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Zustandekommen der offenen Mitversicherung. Vor allem geht es um den Abschluss der Versicherung mit dem Versicherungsnehmer und die Rechten und Pflichten des führenden Mitversicherers in der Phase der Vertragsanbahnung bis zum Vertragsabschluss sowie im Fall des Renewals (dazu I.).

Weiterhin liegt eine Besonderheit im Fall Dornbracht darin, dass lediglich einer der beteiligten Mitversicherer aufgrund einer angeblichen vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung vom Versicherungsvertrag zurücktrat und die Anfechtung des Vertrags erklärte. Ist eine solche isolierte Vertragsbeendigung rechtlich jedoch überhaupt möglich? Das wirft die Frage der Qualifikation der Vertragsverhältnisse zwischen dem Versicherungsnehmer und den Mitversicherern einer-

seits und zugleich auch der Mitversicherer untereinander andererseits auf (dazu II.).

Schließlich rückt die Dornbracht-Entscheidung die Rolle des Versicherungsmaklers bei dem Zustandekommen von gewerblichen und industriellen Versicherungsverträgen in den Fokus. Im Vordergrund steht insbesondere die Verwendung von Maklerbedingungen und Maklerfragebögen. Die damit zusammenhängenden Fragen sind von übergeordneter Bedeutung und werden aufgrund ihrer Bedeutung gerade auch im Kontext mit offenen Mitversicherungen abschließend im Rahmen eines Exkurses behandelt (dazu III.).

I. Rolle des führenden Versicherers

Das Oberlandesgericht Hamm ging in der Dornbracht-Entscheidung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls zu Recht davon aus, dass der führende Mitversicherer den Versicherungsvertrag auch für die beteiligten Mitversicherer geschlossen hat. Auch deshalb wurde der Styropor-Ausschluss des beklagten Mitversicherers nicht Vertragsgegenstand. Der Fall zeigt damit zugleich prototypisch die mit dem Zustandekommen der Mitversicherung verbundenen Risiken für alle Beteiligten, einschließlich etwaiger Haftungsrisiken, und damit die Notwendigkeit auf, für möglichst transparente Abläufe und Verantwortlichkeiten zu sorgen.

Bei dem Abschluss eines Versicherungsvertrages im Wege der offenen Mitversicherung ist zwischen verschiedenen Verfahren zu unterscheiden. Je nachdem wie der Vertrag im Wege der offenen Mitversicherung zustande kommt, unterscheidet sich auch die Rolle des führenden Mitversicherers (dazu 1.). Von dem erstmaligen Vertragsschluss zu unterscheiden ist die Verlängerung der Versicherung (dazu 2.). Unabhängig von der Art und Weise des Zustandekommens der offenen Mitversicherung obliegt es im Anschluss dem führenden Mitversicherer, den Versicherungsschein auszustellen (dazu 3.).

1. Vertragsabschluss

Die Europäische Kommission hat im Rahmen der sog. Sektoruntersuchung zwischen vier Verfahren des Zustandekommens einer offenen Mitversiche-

rung unterschieden.²³ Trotz nationaler Besonderheiten handelt es sich prinzipiell um eine anschauliche Darstellung, die daher den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt wird. Zu betonen ist, dass eine Orientierung an traditionellen Verfahren der nationalen Versicherungsmärkte jedenfalls in der gewerblichen und industriellen Versicherung teilweise in den Hintergrund rückt. So stellt es heute beispielsweise keine Ausnahme mehr dar, dass ein Risiko im Wege der offenen Mitversicherung nach deutschem Recht beispielsweise über Lloyd's in London platziert wird. Auf Besonderheiten der Mitversicherung unter Beteiligung von Lloyd's Syndikaten sowie auf weitere besondere Verfahren des Zustandekommens der offenen Mitversicherung, beispielsweise im Wege der öffentlichen Vergabe, wird in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen und stattdessen auf Ausführungen an anderer Stelle verwiesen.²⁴

Die folgenden vier Verfahren des Zustandekommens einer offenen Mitversicherung unterscheiden sich insbesondere darin, ob dem führenden Mitversicherer bereits in der Verhandlungs- und Abschlussphase eine zentrale Rolle zukommt oder aber der Versicherungsnehmer den Vertrag mit den einzelnen Mitversicherern separat verhandelt: i) die Zusammenstellung der offenen Mitversicherung durch den führenden Mitversicherer, ii) das Zustandekommen im Wege eines maklergeführten Subskriptionsverfahrens oder iii) im Wege eines Auktionsverfahrens sowie iv) die Risikozeichnung durch einen Versicherungsvermittler auf Grundlage im Vorfeld eingeräumter „*delegated underwriting authority*“. Selbstverständlich gibt es auch Mischformen, sodass die vorgestellten Modelle vor allem typologischen Zwecken dienen:

- Lange Zeit im Vordergrund stand die Zusammenstellung einer offenen Mitversicherung durch den führenden Mitversicherer. In diesem Szenario wendet sich der Versicherungsnehmer, häufig über einen

²³ EG-Kommission IP/07, 1390 vom 25.09.2007 und Mitteilung (Abschlussbericht) sowie Commission Staff Working Document (Arbeitspapier) (im Internet abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/business.html); dazu ausführlich Dreher, VersR 2008, 15; Schaloske, VW 2008, 822.

²⁴ Zum Zustandekommen der offenen Mitversicherung einschließlich des börsenmäßigen Zustandekommens und der öffentlichen Auftragsvergabe siehe im Einzelnen auch Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 11; Schaloske, Mitversicherung, S. 40 ff.

Versicherungsmakler, typischerweise zunächst an einen Versicherer, der später voraussichtlich die Führungsrolle übernehmen soll, und bittet um die Abgabe eines Angebots. Sodann gibt entweder der angesprochene Versicherer aus Kapazitäts- oder sonstigen geschäftspolitischen Gründen den Anstoß zur Bildung einer offenen Mitversicherung oder der Versicherungsnehmer selbst ersucht den angesprochenen Versicherer, beispielsweise aus Wettbewerbsgründen, das Risiko auf andere Versicherer aufzuteilen.

In dieser Konstellation überlassen die weiteren Versicherer dem zukünftig führenden Mitversicherer nicht selten bereits die Verhandlungsführung und den Vertragsabschluss mit dem Versicherungsnehmer. Der führende Mitversicherer ist daher schon vor Vertragsabschluss durch die zukünftig beteiligten Mitversicherer im Sinne von §§ 662 ff. BGB beauftragt und gegenüber dem Versicherungsnehmer gegebenenfalls zur Verhandlungsführung und zum Vertragsabschluss bevollmächtigt.²⁵

Diese Zeichnungsvollmachten sind allerdings streng zu trennen von den dem führenden Mitversicherer aufgrund der Führungsklauseln für die Vertragsdurchführung eingeräumten Vollmachten und Befugnissen. Diese Führungsvollmachten werden erst zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Versicherungsnehmer wirksam und gelten nicht für die Verhandlungs- und Abschlussphase.²⁶

Der führende Mitversicherer übernimmt es regelmäßig auch, den beteiligten Mitversicherern Informationen über die tatsächlichen Risikoverhältnisse, beispielsweise Besichtigungsberichte, Angaben zu Brandschutzmaßnahmen und über den bisherigen Schadensverlauf, Einschätzungen des möglichen Schadenspotentials sowie Informationen zur Kalkulation von Prämien- und Versicherungssummen zur Verfügung zu stellen. Der führende Mitversicherer handelt insoweit als Beauftragter der anderen Mitversicherer.²⁷ Dabei treffen den füh-

²⁵ *Schaloske*, Mitversicherung, S. 42.

²⁶ *Bruck*, S. 543; *Hübener*, S. 42; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 43.

²⁷ Teilweise wird zugleich von einer Beauftragung durch den Versicherungsnehmer ausgegangen, was jedoch allenfalls im Einzelfall zutreffen dürfte; vgl. dazu *Hübener*, S. 41.

renden Mitversicherer Sorgfaltspflichten zur rechtzeitigen und vollständigen Information wie auch zur sorgfaltsgemäßen Aufbereitung etwaiger Risikoinformationen. Bei Verletzung dieser Sorgfaltspflichten kann der führende Mitversicherer den beteiligten Mitversicherern gemäß §§ 280 ff., 276, 249 ff. BGB gegebenenfalls zum Schadenersatz verpflichtet sein.

- Anstelle einer Zusammenstellung der offenen Mitversicherung durch den führenden Mitversicherer erfolgt die Risikoaufteilung mittlerweile häufig eher durch den Versicherungsnehmer oder den von ihm beauftragten Versicherungsmakler oder unternehmenseigenen Versicherungsdienst. Die Kommission bezeichnet dieses Verfahren als sog. maklergeführtes zweistufiges Subskriptionsverfahren. Dabei stellt der Versicherungsmakler zunächst potentiellen Mitversicherern die erforderlichen Risiko- und Zeichnungsinformationen zur Verfügung. Diese geben auf dieser Grundlage ein Angebot für einen Risikoanteil ab. Die Kommission unterscheidet sodann zwei Phasen: Nach der Auswahl des führenden Mitversicherers und der Vereinbarung der Prämien und Versicherungsbedingungen in einer ersten Phase schließt sich in einer zweiten Phase die Auswahl der weiteren beteiligten Mitversicherer zu denselben Bedingungen und regelmäßig auch zu denselben Prämien an.²⁸

Diese von der Kommission angenommene strikte Trennung in zwei abgegrenzte Verhandlungsphasen dürfte jedenfalls in Deutschland so klar abgegrenzt eher nicht bestehen. Kennzeichnend für die maklergeführte Zusammenstellung einer offenen Mitversicherung sind meist vielmehr Parallelverhandlungen mit sämtlichen potentiellen Mitversicherern, nach denen sich der Versicherungsnehmer anschließend für das aus seiner Sicht beste Angebot und einen der Versicherer als führenden Mitversicherer entscheidet. Sodann legt der Versicherungsnehmer oder der Versicherungsmakler den weiteren zu beteiligenden Mitversicherern das Verhandlungsergebnis offen und verhandelt deren Beteiligung auf Grundlage der mit dem führenden Mitversicherer vereinbarten Konditionen. Grundsätzlich zwingend einheitlich vorgegeben sind die Versicherungsbedingungen, da nur

²⁸ Commission Staff Working Document (Fn. 23), S. 25 ff.

bei einheitlichen Bedingungen auch eine einheitliche Vertrags- und Schadensabwicklung möglich ist. Hingegen werden die Prämien für die individuellen Risikoanteile häufig und zunehmend mit dem jeweiligen Mitversicherer separat verhandelt.

Im Subskriptionsverfahren handelt jeder Mitversicherer bei Vertragsabschluss prinzipiell im eigenen Namen. Nur ausnahmsweise wird dem führenden Mitversicherer Zeichnungsvollmacht erteilt. Im Gegensatz zur Zusammenstellung des Konsortiums durch den führenden Mitversicherer hat dieser bei der maklergeführten Zusammenstellung daher auch keinen oder nur geringen Einfluss auf die Auswahl der anderen Mitversicherer und die zu übernehmenden Risikoquoten, Versicherungssummen und Versicherungsprämien.

- Von dem maklergeführten Subskriptionsverfahren unterscheidet die Kommission das sog. Vertikalzeichnungsverfahren (Auktionsverfahren). Bei diesem Verfahren werden die Risikoanteile der Mitversicherer ausschließlich im Vertikalverhältnis zu meist identischen Versicherungsbedingungen, jedoch häufig unterschiedlichen Prämien vergeben.²⁹ Es handelt sich um eine typische Ausschreibungssituation, bei der die Versicherer auf ein bestimmtes Risiko und vorgegebene Versicherungsbedingungen Angebote abgeben, auf deren Grundlage der Versicherungsnehmer über die Risikobeteiligung entscheidet. In Reinform dürfte dieses Verfahren eher die Ausnahme bilden, aber kommt beispielsweise in den Bereichen Marine, Aviation und Transport durchaus vor. In der Mehrzahl der Fälle dürfte für Deutschland dagegen eher das zuvor beschriebene maklergeführte Subskriptionsverfahren exemplarisch sein. Wie im Fall des Subskriptionsverfahrens handelt jeder Mitversicherer im Auktionsverfahren für den eigenen Risikoanteil.
- Schließlich nennt die Kommission als weiteres Verfahren zur Zusammenstellung einer offenen Mitversicherung die Risikozeichnung durch einen Versicherungsvermittler auf Grundlage im Vorfeld eingeräumter „*delegated underwriting authority*“.³⁰ Dabei vereinbaren

²⁹ Commission Staff Working Document (Fn. 23), S. 27.

³⁰ Commission Staff Working Document (Fn. 23), S. 27 f.

zunächst der zukünftig führende Mitversicherer und der Versicherungsvermittler, typischerweise ein Versicherungsmakler oder ein Mehrfachvertreter, bestimmte Zeichnungskriterien einschließlich Bedingungen und Prämien. Der Vermittler sucht anschließend weitere beteiligte Mitversicherer auf dieser Grundlage aus. Die Mitversicherer und der Versicherungsvermittler legen sodann die jeweiligen Risikoanteile fest. Auf dieser Grundlage erfolgt dann die zukünftige Risikozeichnung in einer Vielzahl von Fällen durch den Versicherungsvermittler als Zeichnungsstelle. Es handelt sich folglich nicht um eine Mitversicherung im Einzelfall, sondern um eine häufig durch einen Makler initiierte Mitversicherungsgemeinschaft.

2. Vertragsverlängerung (Renewal)

Von dem erstmaligen Zustandekommen ist das spätere Renewal der offenen Mitversicherung zu unterscheiden. Im Ausgangspunkt ist wiederum jeder Mitversicherer zuständig, über die Verlängerung des mit ihm bestehenden Vertragsverhältnisses zu entscheiden. Etwas anderes kann dann gelten, wenn ausnahmsweise ein einzelner Versicherungsvertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und den beteiligten Mitversicherern anstelle von getrennten Vertragsverhältnissen vorliegt (dazu unter B.II.1.). Ob der führende Mitversicherer für die Entscheidung über das Renewal der Versicherungsverträge bevollmächtigt ist, hängt im Übrigen – vorbehaltlich einer im Einzelfall erteilten Vollmacht – von der Fassung und Auslegung der vereinbarten Führungsklauseln ab. In den meisten Fällen kommt es allerdings auf eine ausdrückliche Verlängerung nicht an, wenn sich die Versicherungsverträge mit den beteiligten Mitversicherern nach den Vertragsbedingungen vorbehaltlich einer rechtzeitigen Kündigung automatisch verlängern. Dann kann es gegebenenfalls Führungsaufgabe sein, vertraglich vereinbarte Risikoinformationen rechtzeitig von dem Versicherungsnehmer einzusammeln und an die beteiligten Mitversicherer weiterzuleiten, damit diese über die Fortsetzung oder Kündigung des Vertrags entscheiden können.

3. Ausstellung des Versicherungsscheins

Unabhängig von der Art und Weise des Zustandekommens der offenen Mitversicherung obliegt dem führenden Mitversicherer nach Vertragsschluss regelmäßig die Ausstellung des Versicherungsscheins. Typischerweise erfolgt die Dokumentation des Versicherungsscheins – wie allgemein im gewerblichen und industriellen Bereich – nach Abschluss des Vertrages. Die Zusammenfassung der Versicherungsverhältnisse mit allen beteiligten Mitversicherern dient der Vereinfachung und Praktikabilität. Es handelt sich insoweit um eine typische Führungsaufgabe. Die Ausstellung eines einheitlichen Versicherungsscheins lässt deshalb, entgegen teils anderer Stimmen im Schrifttum, keinen Rückschluss auf die Vertragskonstruktion, etwa den Abschluss eines einzigen Versicherungsvertrages zu.³¹

Die Dornbracht-Entscheidung des OLG Hamm befasst sich unter anderem mit der Frage, welche Auswirkungen ein fehlerhaft ausgestellter Versicherungsschein gemäß § 5 VVG auf den Versicherungsschutz haben kann. Die Entscheidung verdeutlicht insbesondere das Haftungsrisiko des führenden Mitversicherers, einen Versicherungsschein auszustellen, der die vertraglichen Absprachen mit den beteiligten Mitversicherern unvollständig oder falsch wiedergibt. Dem führenden Mitversicherer ist deshalb dringend zu empfehlen, vor Ausstellung eines Versicherungsscheins die Zustimmung der beteiligten Mitversicherer einzuholen, was durch Zustimmung oder bei entsprechender Absprache durch ein Unterlassen fristgemäßen Widerspruchs erfolgen kann.³²

Bei der offenen Mitversicherung stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit die Genehmigungsfiktion des § 5 Abs. 1 VVG reicht, wenn beispielsweise besondere Abreden mit einzelnen beteiligten Mitversicherern nicht dokumentiert sind. Zum Anwendungsbereich des § 5 VVG hat insofern das Oberlandesgericht Celle³³ zutreffend ausgeführt, dass die Regelung auch dann anwendbar ist, wenn erst im Versicherungsschein die Beteiligung weiterer Mitversicherer offengelegt wird. Voraussetzung ist, dass

³¹ Siehe dazu ausführlich B.II.1.c), S. [●] ff.

³² Vgl. zu möglichen Vereinbarungen im Innenverhältnis B.II.2.c), S. [●] ff., und C.III.5., S. [●] ff.

³³ OLG Celle Urt. v. 21.06.1974 – 8 U 164/71, r+s 1975, 238, 241; Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 10; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 45.

der Versicherer nach § 5 Abs. 2 VVG den Versicherungsnehmer auf die Beteiligung weiterer Mitversicherer und auf die Genehmigungsfiktion des § 5 Abs. 1 VVG hinweist; anderenfalls bleibt es bei der Risikoübernahme durch den Versicherer, der den Vertrag verhandelt hat.

Dem Oberlandesgericht Hamm ist weitergehend darin zuzustimmen, dass § 5 VVG ebenso gilt, wenn der Versicherungsschein Abweichungen enthält, die lediglich die Risikoübernahme durch einzelne beteiligte Mitversicherer betreffen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Parteien im Fall eines Großrisikos im Sinne von § 210 VVG die Regelung des § 5 VVG wirksam abgedungen haben. In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum gefordert, dass eine Abweichung von § 5 VVG im Versicherungsschein selbst dokumentiert werden sollte, da anderenfalls ein Vorbehalt abweichender Vereinbarungen wiederum gemäß § 5 VVG entfallen könne.³⁴ Dem dürfte nicht zuzustimmen sein, da § 5 VVG in dem vorgenannten Fall insgesamt nach dem Parteiwillen gerade keine Anwendung finden soll. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Dokumentation eines Vorbehalts abweichender Vereinbarung im Versicherungsschein vorsorglich gleichwohl zu empfehlen.

Hinsichtlich der Voraussetzungen einer Genehmigung von Abweichungen des Versicherungsscheins vom vereinbarten Vertragsinhalt kommt es auf den Inhalt der konkreten Abweichung an. Umstritten ist insbesondere, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 VVG – ein auffälliger Hinweis auf die Abweichung und die Genehmigungsfiktion – auch dann erfüllt sein müssen, wenn es um für den Versicherungsnehmer günstige Abweichungen geht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes soll in diesem Fall lediglich § 5 Abs. 1 VVG anwendbar sein, da § 5 Abs. 2 VVG eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Versicherungsnehmers darstelle.³⁵ Nach anderer Ansicht soll dagegen bereits § 5 Abs. 1 VVG nicht anwendbar sein, der im Versicherungsschein dokumentierte Vertragsinhalt jedoch im Wege eines neuen Angebots des Versicherers und dessen Annahme durch den Versicherungsnehmer spätestens mit der Prämienzahlung und zugleich stillschweigender Vereinbarung einer Rückwärtsversicherung für die Ver-

³⁴ *Naujoks/Heydorn*, VersR 2011, 476, 481.

³⁵ BGH, Urt. v. 22.02.1995 –IV ZR 58/94, VersR 1995, 648 m.w.N.

gangenheit verbindlich werden.³⁶ Demgegenüber bejahen andere Autoren die Anwendbarkeit sowohl des § 5 Abs. 1 als auch des Abs. 2 VVG, kommen aber unabhängig von den besonderen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 VVG zu dem Ergebnis, dass der in dem Versicherungsschein dokumentierte günstige Vertragsinhalt vereinbart ist. Dies wird wiederum entweder mit einem stillschweigenden Vertragsabschluss mit abweichendem Inhalt begründet³⁷ oder aber dem Versicherer wird die Berufung auf § 5 Abs. 2 VVG nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB versagt³⁸.

Überzeugender ist es, wie das Oberlandesgericht Hamm lediglich § 5 Abs. 1 VVG auf eine den Versicherungsnehmer begünstigende Abweichung des Versicherungsscheins anzuwenden. Dafür spricht, dass § 5 Abs. 2 VVG erkennbar dem Schutz des Versicherungsnehmers vor benachteiligenden Abweichungen dient. Zwar hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nicht zwischen vorteilhaften und nachteiligen Änderungen differenziert, zugleich aber vorangestellt, dass keine sachliche Änderung der Vorschrift im Vergleich zur Vorgängerregelung erfolgen sollte.³⁹ Das dürfte sich dann auch die Ausformung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus der Zeit vor der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes beziehen. Mithin ist § 5 Abs. 2 VVG im Wege der teleologischen Reduktion weiterhin auf den Versicherungsnehmer benachteiligende Abweichungen zu begrenzen. Dann lässt sich aber auch aus dem redaktionellen Bezug des § 5 Abs. 1 VVG auf Absatz 2 nicht zwingend folgern, dass auch Absatz 2 bei günstigen Abweichungen anwendbar sei.

Bei der Beteiligung eines Versicherungsmaklers stellt sich schließlich die Frage, ob § 5 VVG auch dann anzuwenden ist, wenn der Versicherungsschein durch den Makler ausgestellt wird und/oder dem Vertrag durch den Makler gestellte Versicherungsbedingungen zugrunde liegen.

Bei der Ausstellung des Versicherungsscheins ist zu unterscheiden zwischen dem Fall, dass ein Versicherungsmakler einen Versicherungsschein als Vertreter des Versicherungsnehmers oder als Vertreter der Versicherer

³⁶ Prölss/Martin/Prölss § 5 Rn. 7.

³⁷ Looschelders/Pohlmann/Schneider § 5 Rn. 16 f.; ders., r+s, 417, 419 ff.

³⁸ MüKo-VVG/Armbüster § 5 Rn. 29.

³⁹ BT-Drucks. 16/3945, S. 57.

ausstellt. Gerade in der gewerblichen und industriellen Versicherung kommt es häufig vor, dass der Makler eine Doppelrolle einnimmt, also nicht ausschließlich für den Versicherungsnehmer, sondern – beispielsweise auf rahmenvertraglicher Grundlage mit dem führenden Mitversicherer – auch für den führenden Mitversicherer tätig wird und in dieser Funktion den Versicherungsschein ausstellt. Der Versicherungsmakler übersendet dann den Versicherungsschein an den führenden Mitversicherer, der den Versicherungsschein mit der Übersendung an den Versicherungsnehmer genehmigt und sich zu eigen macht.

Ausgangspunkt zur Lösung der Fälle fehlerhafter Dokumentation durch einen Makler ist neben dem Wortlaut und Schutzzweck des § 5 VVG die Feststellung, dass § 3 Abs.1 VVG die Pflicht, dem Versicherungsnehmer den Versicherungsschein zu übermitteln, dem Versicherer zuweist. Das spricht bei systematischer Auslegung dafür, den Anwendungsbereich des § 5 VVG auf einen durch den Versicherer ausgestellten oder zumindest genehmigten Versicherungsschein zu begrenzen. Stellt also der Versicherungsnehmer oder ein für diesen handelnder Versicherungsmakler einen Versicherungsschein mit abweichendem Inhalt aus, so findet § 5 VVG keine Anwendung. Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift ist nicht gerechtfertigt, da keine entsprechende Schutzbedürftigkeit besteht. Vielmehr kann der im Versicherungsschein dokumentierte Inhalt gegebenenfalls über einen neuen Vertragsschluss Vertragsgegenstand werden. Dafür reicht das bloße Schweigen des Versicherers grundsätzlich nicht aus, jedoch beispielsweise die Gegenzeichnung der Police. Davon unberührt bleibt unter Umständen das Recht des Versicherers zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB.⁴⁰

Etwas anderes gilt grundsätzlich dann, wenn der Versicherungsmakler für den Versicherer tätig wird. Insoweit kommt es auf die Abreden und Abläufe im Einzelfall an. Wird der Versicherungsmakler für den Versicherer tätig, bleibt § 5 VVG anwendbar, sodass für den Versicherungsnehmer günstigere Regelungen kraft § 5 Abs. 1 VVG gelten und es bei nachteiligen Änderungen vorbehaltlich einer Genehmigung kraft Absatz 2 bei den ursprünglich vereinbarten günstigeren Regelungen bleibt. Denn durch die Einschaltung eines Maklers als Hilfsperson kann sich der Versicherer den

⁴⁰ Vgl. auch Looschelders/Pohlmann/Schneider § 5 Rn. 16 f.; ders., r+s, 417, 420 f.

ihm obliegenden Pflichten nicht entziehen. Das dürfte auch dann gelten, wenn dem Vertrag durch den Makler gestellte Versicherungsbedingungen zugrunde liegen.⁴¹ Weder der Wortlaut noch der Schutzzweck des § 5 VVG geben Anlass, die Vorschrift in diesem Fall teleologisch zu reduzieren. Insbesondere ist der Versicherer auch im Fall von Maklerbedingungen dafür verantwortlich, den Inhalt des Versicherungsscheins mit den vereinbarten Bedingungen abzugleichen. Davon zu trennen ist die Frage, ob der Makler sich gegenüber dem Versicherer, dem er dann ebenfalls pflichtgebunden ist, gegebenenfalls nach § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig macht, wenn er den Vertrag abweichend von den zugrundegelegten Bedingungen dokumentiert.

II. Vertragsverhältnisse

Die Dornbracht-Entscheidung lenkt den Blick nicht nur auf Fragen des Zustandekommens der Mitversicherung und der Rolle des führenden Mitversicherers im vorvertraglichen Stadium, sondern insbesondere auch auf die Vertragsstrukturen im Außenverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und den Mitversicherern und des Weiteren im Innenverhältnis der Mitversicherer untereinander. Konkret wirft die Dornbracht-Entscheidung beispielsweise die Frage auf, ob der beklagte Mitversicherer für seinen Risikoanteil allein den Rücktritt vom Versicherungsvertrag sowie die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erklären konnte. Insoweit kann es darauf ankommen, ob im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer ein einziger Versicherungsvertrag oder ein Bündel rechtlich selbstständiger Verträge vorliegt, die zusammen „*stehen und fallen*“ sollen (dazu 1.). Der Dornbracht-Fall ist ferner durch einen unterschiedlichen Informationsstand der beteiligten Mitversicherer über die Risikoverhältnisse des Versicherungsnehmers wie auch durch ein von einander abweichendes Regulierungsverhalten geprägt. Damit gehen Fragen der rechtlichen Verbundenheit der Mitversicherer im Innenverhältnis einher, beispielsweise zu wechselseitigen Informations- oder Mitwirkungspflichten (dazu 2.).

⁴¹ A.A. Looschelders/Pohlmann/Schneider § 5 Rn. 17; ders., r+s, 417, 420 f Schneider § 5, 16; r+s 2012, 417, 420.

1. Versicherungsvertragsverhältnis

Die vertragliche Ausgestaltung der Mitversicherung hängt in erster Linie von den Abreden der Parteien ab. Die Mitversicherung ist im Außenverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Mitversicherern durch die unmittelbare rechtliche Beteiligung mehrerer Mitversicherer an der Risikodeckung charakterisiert. In der Praxis wird allerdings nicht eine der Zahl der Mitversicherer entsprechende Anzahl an Vertragsdokumenten ausgefertigt. Vielmehr wird nahezu ausnahmslos – wie auch im Dornbracht-Fall – durch den führenden Mitversicherer ein Versicherungsschein als einheitliche Vertragsurkunde über die von den Mitversicherern insgesamt übernommene Gesamtversicherungssumme ausgestellt. Typischerweise ist in dem Versicherungsschein zwar die jeweilige Beteiligung der Mitversicherer festgelegt. Im Regelfall vereinbaren die Parteien jedoch nicht ausdrücklich, ob die Mitversicherer gemeinsam Vertragspartner des Versicherungsnehmers infolge des Abschlusses eines einzigen Versicherungsvertrags werden oder ob der Versicherungsnehmer mit jedem Mitversicherer einen rechtlich selbstständigen Versicherungsvertrag abschließt.

Fehlt diesbezüglich eine Regelung, ist umstritten, wie die Qualifikation des Außenverhältnisses zu erfolgen hat. Während teilweise von einem einheitlichen Versicherungsvertrag ausgegangen wird (dazu a)), geht die Rechtsprechung – weitgehend allerdings ohne Problematisierung der Frage – wie auch das Schrifttum überwiegend von separaten Versicherungsverträgen mit jedem Mitversicherer aus. Weiter umstritten ist dann aber, ob die mehreren Verträge so verbunden sind, dass sie miteinander „*stehen und fallen*“ sollen (dazu b)). Das typische Parteiinteresse spricht dafür, dass grundsätzlich voneinander unabhängige Versicherungsverträge mit den einzelnen Mitversicherern vorliegen (dazu c)).

a) Einheitlicher Versicherungsvertrag

Vereinzelt wird vertreten, dass der Versicherungsnehmer und die Mitversicherer einen einzigen Versicherungsvertrag abschließen.⁴² Dafür wird insbesondere angeführt, dass sich die Mitversicherung

⁴² Bruck/Möller/Möller § 58 Anm. 52.

durch das Vorliegen eines einzigen Vertrags von der Nebenversicherung im Sinne von § 77 VVG unterscheide.⁴³

b) Vielzahl rechtlich selbstständiger Versicherungsverträge

Demgegenüber geht der Bundesgerichtshof wie die wohl herrschende Auffassung im Schrifttum davon aus, dass im Regelfall ein eigenständiger Versicherungsvertrag mit jedem beteiligten Mitversicherer vorliege.⁴⁴

Vom Bundesgerichtshof lediglich beiläufig angesprochen und in der Rechtsprechung sonst nicht behandelt, im Schrifttum dagegen unterschiedlich beurteilt, wird dann allerdings die Folgefrage, in welchem Verhältnis die Versicherungsverträge zueinander stehen. Teilweise wird von einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis ausgegangen.⁴⁵ Danach sollen die einzelnen Verträge derart miteinander verbunden sein, dass sie einheitlich „*stehen und fallen*“. In Bezug auf die Rechtsfolgen erfolgt damit eine weitgehende Angleichung an den Fall des Abschlusses nur eines einzigen Versicherungsvertrags zwischen dem Versicherungsnehmer und den Mitversicherern. Die Gegenauffassung sieht keine solche umfassende gegenseitige rechtliche Verbundenheit der Versicherungsverträge.⁴⁶ Vielmehr spreche der

⁴³ Bruck/Möller/Möller § 58 Anm. 52.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 09.11.2011 – IV ZR 251/08, VersR 2012, 178, 179; Urt. v. 24.03.1954 – VI ZR 114/62, VersR 1954, 249; OLG Bremen, Urt. v. 13.01.1994 – 2 U 104/93, VersR 1994, 709, 710; OLG Celle, Beschl. v. 18.12.2003 – 13 Verg 22/03, NJOZ 2004, 2741, 2745; OLG Hamburg, Urt. v. 19.02.2008 – 6 U 119/07, VersR 2008, 1249; OLG Hamm, Urt. v. 10.06.1983 – 20 U 232/82, VersR 1984, 149; Brinker/Schädle, VW 2003, 1318 ff.; Bruck, S. 535 ff.; Bruck/Möller/Schnepf Anh § 216 Rn. 22; Dreher/Lange, VersR 2005, 717, 720; Hübener, S. 32 ff.; Kisch, ZVersWiss 1922, 295, 298; MüKo-VVG/Halbach § 77 Rn. 7; Prölss/Martin/ Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 4.

⁴⁵ OLG Bremen, Urt. v. 13.01.1994 – 2 U 104/93, VersR 1994, 709, 710; Andreae, VersPrax 2003, 194, 196; Bruck/Möller/Schnepf Anh § 216 Rn. 23, 49; Dreher/Lange, VersR 2005, 717, 720.

⁴⁶ Brinker/Schädle, VW 2003, 1420, 1421; BK/Schauer § 58 Rn. 29; Kisch, S. 20; so jetzt wohl auch BGH, Urt. v. 09.11.2011 – IV ZR 251/08, VersR 2012, 178, 179.

Parteiwille gemäß §§ 133, 157 BGB regelmäßig gegen eine solche untrennbare Einheit der Verträge.

c) Stellungnahme

Die Qualifikation des Außenverhältnisses zum Versicherungsnehmer ist in erster Linie eine Frage der Vertragsgestaltung. Mit der Entscheidung zwischen dem Abschluss eines einzigen Versicherungsvertrages und einer Vielzahl rechtlich selbstständiger, voneinander abhängiger oder auch voneinander weitgehend unabhängiger Verträge erfolgt die Weichenstellung dahingehend, ob die Versicherer im Außenverhältnis rechtlich selbstständig nebeneinander stehen und dieses damit auch unabhängig voneinander rechtlich gestalten können oder ob sie, beispielsweise im Fall der Kündigung oder des Rücktritts, aufgrund eines gemeinsamen Rechtsbandes in ihrer Gestaltungsmacht an die Mitwirkung der anderen Mitversicherer gebunden sind.

Trotz dieser durchaus weitreichenden Bedeutung sind in der Vertragspraxis bislang kaum ausdrückliche Abreden über die Gestaltung des Außenverhältnisses anzutreffen. Es ist deshalb im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB festzustellen, welche Gestaltung dem (konkludenten) Parteiwillen entspricht.

Für die Qualifikation des Außenverhältnisses führt es zunächst nicht weiter, auf die Abgrenzung der Mitversicherung zur Nebenversicherung abzustellen. Für die Mitversicherung ist das einverständliche Zusammenwirken der Mitversicherer kennzeichnend. Diese Kooperation der Mitversicherer äußert sich im Außenverhältnis in der koordinierten anteiligen Beteiligung an einer Gesamtversicherungssumme. Nicht zwingend ist es hingegen, dass mit dieser Koordination auch eine weitergehende rechtliche Zusammenfassung wie durch eine gemeinsame Vertragspartnerstellung beabsichtigt ist. Dabei handelt es sich nicht um ein Wesensmerkmal der Mitversicherung.

Ebenso wenig spricht die Dokumentation durch einen einzigen seitens des führenden Mitversicherers ausgestellten Versicherungs-

schein für das Vorliegen nur eines Vertrags.⁴⁷ In der Industrieversicherung wird der Versicherungsschein typischerweise erst nach Vertragsschluss ausgestellt. Die Ausstellung eines einzigen, alle Vertragsverhältnisse erfassenden Versicherungsscheins durch den führenden Mitversicherer erfolgt aus Vereinfachungsgründen, erlaubt daher keinen Rückschluss auf einen weitergehenden Parteiwillen und begründet deshalb bei der offenen Mitversicherung erst recht auch keinen Anscheinsbeweis für das Vorliegen nur eines Vertrags.⁴⁸

Entscheidend ist vielmehr der Parteiwille, der gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien festzustellen ist. Betrachtet man zunächst die Interessenlage des Versicherungsnehmers, so steht für diesen das wirtschaftliche Motiv im Vordergrund, durch die Mitversicherung die Versicherung eines großen Risikos zu erreichen, für das ohne die Beteiligung einer Vielzahl von Mitversicherern die erforderliche Deckung nicht oder nur zu schlechteren Konditionen erhältlich wäre. Insoweit kommt es aber nicht darauf an, ob im Außenverhältnis ein Versicherungsvertrag oder eine Vielzahl von Verträgen geschlossen wird. Fraglich ist damit, ob die sekundär zu berücksichtigenden Konsequenzen für die Abwicklung des Mitversicherungsverhältnisses eine bestimmte Vertragskonstruktion für den Versicherungsnehmer als deutlich vorzugswürdig erscheinen lassen. Im Mittelpunkt steht für den Versicherungsnehmer insoweit, trotz der Beteiligung einer Vielzahl von Mitversicherern eine möglichst einheitliche und einfache Vertragsdurchführung sicherzustellen. Dieses Ziel erreicht der Versicherungsnehmer im Regelfall durch die Vereinbarung identischer Versicherungsbedingungen sowie durch die Bestimmung eines führenden Mitversicherers. Insbesondere durch die Vereinbarung weitreichender Führungsklauseln kann der Versicherungsnehmer dem Interesse an der einheitlichen Abwicklung des Vertragsverhältnisses Rechnung tragen.

⁴⁷ So aber *Brinker/Schädle*, VW 2003, 1318, 1319; *Prölss/Martin/Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 14.

⁴⁸ Zum Anscheinsbeweis vgl. OLG Saarbrücken, Urt. v. 05.10.2011 – 5 U 90/11, *VersR* 2012, 429, 430; *Prölss/Martin/Prölss*, VVG, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 98.

Es bleibt damit im Wesentlichen nur die Frage offen, ob die Möglichkeit des einzelnen Mitversicherers, das Versicherungsverhältnis für seinen Anteil unabhängig von der Mitwirkung der anderen Mitversicherer und ohne Konsequenzen für den Fortbestand der Mitversicherung im Übrigen zu beenden, mit den Interessen des Versicherungsnehmers zu vereinbaren ist. Teilweise wird vertreten, für den Versicherungsnehmer sei es nicht zumutbar, den einmal errichteten lückenlosen Versicherungsschutz zur Disposition jedes einzelnen Mitversicherers zu stellen.⁴⁹ Richtig daran ist, dass die mit der Qualifikation des Außenverhältnisses als Vielzahl voneinander unabhängiger Versicherungsverträge grundsätzlich einhergehende Möglichkeit eines jeden Mitversicherers, das Versicherungsverhältnis für den individuellen Anteil zu beenden, ohne an die Mitwirkung der anderen Mitversicherer gebunden zu sein, eine im Versicherungsfall lückenhafte Deckung zur Folge haben kann. Zudem kann das Auseinanderlaufen des Schicksals einzelner Verträge für den Versicherungsnehmer die Komplexität der Deckung erhöhen. Hieraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, die einheitliche Abwicklung aufgrund eines einheitlichen Versicherungsvertrags oder aufgrund voneinander abhängiger Versicherungsverträge wäre für den Versicherungsnehmer im Vergleich zu einer gegebenenfalls separaten Abwicklung voneinander weitgehend unabhängiger Versicherungsverträge zwingend vorzugswürdig. Die Möglichkeit des Ausscheidens nur einzelner Mitversicherer stellt für den Versicherungsnehmer nicht notwendig einen gravierenden Nachteil dar. Die entstehende Lücke im Versicherungsschutz kann durch den Versicherungsnehmer vielmehr, insbesondere mit Hilfe eines professionellen Versicherungsmaklers, meist geschlossen werden, beispielsweise durch die Erhöhung der Anteile bereits beteiligter Mitversicherer oder durch die Beteiligung weiterer Mit-, Exzedenten- oder Nebenversicherer. Vor allem kann die Suche einzelner Nachfolger im Vergleich zu der Organisation eines vollkommen neuen Mitversicherungskonzepts gerade auch mit geringerem Aufwand verbunden sein und die Kontinuität des Versicherungsschutzes wahren. Schließlich besteht der Flexibilitätsvorteil der separaten Vertragsbeendigung nicht nur für

⁴⁹ *Andrae*, *VersPrax*, 194, 196.

die Mitversicherer, sondern ebenso für den Versicherungsnehmer. So kann es gerade auch im Interesse des Versicherungsnehmers liegen, die Mitversicherung nur für einen individuellen Anteil, nicht aber insgesamt beenden zu können.

Vor diesem Hintergrund dürfte weder die Qualifikation als ein Versicherungsvertrag noch als Vielzahl voneinander abhängiger oder voneinander unabhängiger Verträge aus Sicht des Versicherungsnehmers generell als vorzugswürdig anzusehen sein. Betrachtet man die Interessenlage der Mitversicherer, gehört es zu ihren vorrangigen Zielen bei der Vertragsgestaltung, eine gesamtschuldnerische Haftung möglichst sicher auszuschließen. Die hieraus zum Teil gezogene Schlussfolgerung, dem Interesse am Ausschluss einer gesamtschuldnerischen Haftung entspreche die Annahme rechtlich selbstständiger Versicherungsverträge⁵⁰, ist allerdings nicht zwingend. Für eine teil- oder gesamtschuldnerische Haftung ist nicht das formale Kriterium des Vorliegens eines oder mehrerer Schuldverhältnisse im weiteren Sinn maßgeblich. Die Motivation, eine gesamtschuldnerische Haftung auszuschließen, bedingt also nicht eine bestimmte Gestaltung des Außenverhältnisses.

Allerdings gewinnt der Ausschluss der solidarischen Haftung insofern Bedeutung, als hierin ein Indiz für das Bestreben der Mitversicherer zu sehen ist, im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer unabhängig von den anderen Mitversicherern aufzutreten. Voraussetzung der Mitversicherung und dementsprechend von den Mitversicherern gewollt ist zwar eine Koordination der anteiligen Risikoübernahme durch eine gemeinsame Festlegung der Gesamtversicherungssumme und der jeweiligen Risikobeteiligung. Eine wirtschaftliche und rechtliche Abhängigkeit der Verträge besteht deshalb jedenfalls für den Kernbestand der gemeinsamen Versicherung, also der Festlegung der quotalen Risikodeckung und des auf jeden Mitversicherer entfallenen Anteils an der Gesamtversicherungssumme. Im Übrigen sind die Mitversicherer schon aufgrund ihrer Wettbewerbsstellung in der Regel aber an der Wahrung ihrer Entscheidungsautonomie interessiert, so zum Beispiel unabhängig voneinander über ih-

⁵⁰ *Andreae*, *VersPrax*, 194, 197.

ren jeweiligen Anteil durch Kündigung oder Rücktritt verfügen zu können. Über die vereinbarten Führungsklauseln hinaus ist nicht zu erkennen, dass die Mitversicherer sich weitergehend an die Entscheidungen der anderen Beteiligten binden und ihre Dispositionsfreiheit aufgeben wollten. Es ist damit festzuhalten, dass hinsichtlich der Qualifikation des Außenverhältnisses Ziel der Mitversicherer im Vordergrund steht, zwar bei der anteiligen Risikoübernahme mit den anderen Mitversicherern zu kooperieren, im Übrigen bei der Vertragsdurchführung aber als selbstständige Vertragspartner autonom über die übernommenen Anteile entscheiden zu können.

Dieser Interessenlage entspricht der Abschluss rechtlich selbstständiger und voneinander weitgehend unabhängiger Versicherungsverträge. Dieses auch für den Versicherungsnehmer erkennbare Interesse der Mitversicherer an der Wahrung der Selbstständigkeit der Vertragsverhältnisse setzt sich vorbehaltlich abweichender Regelungen grundsätzlich als sachgerechtes Auslegungsergebnis durch. Der Abschluss rechtlich selbstständiger, grundsätzlich voneinander unabhängiger Versicherungsverträge belastet den Versicherungsnehmer insbesondere nicht in unzumutbarer Weise, sondern bietet auch ihm den bereits genannten Flexibilitätsvorteil bei der Vertragsabwicklung. Hinzutritt, dass das Risiko eines unvollkommenen Versicherungsschutzes dem Versicherungsnehmers jedenfalls dann als seinem Verantwortungsbereich zugehörig auch zuzumuten ist, wenn das Ausscheiden eines Mitversicherers durch eine Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers ermöglicht wird. Will der Versicherungsnehmer daher eine über die Führungsregelungen hinausgehende Vereinheitlichung der Vertragsverhältnisse erreichen, muss er dies grundsätzlich mit den Mitversicherern ausdrücklich vereinbaren.

Schließlich ergibt sich auch aus der gemäß § 157 BGB bei der Auslegung zu berücksichtigenden Verkehrssitte, dass für den Regelfall von rechtlich selbstständigen, voneinander unabhängigen Versicherungsverträgen auszugehen ist. Die Mitversicherung ist in der Vertragspraxis wie selbstverständlich mit dem Abschluss rechtlich selbstständiger Versicherungsverträge verbunden. Als Gegenpol wird der Abschluss eines einzigen Versicherungsvertrags angesehen. Mit

dem Abschluss einer der Zahl der Mitversicherer entsprechenden Vielzahl von Verträgen geht zudem gerade die Vorstellung von der Wahrung der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Mitversicherer einher. Diese Qualifikation des Außenverhältnisses der Mitversicherung nicht nur als Vielzahl rechtlich selbstständiger und voneinander grundsätzlich unabhängiger Versicherungsverträge gilt in den regelmäßig beteiligten kaufmännischen Verkehrskreisen als allgemein üblich und gemeinhin anerkannt. Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe sogar dafür, von dem Vorliegen eines Handelsbrauchs im Sinne von § 346 HGB auszugehen.

Im Ergebnis führt die Auslegung also in der Regel zu der Qualifikation des Außenverhältnisses als Vielzahl rechtlich selbstständiger und grundsätzlich voneinander unabhängiger Versicherungsverträge. Die Rechte, Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers und der Mitversicherer bestimmen sich auch bei identischer Ausgestaltung nach jedem einzelnen Vertrag. Der Versicherungsnehmer muss damit vorbehaltlich der Führungsregelungen alle Anzeigen, Wissens- und Willenserklärungen gegenüber jedem Mitversicherer gesondert abgeben und seine Pflichten und Obliegenheiten gegenüber jedem Mitversicherer erfüllen. Schließlich ist auch der Bestand des einzelnen Versicherungsverhältnisses von den anderen Vertragsverhältnissen unabhängig, die mithin nicht gemeinsam „*stehen und fallen*“. Das wirkt sich namentlich bei der Ausübung von Gestaltungsrechten wie Rücktritt oder Anfechtung aus.

d) Folgen für die Vertragspraxis und Gestaltungsmöglichkeiten

Im Folgenden werden beispielhaft einige praktisch besonders bedeutsame Einzelfragen der Vertragsgestaltung im Außenverhältnis der offenen Mitversicherung behandelt.⁵¹ Im Vordergrund steht zunächst die Haftung der Mitversicherer als Teil- oder Gesamtschuldner (dazu 1.). Ferner stellt sich die Frage, welche Auswirkung die Beendigung des Vertrages mit einem Mitversicherer, insbesondere

⁵¹ Für weitere Aspekte vgl. *Schaloske*, Mitversicherung, S. 87 ff.

durch Kündigung, Rücktritt oder Anfechtung, auf die Verträgen mit den anderen Mitversicherer hat (dazu 2). Die Vertragsgestaltung kann sich zudem auf die Möglichkeit individualvertraglicher Abweichungen auswirken (dazu 3).

(1) Haftung der Mitversicherer

Im Vordergrund steht zunächst die Frage, ob die Mitversicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer als Teilschuldner gemäß § 420 BGB oder als Gesamtschuldner gemäß § 421 BGB haften.

Diese Frage ist unabhängig davon, ob die offene Mitversicherung auf einem einzigen Versicherungsvertrag oder auf einer Vielzahl rechtlich selbstständiger Verträge zwischen den einzelnen Mitversicherern und dem Versicherungsnehmer beruht. In der Regel legen die Versicherungsbedingungen fest, dass die Mitversicherer dem Versicherungsnehmer nur als Teilschuldner entsprechend des individuell übernommenen Risikoanteils haften, beispielsweise wie folgt:

„Jeder Mitversicherer haftet ausschließlich für den jeweils übernommen Anteil und nicht als Gesamtschuldner für die Anteile der anderen Mitversicherer.“

oder wie Ziffer 25.1 der DTV-Güterversicherungsbedingungen 2000 in der Fassung 2011 (DTV-Güter 2000/2011) formuliert:

„Bei Versicherungen, die von mehreren Versicherern übernommen sind, haften diese stets nur für ihren Anteil und nicht als Gesamtschuldner, auch wenn die Einzelpolice oder das Zertifikat von einem Versicherer für alle Versicherer gezeichnet ist.“

Dementsprechend gilt auch eine etwaig von der Versicherungsleistung abzuziehende Selbstbeteiligung anteilig für die beteiligten Mitversicherer, während ein an den versicherten Schaden anknüpfender Selbstbehalt vollständig von dem Versicherungs-

nehmer zu tragen ist, bevor er die jeweils anteilige Leistung der Mitversicherer verlangen kann.⁵²

Fehlt ausnahmsweise eine vertragliche Regelung zur Haftung der Mitversicherer, ist im Wege der Vertragsauslegung festzustellen, ob die Mitversicherer als Teil- oder Gesamtschuldner haften. Insoweit bestimmt zwar § 427 BGB, dass bei gemeinschaftlicher Verpflichtung mehrerer Schuldner zu einer teilbaren Leistung im Zweifel eine gesamtschuldnerische Haftung gilt. Jedoch ist diese Auslegungsregel nach zutreffender Auffassung im Fall der offenen Mitversicherung nicht anwendbar.⁵³ Die vorrangige Auslegung ergibt nämlich, dass die Mitversicherer typischerweise nur als Teilschuldner haften wollen. Dieser Parteiwille ergibt sich bereits aus der Offenlegung der individuellen Beteiligungsquoten. Durch die nur quotale Beteiligung des jeweiligen Mitversicherers ist – vorbehaltlich abweichender Regelung – auch für den Versicherungsnehmer eindeutig, dass der jeweilige Mitversicherer nur in Höhe seiner Risikobeteiligung für die Gesamtversicherungsleistung einstehen will.

Eine gesamtschuldnerische Haftung kann deshalb allenfalls in Betracht kommen, wenn die jeweils übernommenen Risikoquoten im Einzelfall nicht offengelegt werden. Selbst dann dürfte in der Regel aber von einer Haftung nach Köpfen auszugehen sein.⁵⁴ Im Übrigen ist eine gesamtschuldnerische Haftung nur in Einzelfällen anzutreffen, wenn die Risikoübernahme beispielsweise durch mehrere Gesellschaften desselben Konzerns

⁵² Die Begriffe Selbstbeteiligung und Selbstbehalt werden teils unterschiedlich verstanden und eingesetzt. Maßgeblich ist die Vertragsauslegung; vgl. MüKo-VVG/*Halbach* § 75 Rn. 9 ff.; Prölss/Martin/*Armbrüster* § 75 Rn. 9 ff.

⁵³ BGH, Urt. v. 12.05.1954 – II ZR 164/53, VersR 1954, 283, 284; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.06.1995 – 4 U 112/94, VersR 1996, 957; OLG Hamburg, Urt. v. 17.05.1984 – 6 U 244/83, VersR 1984, 980; OLG Oldenburg, Urt. v. 24.06.1981 – 2 U 221/80, VersR 1982, 82; BK/Schauer § 58 Rn. 30; Bruck/Möller/*Schnepf* Anh § 216 Rn. 32; *Hübener*, S. 31; MüKo-VVG/*Halbach* § 77 Rn. 7; Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 5; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 90 ff.

⁵⁴ *Schaloske*, Mitversicherung, S. 93.

erfolgt.⁵⁵ Im Ergebnis ist eine gesamtschuldnerische Haftung der Mitversicherer daher die seltene Ausnahme.

(2) Bestand der Versicherungsverträge

Der Dornbracht-Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass lediglich der beklagte Mitversicherer den Versicherungsschutz ablehnte, vom Versicherungsvertrag zurücktrat und die Anfechtung des Vertrages erklärte. Wenngleich vom Oberlandesgericht Hamm – wie auch durch andere Gerichte in vergleichbaren Fällen – nicht weiter behandelt, ist es jedoch keineswegs selbstverständlich, dass die Vertragsbeendigung durch einen beteiligten Mitversicherer allein ohne die Mitwirkung der anderen Mitversicherer oder jedenfalls ohne Auswirkung auf die anderen Verträge überhaupt möglich ist. Die Qualifikation des Versicherungsverhältnisses als ein Vertrag oder Bündel rechtlich selbstständiger Verträge ist nämlich insbesondere für den Fortbestand des Versicherungsverhältnisses, namentlich die Rechtsfolgen eines Rücktritts, einer Anfechtung oder einer Kündigung durch die Mitversicherer, relevant.

Eine gesetzliche Regelung findet sich insoweit mit § 351 BGB für den Rücktritt. Danach kann das Rücktrittsrecht, wenn auf einer Vertragsseite mehrere Personen beteiligt sind, nur von allen Vertragspartnern gemeinsam ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen zum Rücktritt Berechtigten.

Die Regelung des § 351 BGB ist auf den Rücktritt beschränkt. Insbesondere findet die Regelung im Fall der Anfechtung oder Kündigung keine (analoge) Anwendung.⁵⁶ Im Fall der Anfechtung gilt allerdings § 139 BGB. Danach ist im Fall der Teilnichtigkeit im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn

⁵⁵ Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 5; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 95.

⁵⁶ MüKo-BGB/*Gaier* § 351 Rn. 7.

nicht anzunehmen ist, dass die Vertragsparteien es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten. Gleiches gilt auch im Fall der Kündigung.⁵⁷

Rücktritt, Anfechtung und Kündigung des Versicherungsverhältnisses können insbesondere dann Gesamtwirkung für alle Mitversicherer entfalten, wenn die Parteien ausnahmsweise den Abschluss eines einzigen Versicherungsvertrages vereinbart haben. Während für den Rücktritt – vorbehaltlich abweichender Abreden – aus § 351 BGB folgt, dass der Rücktritt durch alle Mitversicherer zu erklären ist, hängt dies für Anfechtung und Kündigung vom Parteiwillen ab, da auch lediglich eine Teilanfechtung/-kündigung der teilbaren Leistungsversprechen der Mitversicherer denkbar sind.⁵⁸ Der Abschluss eines einzigen Vertrags ist insoweit zwar ein beachtliches Indiz, dennoch sollten die Parteien gegebenenfalls eine ausdrückliche Vereinbarung treffen, wenn ein einheitliches „*stehen und fallen*“ bereits auf Tatbestandsebene gewollt ist.

Das Gleiche gilt, wenn trotz Vorliegen mehrerer Verträge die Gestaltungsrechte an die Mitwirkung aller Mitversicherer gebunden sein sollen. Auch in diesem Fall hängt es vom Parteiwillen ab, ob eine Mitwirkung aller Mitversicherer oder jedenfalls die Betroffenheit aller Mitversicherer von einer Gestaltungserklärung aus §§ 139, 351 BGB folgt, weil die mehreren Verträge nach dem Parteiwillen eine untrennbare Einheit bilden.

Soweit vertreten wird, dass die Versicherungsverträge regelmäßig ein Bündel gegenseitig abhängiger Verträge bildeten⁵⁹, stellt der angebliche Einheitlichkeitswille vorbehaltlich konkreter Anhaltspunkte aber eine bloße Fiktion dar. Im Gegenteil spricht nämlich der Abschluss rechtlich selbstständiger Verträge zunächst eher dafür, dass die Autonomie der Mitversicherer,

⁵⁷ Staudinger/Roth § 139 Rn. 27.

⁵⁸ Schaloske, Mitversicherung, S. 120, 124 f.

⁵⁹ Vgl. dazu B.II.1.b), [•] ff.

über das eigene Vertragsverhältnis entscheiden zu können, gewahrt sein soll. Wie schon ausgeführt, spricht gegen die Selbstständigkeit der Vertragsverhältnisse insbesondere nicht die lediglich aus Vereinfachungsgründen erfolgende einheitliche Dokumentation in einem Versicherungsschein.⁶⁰ Anhaltspunkte für den Parteiwillen können sich dagegen beispielsweise aus den vereinbarten Führungsklauseln ergeben, jedenfalls wenn diese den führenden Mitversicherer nicht nur bevollmächtigen, sondern die Einheitlichkeit der Erklärung ausnahmsweise verbindlich vorschreiben. Im Übrigen kann ein (un-)einheitliches Schicksal der Verträge für beide Vertragsseiten Vor- wie Nachteile haben. Vorteilhaft kann es für den Versicherungsnehmer zwar sein, wenn ein Rücktritt an die Beteiligung aller Mitversicherer gebunden und dadurch gegebenenfalls erschwert wird. Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass ein Anfechtungs- und Rücktrittsrecht im Fall der vorvertraglichen (arglistigen) Anzeigepflichtverletzung besteht. In einem solchen Fall ist der Versicherungsnehmer nicht schutzwürdig. Zudem kann es auch den Interessen des Versicherungsnehmers entsprechen, wenn der Versicherungsschutz jedenfalls mit einzelnen Mitversicherern erhalten bleibt. Fehlt daher eine ausdrücklich Vereinbarung und liegen auch keine klaren Indizien für einen abweichenden Parteiwillen vor, ist im Regelfall davon auszugehen, dass die Versicherungsverträge mit den einzelnen Mitversicherer unabhängig voneinander sind und §§ 139, 351 BGB deshalb keine Anwendung finden.

Im Ergebnis teilt wohl auch der Bundesgerichtshof in der Heros III-Entscheidung – wenngleich ohne Problematisierung – diese Auffassung, wenn er ausführt, dass mit den Mitversicherern jeweils rechtlich selbstständige Verträge geschlossen wurden, für die unterschiedliche Lösungsrechte bestehen können, deren Ausübung für einen Vertrag den Fortbestand des anderen nicht berühren muss.⁶¹ Zur Vermeidung von Auslegungsrisiken sind

⁶⁰ Vgl. dazu B.II.1.c), [●] ff.

⁶¹ BGH, Urt. v. 09.11.2011 – IV ZR 251/08, VersR 2012, 178, 179.

die Parteien dennoch gut beraten, nicht nur zum Abschluss eines Vertrags oder einer Vielzahl von Versicherungsverträgen, sondern auch zu deren Verhältnis möglichst klare Regelungen in die Verträge aufzunehmen.

(3) Vertragsänderung, -verlängerung und -aufhebung

Hintergrund der Deckungsablehnung des beklagten Mitversicherers im Dornbracht-Fall war, dass er nach seiner Auffassung einen besonderen Deckungsausschluss vereinbart hatte und sich deshalb der Versicherungsschutz vom Deckungsumfang der anderen beteiligten Mitversicherer unterschied. Das Oberlandesgericht Hamm kam demgegenüber zu dem Ergebnis, dass aufgrund der fehlenden Dokumentation des Ausschlussgrundes im Versicherungsschein der Vertrag auch mit dem beklagten Mitversicherer zu denselben Bedingungen wie mit den anderen Mitversicherern zustande gekommen war.

Den Regelfall der offenen Mitversicherung stellt dar, dass die Versicherungsbedingungen mit allen beteiligten Mitversicherern identisch sind. Vor dem Hintergrund der Qualifikation des Versicherungsverhältnisses kann die Frage, ob Vertragsänderungen, -verlängerungen oder -aufhebungen des Versicherungsverhältnisses mit einem der Mitversicherer allein überhaupt möglich sind, dennoch – wie der Dornbracht-Fall zeigt, praktisch relevant sein.

Schließen die Vertragsparteien einen einheitlichen Versicherungsvertrag ab, so ist grundsätzlich die Zustimmung sämtlicher Parteien für Vertragsänderungen, -verlängerungen oder -aufhebungen erforderlich. Insbesondere kann der Versicherungsnehmer nicht nur mit einem Mitversicherer die Erhöhung oder Verringerung des Deckungsumfangs oder der Versicherungssumme auch mit Wirkung für die übrigen Mitversicherer vereinbaren, wenn diese dem handelnden Mitversicherer insoweit keine Vollmacht erteilt haben. Jedoch ist es auch bei Abschluss eines einzigen Versicherungsvertrags rechtlich nicht

ausgeschlossen, dass der Versicherungsnehmer und einer der beteiligten Mitversicherer für dessen Teilleistung besondere Vereinbarungen, gegebenenfalls auch Risikoausschlüsse, vereinbaren, von denen der Versicherungsschutz der anderen Mitversicherer unberührt bleibt. Regelmäßig wird die Vereinbarung besonderer Bedingungen mit einzelnen Mitversicherern aber eher dafür sprechen, dass von vornherein der Abschluss rechtlich selbstständiger Versicherungsverträge gewollt ist.

In diesem Fall folgt aus der rechtlichen Selbstständigkeit der einzelnen Verträge, dass grundsätzlich jeder Mitversicherer selbstständig mit dem Versicherungsnehmer die Änderung, Verlängerung oder Aufhebung des zwischen ihnen geschlossenen Versicherungsvertrages vereinbaren kann.⁶² Die Gestaltungsfreiheit ist Ausdruck der mit dem Abschluss rechtlich selbstständiger Versicherungsverträge intendierten Wahrung der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Parteien im Hinblick auf das einzelne Vertragsverhältnis. Werden individuell besondere Abrede getroffen, ist in jedem Fall – auch das lehrt die Dornbracht-Entscheidung – auf die wirksame vertragliche Dokumentation zu achten.

Einschränkungen der Vertragsgestaltungsfreiheit können sich daraus ergeben, dass die einzelnen Versicherungsverträge jedenfalls hinsichtlich des Kernbestandes der gemeinsamen Versicherung, der Festlegung der quotalen Risikodeckung und des auf jeden Mitversicherer entfallenen Anteils an der Gesamtversicherungssumme, nach dem Willen der Parteien miteinander verbunden sind. Nicht jede Vertragsänderung lässt daher die Mitversicherung unberührt. Beispielsweise kann in der Sachversicherung die Veränderung der Versicherungssumme mit nur einem Mitversicherer unter Umständen zu einer Über- oder Unterdeckung führen. Im Fall der Unterversicherung kann die Verringerung der Versicherungssumme gemäß § 75 VVG zur Folge haben, dass sich auch die Haftungsquoten der anderen Mitversicherer ändern. Im Fall der Überdeckung könnte der

⁶² *Hübener*, S. 32; *Kisch*, ZVersWiss 1922, 295, 298; a.A. *Dreher/Lange*, VersR 2005, 717, 725.

Versicherungsnehmer sogar gemäß § 79 Abs. 2 Satz 2 VVG die verhältnismäßige Herabsetzung der Einzelversicherungssummen verlangen. Die Änderung des Vertrages mit einem Mitversicherer hätte damit einen Eingriff auch in die Verträge mit den anderen Mitversicherern zur Folge. Im Ergebnis ist in einem solchen Fall daher davon auszugehen, dass der geänderte Vertrag aus der Mitversicherung herausfällt und eine Nebenversicherung im Sinne von § 77 Abs. 1 VVG darstellt.⁶³ Den verbleibenden Mitversicherern ist es verwehrt, sich auf das Vorliegen einer Unterversicherung mit der Folge einer Haftungsminde rung zu berufen⁶⁴. Gleiches gilt im Ergebnis auch beim Ausscheiden lediglich eines Mitversicherers infolge der Aufhebung seines Versicherungsvertrages.

Bei rechtlich selbstständigen Verträgen kann schließlich ein einzelner Mitversicherer auch gegen einen neuen Versicherer ausgetauscht werden, indem entweder der bestehende Versicherungsvertrag mit dem alten Mitversicherer aufgehoben und ein neuer Vertrag mit dem hinzutretenden Versicherer geschlossen⁶⁵ oder das bestehende Vertragsverhältnis im Wege der Vertragsübernahme auf den neuen Versicherer übertragen wird. Ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers ist hingegen ein Austausch eines Mitversicherers durch eine Vereinbarung allein der Mitversicherer untereinander nicht möglich.

2. Innenverhältnis der Mitversicherer

Die offene Mitversicherung ist durch die einverständliche Beteiligung mehrerer Mitversicherer gekennzeichnet. Im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer findet das Zusammenwirken der Mitversicherer Ausdruck in der aufeinander abgestimmten Risikoteilung. Davon zu unterscheiden ist das Innenverhältnis der Mitversicherer. Insoweit steht in Frage, ob das

⁶³ *Schaloske*, Mitversicherung, S. 109 ff.

⁶⁴ *Bruck/Möller/Möller* § 58 Anm. 75; *Ehlers* Ziff. 25 Rn. 4.

⁶⁵ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 10.06.1983 – 20 U 232/82, *VersR* 1984, 149.

Zusammenwirken zur Folge hat, dass die Mitversicherer auch untereinander vertraglich verbunden sind.

Das Bestehen von Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis der Mitversicherer – vorbehaltlich der Führungsabsprachen mit dem führenden Mitversicherer – ist deshalb relevant, weil sich hieraus insbesondere gegenseitige Treuepflichten ergeben können. Insbesondere wenn im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer eine zwingend einheitliche Schadensregulierung durch alle beteiligten Mitversicherer vereinbart ist, sind über die Führungsabreden hinausgehende Absprachen zur Erreichung eines entsprechenden Konsenses für die Mitversicherer dringend anzuraten. Insofern können auch Regelungen in ausländischen Versicherungsmärkten beispielsweise herangezogen werden. Demgegenüber fällt auf, dass ausdrückliche Absprachen zwischen den Mitversicherern in Deutschland, jedenfalls sofern es sich nicht um institutionalisierte Mitversicherungsgemeinschaften handelt, bislang wohl ausnahmslos fehlen. Insofern zeigt sich auch eine erstaunliche Diskrepanz beispielsweise zu Konsortialverträgen im Bankenbereich. Da jedoch die Interessenlagen der Mitversicherer, wie der Sachverhalt der Dornbracht-Entscheidung zeigt, nicht selten auseinanderlaufen, liegt in der Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Mitversicherer eine wichtige Aufgabe der Vertragsgestaltung, um ein möglichst reibungsloses Funktionieren der Mitversicherung zu gewährleisten.

Wenn besondere Absprachen fehlen, ist allerdings strittig, ob überhaupt Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis der Mitversicherer bestehen. Im Folgenden wird zunächst der Meinungsstand skizziert (dazu a)). Daran schließen sich die Stellungnahme des Verfassers (dazu b)) und ein Blick auf die Folgen für die Vertragspraxis sowie die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitversicherer an (dazu c)).

a) Meinungsstand

Nach der lange Zeit herrschenden Auffassung sollen im Innenverhältnis der Mitversicherer ohne besondere Abreden keine Rechtsbeziehungen bestehen (dazu (1)). Dagegen wird in jüngerer Zeit teilweise davon ausgegangen, dass die einvernehmliche Risikotragung zu einem Begleitschuldverhältnis *sui generis* führe (dazu (2)). Nach

anderer Ansicht liegt eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts vor (dazu (3)).

(1) Keine Rechtsbeziehungen

Ein großer Teil der Literatur wendet sich, vorbehaltlich besonderer Führungsabreden, gegen das Bestehen jeglicher interner Rechtsbeziehungen bei der Mitversicherung im Einzelfall.⁶⁶ Nach dieser Ansicht verfolgt jeder Mitversicherer ausschließlich sein Eigeninteresse, sodass von einem stillschweigenden Vertragsschluss keine Rede sein könne.⁶⁷

(2) Begleitschuldverhältnis

Nach anderer Ansicht soll das Zusammenwirken der Mitversicherer in ihrem Innenverhältnis zu der Begründung eines vertraglichen Schuldverhältnisses *sui generis* führen, aus dem sich für die Mitversicherer nicht leistungsbezogene Nebenpflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB – insbesondere Treue-, Schutz-, Aufklärungs-, Informations- und Fürsorgepflichten – ergeben.⁶⁸

(3) (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Andere Autoren – auch der Verfasser – stimmen mit vorstehender Auffassung insoweit überein, dass auch sie von einer rechtlichen Verbundenheit der Mitversicherer ausgehen. Anders als die vorgenannte Ansicht soll das Einvernehmen der Mitversicherer bei der anteiligen Risikoübernahme aber zu dem Zu-

⁶⁶ Brinker/Schädle, VW 2003, 1318, 1321; Hübener, S. 33; Kisch, ZVersWiss 1922, 295, 298; BK/Schauer § 58 Rn. 29.

⁶⁷ Hübener, S. 33.

⁶⁸ Dreher/Lange, VersR 2005, 717, 721 ff; Dreyer, FS Winter, 159, 163 f.

sammenschluss zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts führen.⁶⁹

b) Stellungnahme

Wie beim Außenverhältnis, hängt auch die rechtliche Qualifikation des Innenverhältnisses der Mitversicherer maßgeblich vom Parteiwillen gemäß §§ 133, 157 BGB ab. Ausdrückliche Abreden fehlen regelmäßig. Es ist deshalb im Wege der Auslegung festzustellen, ob ein stillschweigender Rechtsbindungswille der Mitversicherer anzunehmen ist (dazu (1)) und ob ein solcher Rechtsbindungswille auf das Zustandekommen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eines anderen Zusammenschlusses gerichtet ist (dazu (2)).

(1) Rechtsbindungswille

Zunächst überzeugt es nicht, ein Interesse der Mitversicherer an einer internen rechtlichen Bindung pauschal abzulehnen. Insofern ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine solche Bindung nicht nur bei einer Mitversicherungsgemeinschaft, sondern auch bei der Mitversicherung im Einzelfall durchaus sinnvoll und vorteilhaft sein kann. Das zeigt sich vor allem in Schadensfällen, in denen es auf ein abgestimmtes Vorgehen der Mitversicherer ankommt. In der Schadenspraxis kommt es insofern bei unterschiedlichen Auffassungen der Mitversicherer über schwierige Abstimmungsfragen, zum Beispiel über einen Vergleich, nicht allein auf die Entscheidungsmacht des führenden Mitversicherers an, sondern bei der Entscheidung ist – was die Beteiligten auch immer wieder betonen – gerade auch auf das Gesamtinteresse der Mitversicherer zu achten. Die praktische Handhabung der Mitversicherung stützt daher eher die Annahme eines übergreifenden Innenverhältnisses. Dies würde im Übrigen erst recht gelten, wenn man davon ausgeht, dass

⁶⁹ Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 62 ff.; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 7; Schaloske, Mitversicherung. S. 133 ff.

beispielsweise Gestaltungsrechte nur gemeinsam oder jedenfalls nur mit Wirkung für und gegen alle Mitversicherer ausgeübt werden können. Die Bindung der Mitversicherer im Innenverhältnis wäre dann das notwendige Spiegelbild ihrer Bindung im Außenverhältnis.

Für einen Rechtsbindungswillen spricht darüber hinaus auch die Abgrenzung zur bloßen Nebenversicherung einerseits und zur Exzedentenversicherung andererseits. Während die Nebenversicherer einen bestimmten Teil eines Risikos meist in Unkenntnis und unabhängig voneinander übernehmen und die Exzedentenversicherer bewusst die Risikoteilung vertikal staffeln, stehen bei der Mitversicherung bereits die Versicherungsverträge im Außenverhältnis nicht unverbunden nebeneinander, sondern jedenfalls hinsichtlich des Kernbestands der gemeinsamen Risikotragung in einem Abhängigkeitsverhältnis, das sich vor allem in der teilschuldnerischen Haftung der Mitversicherer widerspiegelt. Mit dieser Abhängigkeit im Außenverhältnis korrespondiert die Existenz rechtlicher Beziehungen zwischen den Mitversicherern. Folge der gemeinsamen Risikotragung ist ein Vertrauensverhältnis, das sich zum Beispiel in dem wechselseitigen Interesse konkretisiert, während der Vertragslaufzeit über den Bestand der Mitversicherung in den einzelnen Vertragsverhältnissen oder über gefahrrelevante Umstände informiert zu sein. Das praktische Bedürfnis für solche gegenseitigen Treuebindungen zeigt gerade auch die Dornbracht-Entscheidung. Daran anlehnend ist beispielsweise auch vorstellbar, dass nicht der führende, sondern ein beteiligter Mitversicherer Kenntnis einer Anzeigepflichtverletzung erlangt. Soll dieser Mitversicherer dann berechtigt sein, diese Information für sich zu behalten, oder dazu verpflichtet sein, die anderen Mitversicherer zu informieren? Das Interesse der Mitversicherer spricht deutlich für eine Mitteilungspflicht. Ähnliches gilt beispielsweise dann, wenn ein Vergleichsschluss von der Beteiligung aller Mitversicherer abhängt, jedoch ein Mitversicherer – entweder aus sachgerechten oder sachwidrigen Gründen – den Abschluss verweigert. Zudem ist das Gesamtinteresse der Mitversicherer das entscheidende Korrektiv, um ge-

gebenenfalls zu einer gemeinsamen Entscheidung zu gelangen oder auch Schadensersatzansprüche bei schuldhafter Schädigung der anderen Beteiligten zu ermöglichen.

Mit der Beteiligung an einer Mitversicherung entscheiden sich die Mitversicherer daher gerade gegen eine voneinander unabhängige Risikotragung. Aus dieser Entscheidung folgt dann auch die Existenz rechtlicher Beziehungen im Innenverhältnis. Insoweit stehen die Mitversicherer grundsätzlich nicht anders als Mitglieder anderer Arbeitsgemeinschaften.

(2) Qualifikation

Hinsichtlich der Qualifikation des Innenverhältnisses sprechen die besseren Gründe dafür, ebenfalls parallel zu anderen Arbeitsgemeinschaften, im Zweifel von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB auszugehen.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist der Grundtatbestand eines gemeinschaftlich konzipierten Handelns. Sie grenzt sich durch die Förderung eines gemeinsamen Zwecks von anderen Dauerschuldverhältnissen ab.⁷⁰ Ist der Tatbestand des § 705 BGB erfüllt, besteht für die Annahme eines Schuldverhältnisses *sui generis* weder Raum noch ein Bedürfnis. Der für die Mitversicherung typischen Interessenlage und den Umständen des Einzelfalls kann vielmehr kraft der Vertragsgestaltungsfreiheit der Mitversicherer im System der weitgehend abdingbaren §§ 705 ff. BGB Rechnung getragen werden.

Die Qualifikation des Innenverhältnisses der Mitversicherer als Gesellschaft bürgerlichen Rechts setzt zunächst das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks voraus. Der Zweck des Zusammenschlusses der Mitversicherer liegt in der Bereitstellung von Versicherungsschutz im Wege der einverständlichen Risikoteilung. Für einen gemeinsamen Zweck ist darüber hinaus die

⁷⁰ MüKo-BGB/Ulmer Vor § 705 Rn. 6.

Verschmelzung der Interessen der Parteien zu einem überindividuellen Zweck dergestalt erforderlich, dass der Zweck weder Eigenzweck eines Gesellschafters noch Fremdzweck eines anderen Gesellschafters ist.⁷¹ Ein gemeinsamer Zweck liegt daher nicht vor, wenn die Parteien nur gleichgerichtete Zwecke verfolgen und nur ein koordiniertes Vorgehen gegeben ist.⁷² Teilweise geht die Literatur im Fall der Mitversicherung von einem solchen nur koordinierten Vorgehen aus.⁷³ Auch das Oberlandesgericht Hamburg hat – wenngleich ohne Begründung – das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fall einer Mitversicherung abgelehnt.⁷⁴

Das überzeugt nicht. Zwar verfolgt jeder Mitversicherer bei der Risikozeichnung zunächst sein eigenes geschäftliches Interesse. Vor dem wirtschaftlichen Hintergrund der Mitversicherung kann er dies aber nur, indem er sich der gemeinschaftlichen Versicherung anschließt. Ziel der Mitversicherung ist die gemeinsame koordinierte Aufbringung einer bestimmten Gesamtversicherungssumme und die Durchführung der Mitversicherung über einen bestimmten Zeitraum. Der Versicherungsnehmer hat Bedarf an Versicherungsschutz, der anteilig, aber – anders als bei der Nebenversicherung – gerade gemeinsam durch Abstimmung der Teilversicherungssummen und Versicherungsbedingungen durch mehrere Mitversicherer gedeckt wird. Das abgestimmte Vorgehen dient folglich nicht allein der Verfolgung individueller Ziele, sondern der Aufbringung einer Gesamtversicherungssumme und damit einem übergeordneten Zweck. Darin ist ein für § 705 BGB ausreichender gemeinsamer Zweck zu sehen.

Gemäß § 705 BGB müssen sich die Mitversicherer darüber hinaus durch den vertraglichen Zusammenschluss verpflichten,

⁷¹ MüKo-BGB/*Ulmer* § 705 Rn. 148; *Staudinger/Habermeier* § 705 Rn. 17.

⁷² MüKo-BGB/*Ulmer* § 705 Rn. 148.

⁷³ *Brinker/Schädle*, VW 2003, 1318, 1321; *Dreher/Lange*, VersR 2005, 717, 721; *Hübener*, S. 33, 79 f.

⁷⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 19.02.2008 – 6 U 119/07, VersR 2008, 1249, 1250.

den gemeinsamen Zweck durch Beiträge zu fördern. Bei der Mitversicherung verpflichten sich die Mitversicherer zur quotenmäßigen Beteiligung an der Gesamtversicherungssumme. Ihre Beiträge erbringen sie nicht an die Gesellschaft, sondern unmittelbar gegenüber dem Versicherungsnehmer als Teilleistungen aufgrund der im Außenverhältnis abgeschlossenen Versicherungsverträge.

Damit sind die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 705 BGB erfüllt. Weitere teils vorgetragene Einwände gehen fehl. Soweit vorgebracht wird, es fehle an der nachhaltigen und dauerhaften Förderung eines gemeinsamen Zwecks⁷⁵, wird vernachlässigt, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, anders als eine Personenhandelsgesellschaft gemäß § 105 Abs. 1 HGB (in Verbindung mit § 161 HGB), nicht auf Dauer angelegt sein muss, sondern gerade auch eine einmalige Zweckförderung durch Gelegenheitsgesellschaften erfasst.⁷⁶ Ebenso wenig überzeugt es, das Fehlen eines Gesellschaftsvermögens und die Vereinbarung einer teilschuldnerischen Haftung der Mitversicherer als Gründe gegen das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzuführen.⁷⁷ Übersehen wird, dass mit Blick auf den Zusammenschluss der Mitversicherer keine Außengesellschaft, sondern allein eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht kommt. Sieht man zunächst von speziellen Führungsabreden ab, handelt jeder Mitversicherer im Außenverhältnis im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Gegenüber Dritten soll der interne Zusammenschluss der Mitversicherer nicht in Erscheinung treten. Es besteht auch keine nach außen hervortretende Organisationsstruktur. Die Gesellschaft nimmt insbesondere nicht als eigenständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teil, da die einzelnen Mitversicherer Vertragspartner des

⁷⁵ *Brinker/Schädle*, VW 2003, 1318, 1321.

⁷⁶ Vgl. *MüKo-BGB/Ulmer* § 705 Rn. 144.

⁷⁷ *Brinker/Schädle*, VW 2003, 1318, 1321; *Dreher/Lange*, VersR 2005, 717, 721; wie hier aber *Prölss/Martin/Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 7.

Versicherungsnehmers sind. Die aus der gesellschaftsrechtlichen Bindung resultierenden Rechte und Pflichten betreffen als rein schuldrechtliche Regelungen folglich nur das Innenverhältnis der Mitversicherer. Vor diesem Hintergrund sprechen das Fehlen eines Gesellschaftsvermögens und die typische Vereinbarung einer teilschuldnerischen Haftung daher nicht gegen den Zusammenschluss der Mitversicherer zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts. Für diese ist sogar strittig, ob sie überhaupt ein Gesellschaftsvermögen bilden kann.⁷⁸ Jedenfalls ist das Fehlen jeglichen Gesellschaftsvermögens die für eine Innengesellschaft typische Konstellation.⁷⁹ Das fehlende Gesellschaftsvermögen ist damit allenfalls ein Indiz gegen das Vorliegen einer Außen-, nicht aber einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts.

Auch die Vereinbarung der teilschuldnerischen Haftung steht dem Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht entgegen. Eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild würde die teilschuldnerische Haftung nur dann bedeuten, wenn der Zusammenschluss der Mitversicherer als rechtsfähige Außengesellschaft einzuordnen und die Versicherungsleistung als Verbindlichkeit der Gesellschaft anzusehen wäre. In diesem Fall würden die Mitversicherer gemäß § 128 Satz 1 HGB analog den Gläubigern der Gesellschaft akzessorisch als Gesamtschuldner haften.⁸⁰ Eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts liegt aber gerade nicht vor und im Außenverhältnis übernimmt nicht etwa die Gemeinschaft, sondern jeder einzelne Mitversicherer das anteilige Leistungsversprechen gegenüber dem Versicherungsnehmer. Für die Haftung der Mitversicherer für die selbstständig eingegangenen Vertragspflichten besteht daher schon kein gesetzliches Leitbild, dessen Einhaltung oder Modifikation für oder gegen das Vorliegen einer Innengesellschaft spräche. Die Beschränkung der Haftung nach Quoten steht also

⁷⁸ Dagegen Staudinger/*Habermeier* § 705 Rn. 58; dafür MüKo-BGB/*Ulmer* § 705 Rn. 279 ff.

⁷⁹ MüKo-BGB/*Ulmer* § 705 Rn. 275; Staudinger/*Habermeier* § 705 Rn. 57, 59.

⁸⁰ MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer* § 714 Rn. 31 ff.

der Annahme eines gemeinsamen Zwecks mit entsprechenden Förderungspflichten nicht entgegen.

Vorbehaltlich anderer Absprachen ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Mitversicherer gemäß § 705 BGB zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen. Der Vertragsschluss der Mitversicherer untereinander erfolgt in der Regel stillschweigend und zugleich mit dem Abschluss der Versicherungsverträge im Außenverhältnis. Der Gesellschaftsvertrag begründet jedenfalls bei der Einzelfallmitversicherung zwischen den Mitversicherern rein schuldrechtliche Beziehungen ohne eine überlagernde Organisation. Als Hauptpflicht folgt aus dem Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zur Beitragserbringung, d.h. zur anteiligen Risikoübernahme. Neben der Beitragspflicht sind die Rechtsfolgen des Zusammenschlusses auf Nebenpflichten begrenzt, die den Mitversicherern wechselseitig aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht erwachsen. Aufgrund ihres vertraglichen Zusammenschlusses ist jeder Mitversicherer zur Rücksichtnahme und Wahrung der Interessen auch der anderen Mitversicherer verpflichtet. Hinsichtlich der Rechtsfolgen dürfte damit zumindest bei der Mitversicherung im Einzelfall regelmäßig kein wesentlicher Unterschied zu der Auffassung bestehen, die von einem Begleitschuldverhältnis *sui generis* ausgeht. Jedoch führt die hier bevorzugte Einordnung zu einer einheitlichen Qualifikation des Innenverhältnisses sowohl bei der Mitversicherung im Einzelfall als auch bei Mitversicherungsgemeinschaften. Gerade bei solchen Gemeinschaften enthalten die §§ 705 ff. BGB weitere, zumindest subsidiär anwendbare Regelungen beispielsweise zur Geschäftsführung oder Beendigung der Gesellschaft, die eine Ausfüllung von Regelungslücken ermöglichen.

c) Folgen für die Vertragspraxis und Gestaltungsmöglichkeiten

Die Vertragsabwicklung der Mitversicherung ist in erster Linie durch die Rechte und Pflichten des führenden Mitversicherers geprägt.⁸¹ Diese Führungsbeziehungen bestehen jeweils im Verhältnis des führenden Mitversicherers zu jedem einzelnen Mitversicherer und begründen damit gerade keine alle Mitversicherer umfassende Rechtsbeziehungen. Solange im Außenverhältnis nicht geregelt ist, dass die Abwicklung der Mitversicherung zwingend einheitlich für alle Mitversicherer erfolgen muss, folgt aus den separaten Führungsverhältnissen, dass die Mitversicherer für ihren jeweiligen Risikoanteil durchaus auch divergierende Entscheidungen treffen können, beispielsweise nur einer von mehreren Mitversicherern sich für die Anfechtung und den Rücktritt vom Versicherungsvertrag wegen vermeintlich vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzung oder für ein Vergleichsangebot des Versicherungsnehmers entscheiden kann.

Was gilt aber, wenn rechtlich oder faktisch eine einheitliche Entscheidung aller Mitversicherer erforderlich ist, beispielsweise ein Vergleich nur bei Mitwirkung aller Mitversicherer zustande kommt? Nach welchen Maßstäben hat der führende Mitversicherer zu entscheiden, wenn ein beteiligter Mitversicherer einen ausverhandelten Vergleich ablehnt und Schadensersatzansprüche gegen den führenden Mitversicherer androht, ein anderer Mitversicherer dagegen ebenfalls unter Androhung von Schadensersatz den Vergleichsabschluss verlangt? Und kann ein Mitversicherer, der Kenntnis verschwiegener gefahrerheblicher Umstände erlangt, diese Kenntnis schlicht für sich behalten und Anfechtung sowie Rücktritt ohne Information der anderen Mitversicherer erklären mit der Folge, dass deren Gestaltungsrechte unter Umständen kraft Fristablaufs ausgeschlossen sind?

In solchen Konstellationen gewinnt die Innengesellschaft bürgerlichen Rechts als übergreifendes Rechtsverhältnis an Bedeutung. Aus der Zusammenfassung zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts folgen für die Mitversicherer in erster Linie Treuepflichten,

⁸¹ Vgl. dazu ausführlich C., S. [●] ff.

die sich insbesondere in Informations- oder Mitwirkungspflichten konkretisieren können. So wird ein Mitversicherer im oben genannten Beispiel regelmäßig gehalten sein, die anderen Mitversicherer von den ihm bekannten verschwiegenen Risikoumständen zu informieren. Besondere Bedeutung kommt der Treuepflicht darüber hinaus im Spannungsverhältnis zwischen der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer und einer etwaigen Bindung an das Gesamtinteresse der Mitversicherer im Innenverhältnis zu. Nach der hier vertretenen Auffassung schließen Mitversicherer und Versicherungsnehmer in der Regel eine Vielzahl rechtlich selbstständiger Verträge. Jedenfalls im Außenverhältnis ist damit jeder Mitversicherer in seinen Entscheidungen frei, beispielsweise die Mitversicherung für seinen Anteil kraft eines ihm zustehenden Lösungsrechts zu beenden oder sich an einem möglichen Vergleich beteiligen.

Diese Freiheit des einzelnen Mitversicherers kann freilich mit der Entscheidungsfreiheit der anderen Mitversicherer und deren Interessen in Konflikt geraten. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht stellt ein Korrektiv zu der im Außenverhältnis gewährleisteten Entscheidungs- und Handlungsfreiheit dar. Aus der Treuepflicht folgt, dass der einzelne Mitversicherer bei seiner individuellen Entscheidung das gemeinschaftliche Interesse der Mitversicherer zu berücksichtigen und gegebenenfalls die Wahrnehmung individueller Rechte zu unterlassen hat.⁸² Im Einzelfall kann die Treuebindung sogar so weit gehen, dass eine Entscheidung am Gemeinschaftsinteresse auszurichten ist. Dementsprechend wird sich der führende Mitversicherer in Konfliktsituationen, in denen er zwingend eine Entscheidung für die Risikoanteile aller Mitversicherer treffen muss, gegenüber einem einzelnen Mitversicherer dann nicht pflichtwidrig verhalten, wenn er nach sorgfältiger Prüfung seine Entscheidung am Gesamtinteresse der Mitversicherer ausrichtet.

Die Treuebindung der Mitversicherer ist notwendigerweise eher unbestimmt und letztlich nur im Einzelfall zu beurteilen. In der Vertragspraxis bestehen zudem jedenfalls bei der Mitversicherung im

⁸² Vgl. auch *Lange/Dreher*, VersR 2008, 289, 295 f.

Einzelfall keine Absprachen zwischen den Mitversicherern, welche die wechselseitigen Treuepflichten konkretisieren würden. Insoweit unterscheidet sich die Mitversicherung von anderen Kooperationen, beispielsweise der konsortialen Kreditvergabe durch verschiedene Banken.⁸³ In der Entwicklung praxisgeeigneter Regelungsmodelle für das Innenverhältnis der Mitversicherer liegt deshalb eine wichtige Zukunftsaufgabe. Solche internen Absprachen sind gerade dann dringend zu empfehlen, wenn entsprechend der oben dargestellten Meinung⁸⁴ im Außenverhältnis nur ein einziger Versicherungsvertrag vorliegt oder kraft Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer von einer im Außenverhältnis zwingend einheitlichen Vertragsabwicklung auszugehen ist⁸⁵. Es drängt sich dann auf, dass die Mitversicherer Verfahren für die interne Entscheidungsfindung regeln sollten, beispielsweise zu möglichen Abstimmungen mit Einstimmigkeits- oder Mehrheitserfordernis, wobei im letzteren Fall festzulegen wäre, ob eine einfache Mehrheit genügt oder eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist und ob diese Mehrheit nach Risikoanteilen oder Köpfen berechnet wird. Selbst wenn eine einheitliche Führung nicht zwingend erforderlich ist, können sich für Konfliktsituationen solche Regelungen anbieten. Ferner kann es sinnvoll sein, im Vorfeld für alle Mitversicherer zu konkretisieren, in welchem Rahmen der führende Mitversicherer grundsätzlich zum alleinigen Handeln befugt und ab wann eine Abstimmung mit den beteiligten Mitversicherern erforderlich ist. Auch kann daran gedacht werden, für eventuelle Konfliktsituationen eine besondere Form der Streitbeilegung zu vereinbaren.

Schließlich kann für die Weiterentwicklung der Mitversicherung deutscher Prägung ein Blick in andere Jurisdiktionen lohnen: Im Subskriptionsmarkt von Lloyd's of London ist beispielsweise für die Behandlung bestimmter Risiken und Schadensfälle das sog. *Lloyd's Claims Scheme (Combined)* in der aktuellen Fassung vom 01.01.2012, welches die *Lloyd's Claims Scheme 2006* und *2010* um-

⁸³ Vgl. *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge – Deutsches und englisches Recht, Baden-Baden 2006.

⁸⁴ Vgl. dazu B.II.1.a), S. [•] ff.

⁸⁵ Vgl. dazu C.II.2.b), S. [•] ff.

fasst, etabliert.⁸⁶ Das *Lloyd's Claims Scheme 2010* sieht insbesondere vor, dass für bestimmte Ansprüche, sog. *complex claims*⁸⁷, eine Entscheidung nach Abstimmung der sog. *Claims Agreement Parties* zu treffen ist. Neben dem *Lead Managing Agent* wird dazu ein *Second Managing Agent* bestimmt. Die Entscheidungen im Rahmen der Schadensregulierung werden dann grundsätzlich im Einvernehmen von *Lead* und *Second* getroffen. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen *Lead* und *Second* oder auf Verlangen anderer beteiligter Syndikate, mit einem aggregierten Risikoanteil von mindestens 50 Prozent, sieht das *Lloyd's Claims Schemes* ein besonderes Streitbeilegungsverfahren vor.

Dieser Ansatz des *Lloyd's Claims Scheme* könnte zumindest in einzelnen Punkten durchaus auch auf die Mitversicherung, vor allem bei großen und komplexen Programmen, übertragen werden. Um bei einer Vielzahl beteiligter Mitversicherer etwaige interne Abstimmungen zu vereinfachen, wären beispielsweise Regelungen vorstellbar, nach denen der führende Mitversicherer für bestimmte ‚einfachere‘ Entscheidungen zur Alleinentscheidung befugt ist, hingegen für andere Entscheidungen – quantitativ und qualitativ definiert nach Haftungsrisiko und Art der Entscheidung – sich mit einem ‚Co-Führenden‘ abzustimmen hat und lediglich für bestimmte Grundlageneinscheidungen alle Mitversicherer einzubeziehen sind. Solche Regelungen könnten möglicherweise zudem gerade bei Beteiligung ausländischer Versicherer, denen die Mitversicherung deutscher Prägung häufig fremd ist und die deshalb nicht selten eher eine vertikale Risikoteilung durch *Layerung* des Risikos bevorzugen, dazu beitragen, die Mitversicherung nicht nur für den Versicherungsnehmer, sondern auch auf Versichererseite attraktiv zu halten.

⁸⁶ Einzelheiten unter: www.lloyds.com/claimsscheme.

⁸⁷ Die Bestimmung als *complex claim* richtet sich nach dem finanziellen Risiko – abhängig von der Risikoklasse GBP 500.000,00 oder 250.000,00 – wie auch anderen Kriterien.

III. Exkurs: Rolle des Maklers

Gewerbliche und industrielle Versicherungen werden regelmäßig unter Beteiligung eines Versicherungsmaklers geschlossen. Dabei haben spezialisierte Makler in vielen Bereichen Aufgaben übernommen, die an sich den Versicherern obliegen. Wenngleich die damit zusammenhängenden Fragen nicht auf die offene Mitversicherung beschränkt sind, so sind sie – wie in der Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm – gerade im Zusammenhang mit der offenen Mitversicherung von hoher Bedeutung und können beispielsweise auch gesteigerte Prüfungs- und Informationspflichten des führenden Mitversicherers zur Folge haben. Zu den praktisch besonders relevanten Themen zählt neben der oben bereits behandelten Ausstellung des Versicherungsscheins⁸⁸ insbesondere der Entwurf der Versicherungsbedingungen (dazu 1.) und die Vorbereitung der Risikoinformationen durch Besichtigungsberichte und Fragebögen (dazu 2.).

1. Maklerbedingungen

Mit dem Begriff „*Maklerbedingungen*“ werden Versicherungsbedingungen bezeichnet, die ein Versicherungsmakler entworfen und in den Versicherungsvertrag eingeführt hat.⁸⁹ Versicherungsmakler entwerfen Versicherungsbedingungen zumeist aus eigener Initiative als „*Unique Selling Point*“ im Wettbewerb, häufig im Rahmen sog. Maklerkonzepte⁹⁰ unter Einbindung eines oder mehrerer Versicherer, oder gelegentlich auch im Auftrag eines konkreten Versicherungsnehmers. Solche Maklerbedingungen kommen beispielsweise in der D&O-Versicherung häufig vor. Hier wird nicht selten das gesamte Bedingungsnetzwerk durch den Makler entworfen und dann der Risikozeichnung zugrunde gelegt. Auch in anderen Bereichen der gewerblichen und industriellen Versicherung – beispielsweise in der Transportversicherung – finden sich regelmäßig durch einen Versicherungsmakler in den Vertrag eingeführte Bedingungen.

Der Bundesgerichtshof hat sich im Jahr 2009 mit der Frage befasst, ob durch einen Versicherungsmakler entworfene Bedingungen dem Versiche-

⁸⁸ Vgl. B.I.3., S. [•] ff.

⁸⁹ Hösker, VersR 2011, 29, 30; Thiel, r+s 2011, 1.

⁹⁰ Vgl. hierzu Stancke, VersR 2012, 1346 ff.

rer zuzurechnen und deshalb zu Lasten des Versicherers einer Inhaltskontrolle zu unterziehen sind. In dem entschiedenen Fall ging es um ein Bedingungsnetzwerk für eine D&O-Versicherung.⁹¹ Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Versicherer nicht Verwender der Versicherungsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 BGB war. Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen sei derjenige, auf dessen Veranlassung die vorformulierten Geschäftsbedingungen in den Vertrag einbezogen werden. Sind Versicherungsbedingungen durch den von dem Versicherungsnehmer beauftragten Versicherungsmakler entworfen und auf dessen Initiative in den Versicherungsvertrag einbezogen worden, sei der Versicherer folglich nicht Verwender der Bedingungen. Insoweit verweist der Bundesgerichtshof darauf, dass der betroffene Versicherer sonst anders gestaltete eigene Bedingungen verwendete. Dieser Hinweis des Bundesgerichtshofs dürfte auf die bereits zuvor in anderem Zusammenhang entwickelte Rechtsprechung bezogen sein, dass die Verwendereigenschaft des einen Vertragspartner (hier: des Versicherers) insoweit fehlt, als die durch den anderen Vertragspartner (hier: den Versicherungsmakler handelnd für den Versicherungsnehmer) gestellten Geschäftsbedingungen von den durch den Versicherer sonst verwendeten Bedingungen abweichen. Hingegen bleibt es bei der Verwendereigenschaft des Versicherers, soweit die durch den Makler eingeführten Bedingungen mit den sonst verwendeten Bedingungen des Versicherers identisch sind.⁹² Diese Rückausnahme ist dadurch begründet, dass bei Einbeziehung von Geschäftsbedingungen, die der Vertragspartner üblicherweise selbst verwendet, nicht von einem einseitigen Stellen ohne Einflussnahmemöglichkeit des Vertragspartners auszugehen ist. Vielmehr werden die üblicherweise verwendeten Geschäftsbedingungen quasi in ‚vorausgehendem Gehorsam‘ in den Vertrag einbezogen.⁹³

Offen gelassen hat der Bundesgerichtshof allerdings, ob es sich bei Maklerbedingungen überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt und ob gegebenenfalls anstelle des Versicherers der Versicherungsnehmer

⁹¹ BGH, Beschl. v. 22.07.2009 – IV ZR 74/08, r+s 2010, 100.

⁹² Vgl. BGH, Urt. v. 09.03.2006 – VII ZR 268/04, NJW-RR 2006, 740, 741; Urt. v. 04.03.1997 – X ZR 141/95, NJW 1997, 2043, 2044.

⁹³ Beckmann/Matusche-Beckmann/Beckmann § 10 Rn. 48; Hösker, VersR 2011, 29, 38; Prölss/Martin/Prölss Vorbemerkungen I. Rn. 17; einschränkend Thiel, r+s 2011, 1, 5.

als Verwender der Versicherungsbedingungen anzusehen ist mit der Folge, dass umgekehrt eine Auslegung und Inhaltskontrolle der Bedingungen zu Lasten des Versicherungsnehmers in Betracht kommt. Im Schrifttum werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Gegen die Einordnung des Versicherungsnehmers als Verwender wird vorgebracht, dass Maklerbedingungen grundsätzlich keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien, selbst wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden sind, da der Versicherer angeblich stets die Möglichkeit habe, auf den Inhalt der Versicherungsbedingungen Einfluss zu nehmen. Maklerbedingungen seien folglich immer im Einzelnen ausgehandelt im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB und stellten damit keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar.⁹⁴ Eine Einschränkung gelte indes bei der Auslegung: In soweit soll nach dieser Meinung dann doch zu berücksichtigen, dass die Versicherungsbedingungen für eine Vielzahl von Versicherungsverträgen verwendet würden. Deshalb sei für die Auslegung wie bei Versicherungsbedingungen des Versicherers auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers abzustellen.⁹⁵

Nach anderer Auffassung wird darauf abgestellt, ob die Maklerbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind.⁹⁶ Fehle es an einem solchen Aushandeln, sei der Versicherungsnehmer als Verwender der Bedingungen anzusehen. Soweit der Versicherungsnehmer als Verwender der Versicherungsbedingungen angesehen wird, wird schließlich zumindest teilweise davon ausgegangen, dass dann auch eine Inhaltskontrolle der Bedingungen zu Lasten des Versicherungsnehmers möglich sei.⁹⁷

Der zuletzt dargestellten Auffassung ist beizupflichten. Zunächst sind die Maklerbedingungen dem Versicherungsnehmer zuzurechnen. Dem steht nicht entgegen, dass nicht der Versicherungsnehmer selbst, sondern der für den Versicherungsnehmer tätig werdende Versicherungsmakler als Dritter die Bedingungen vorformuliert hat. Werden Geschäftsbedingungen durch einen Dritten entworfen, reicht es nach überwiegend vertretener und zutreffender Auffassung aus, wenn die Absicht der Mehrfachverwendung

⁹⁴ Prölss/Martin/Prölss Vorbemerkungen I. Rn. 17.

⁹⁵ Prölss/Martin/Prölss Vorbemerkungen I. Rn. 17.

⁹⁶ Beckmann/Matusche-Beckmann/Beckmann § 10 Rn. 48.

⁹⁷ Langheid/Müller-Frank, NJW 2010, 344.

nicht in der Person der Vertragspartei, sondern des Dritten vorliegt.⁹⁸ Denn § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB knüpft das Merkmal der vorformulierten Vertragsbedingungen nicht an die Vertragspartei. Darüber hinaus entspricht die Zurechnung der Bedingungen des Dritten dem Sinn und Zweck des AGB-Rechts. Auch wenn ein Vertragspartner nur einmal Bedingungen kraft einseitiger Gestaltungsmacht in einen Vertrag einbezieht, die jedoch durch einen Dritten zur mehrfachen Verwendung entworfen wurden, ist es gerechtfertigt, dem Vertragsgegner den Schutz der §§ 305 ff. BGB zuzubilligen. Das Stellen der Bedingungen durch einen Versicherungsmakler ist deshalb dem Versicherungsnehmer zuzurechnen, weil der Versicherungsmakler beim Vertragsabschluss im Lager des Versicherungsnehmers steht. Werden die Versicherungsbedingungen auf Initiative des Maklers in den Vertrag einbezogen, ist also konsequenterweise der Versicherungsnehmer als Verwender anzusehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Versicherungsnehmer nicht Verbraucher ist und die Fiktion des Stellens der Bedingungen durch den Unternehmer gemäß § 310 Abs. 3 BGB nicht eingreift.

Entscheidend ist mithin, ob die Maklerbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert oder als Individualvereinbarung gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB einzuordnen sind. Eine Individualvereinbarung liegt vor, wenn eine Klausel im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt ist. Das setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Verwender die Bedingungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner die reale Möglichkeit einräumt, den Inhalt der Regelung zu beeinflussen.⁹⁹ Insoweit ist für den Bereich der gewerblichen und industriellen Versicherung festzustellen, dass die oben dargestellte Meinung, derzufolge der Versicherer stets Einfluss auf die Ausgestaltung der Bedingungen habe, die Marktrealitäten vernachlässigt. Eine solche pauschale Betrachtung ist unzulässig und stattdessen auf den Einzelfall abzustellen. Danach wird es sich bei Maklerbedingungen im Gegenteil häufig um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Offenkundig einseitig gestellt werden Mak-

⁹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 87/04, WM 2006, 247, 249; *Hösler*, VersR 2011, 29, 33; *Thiel*, r+s 2011, 1, 3 f.

⁹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 19.05.2005 – III ZR 437/04 NJW 2005, 2543, 2544.

lerbedingungen typischerweise insbesondere in dem oben beschriebenen maklergeführten Subskriptions- und Auktionsverfahren.¹⁰⁰ Hier handelt es sich für die sich an der Ausschreibung beteiligenden Versicherer regelmäßig um eine „*Take it or leave it*“-Entscheidung. Daran ändert auch eine gelegentlich in Maklerbedingungen enthaltene Klausel nichts, nach der im Wege einer Fiktion der Versicherer als Verwender der Maklerbedingungen festgelegt wird. Teils wird sogar bestimmt, dass etwaig individuell ausgehandelte Bedingungen ebenfalls als Allgemeine Geschäftsbedingungen des Versicherers anzusehen sind. Eine solche Klausel verstößt, wenn einseitig durch den Makler und damit Versicherungsnehmer gestellt, indes gegen §§ 305 Abs. 1, 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB. Die Klausel ist folglich unwirksam.

Ist damit in der Regel der Versicherungsnehmer Verwender der Maklerbedingungen, hat dies zur Folge, dass überraschende Klauseln gemäß § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil werden, Zweifel bei der Auslegung gemäß § 305 c Abs. 2 BGB zulasten des Versicherungsnehmers gehen und auch eine Inhaltskontrolle der Bedingungen gemäß § 307 BGB zulasten des Versicherungsnehmers stattfindet.

Diese Feststellung gilt zunächst für die Konstellation, dass ein Versicherungsmakler im Einzelfall für einen Kunden Versicherungsbedingungen gestaltet und in den Versicherungsvertrag einbezieht. Dem gegenüber ist es in der Praxis häufiger der Fall, dass Versicherungsmakler generell, also nicht nur für einen einzelnen konkreten Kunden, Bedingungswerke entwickeln (sog. Maklerkonzepte) und diese allen von ihnen vermittelten Versicherungsverträgen zugrunde legen. Dies kann einseitig ohne Einbeziehung der Versicherer erfolgen. Häufiger ist allerdings der Fall, dass der Versicherungsmakler mit einem oder mehreren Versicherern rahmenvertraglich vereinbart, dass die durch den Makler entwickelten Versicherungsbedingungen allen durch den Makler vermittelten Verträgen mit dem jeweiligen Versicherer zugrunde gelegt werden. In diesen Konstellationen handelt es sich grundsätzlich ebenfalls um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Geschäftsbedingungen.

¹⁰⁰ Vgl. dazu B.I.1., S. [●] ff.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Versicherungsbedingungen auch bei einem mit einem Versicherer abgestimmten Maklerkonzept durch den Versicherungsnehmer gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt werden. Bei einem solchen Maklerkonzept sprechen indes die gleichen Erwägungen wie bei für einen konkreten Versicherungsnehmer entwickelten Versicherungsbedingungen dafür, den Versicherungsnehmer als Verwender der Bedingungen anzusehen. Denn auch im Falle eines Maklerkonzepts bedient sich der Versicherungsnehmer des Maklers und der von dem Makler entwickelten Bedingungen mit der Folge, dass der Makler im Lager des Versicherungsnehmers steht und sein Handeln dem Versicherungsnehmer zuzurechnen ist.¹⁰¹ Auch in diesem Fall ist die Einbeziehung der durch den Versicherungsmakler entwickelten Versicherungsbedingungen daher Ausdruck einseitiger Gestaltungsmacht des Versicherungsnehmers und seines Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherer.

Weiterhin ist zu erwägen, ob sich an diesem Ergebnis etwas ändert, wenn der Versicherungsmakler und der Versicherer die Verwendung bestimmter Versicherungsbedingungen im Vorhinein rahmenvertraglich vereinbaren. So könnte man die Auffassung vertreten, dass durch die rahmenvertragliche Vereinbarung die Versicherungsbedingungen nicht mehr durch eine Vertragsseite einseitig gestellt werden, sondern ihr Einbezug auf vertraglicher Grundlage und damit einvernehmlich erfolgt. Eine solche pauschale Betrachtung kann jedoch nicht überzeugen. Denn sie würde nicht berücksichtigen, dass auch die rahmenvertragliche Vereinbarung bestimmter Versicherungsbedingungen Ausdruck einseitiger Gestaltungsmacht sein kann. In der Praxis gibt es unterschiedliche Konstellationen. Während in manchen Fällen die Versicherungsbedingungen ganz überwiegend durch den Versicherer entwickelt und anschließend verschiedenen Versicherungsmaklern zu rahmenvertraglicher Festlegung vorgeschlagen werden, gegebenenfalls unter Nachverhandlung einzelner Klauseln, ist es in anderen Fällen so, dass Versicherungsmakler mit ihrerseits einseitig entwickelten Versicherungsbedingungen an die Versicherer herantreten und die rahmenvertragliche Festlegung zur Voraussetzung machen, Verträge an die Versicherer zu vermitteln. Je nachdem, wie es zur rahmenvertraglichen Festlegung der Versicherungsbedingungen gekommen ist, ist daher auch

¹⁰¹ So auch *Höscher*, *VersR* 2011, 29, 39.

der spätere Einbezug in einen konkreten Versicherungsvertrag Ausdruck einseitiger Gestaltungsmacht entweder des Versicherungsmaklers und damit des Versicherungsnehmers oder des Versicherers. Es entspricht damit Sinn und Zweck des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, für die Frage des Stellens im Sinne von Satz 1 wie auch des individuellen Aushandelns im Sinne von Satz 3 nicht auf die rahmenvertragliche Vereinbarung, sondern im Sinne einer ‚Durchschau‘ auf die zugrundeliegende Art und Weise der Festlegung der Versicherungsbedingungen in dem Rahmenvertrag abzustellen. Hat der Versicherer seine Versicherungsbedingungen dem Makler vorgegeben, so ist der Versicherer trotz der rahmenvertraglichen Festlegung Verwender dieser Versicherungsbedingungen und die Bedingungen unterliegen der Klauselnkontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB. Umgekehrt gilt, wenn der Versicherungsmakler dem Versicherer die Bedingungen einseitig vorgegeben hat, dass der den Versicherungsmakler beauftragende Versicherungsnehmer Verwender der Versicherungsbedingungen wird. Denn auch in dieser Konstellation steht der Versicherungsmakler unverändert im Lager des Versicherungsnehmers, sodass sich der Versicherungsnehmer das rahmenvertragliche Stellen der Versicherungsbedingungen durch den Makler zurechnen lassen muss.

Die vorstehenden Ergebnisse gelten auch bei der offenen Mitversicherung. Bei der Mitversicherung werden zudem regelmäßig dieselben Versicherungsbedingungen mit allen Mitversicherern vereinbart. Gegebenenfalls kommen diejenigen Versicherungsbedingungen zur Anwendung, welche der Versicherungsmakler im Vorfeld rahmenvertraglich mit dem führenden Mitversicherer festgelegt hat. Soweit es sich um durch den Versicherungsnehmer gestellte Bedingungen handelt, gilt dies gegenüber allen beteiligten Mitversicherern. Umgekehrt gilt diese einheitliche Betrachtungsweise auch für durch den führenden Mitversicherer gestellte Bedingungen. Schließlich sind zwischen dem Versicherungsnehmer und dem führenden Mitversicherer individualvertraglich vereinbarte Bedingungen auch gegenüber den anderen Mitversicherern als ausgehandelt im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB anzusehen, selbst wenn den anderen Mitversicherern die mit dem führenden Mitversicherer vereinbarten Bedingungen ohne weitere Verhandlungen gestellt werden und der führende Mitversicherer von den anderen Mitversicherern nicht zum Vertragsschluss bevollmächtigt ist. Insoweit liegt zwar kein Aushandeln mit den anderen Mitversicherern vor. Jedoch kann es sein, dass sich die ausgehandelten Bedingungen

schon nur auf die feststehende Zahl an Verträgen mit den Mitversicherern beziehen sollen. Im Übrigen wird den anderen Mitversicherern – selbst wenn jeder beim Vertragsschluss für sich handelt – das Verhalten des führenden Mitversicherers bei der Festlegung der Versicherungsbedingungen zuzurechnen sein. Grund für die Zurechnung ist, dass es entsprechend allgemeiner Vertragspraxis dem Interesse und Willen aller Beteiligten entspricht, dass die mit dem führenden Mitversicherer festgelegten Bedingungen für alle Verträge gelten sollen. Insoweit steht hier der führende Mitversicherer im Lager der anderen Mitversicherer, denen mithin das Verhalten des führenden Mitversicherers bei der Vereinbarung der Bedingungen zuzurechnen ist.

2. Maklerfragebögen

Im Mittelpunkt der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm steht die Frage, welche Konsequenzen die Verwendung eines Maklerfragebogens für das Rücktrittsrecht des Versicherers im Fall einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung hat.

Unberührt von der Verwendung von Maklerfragen und dem daraus folgenden Fehlen von Fragen des Versicherers bleibt nach zutreffender herrschender Auffassung¹⁰² zwar ein etwaiges Anfechtungsrecht des Versicherers gemäß § 123 BGB. Das Anfechtungsrecht setzt jedoch voraus, dass der Versicherer eine arglistige Täuschung des Versicherungsnehmers beweisen kann. Da die Anforderungen für eine erfolgreiche Anfechtung des Versicherungsvertrags folglich sehr hoch sind, steht im Fall einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung regelmäßig das Rücktrittsrecht im Vordergrund.

Insoweit hat das Oberlandesgericht – kurz zusammengefasst – entschieden, dass Fragen in einem Maklerfragebogen keine Risikofragen des Versicherers im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG seien und schon deshalb – gegebenenfalls trotz vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Falschbeantwortung

¹⁰² LG Dortmund, Urt. v. 24.02.2012 – 2 O 144/11, r+s 2012, 426, 428; Looschelders/Pohlmann/Looschelders § 22 Rn. 6 f.; Prölss/Martin/Prölss § 22 Rn. 3.

tung – ein Rücktrittsrecht des Versicherers ausscheiden soll.¹⁰³ Dem Oberlandesgericht Hamm hat sich das Landgericht Dortmund mit Urteil vom 24.02.2012 für einen Krankenversicherungsvertrag angeschlossen.¹⁰⁴

Die der Dornbracht-Entscheidung zugrundeliegende Konstellation ist kein Einzelfall bei der Versicherung gewerblicher und industrieller Risiken. Die Beantwortung von Risikofragebögen sämtlicher in eine Ausschreibung eingebundener Versicherer wäre für den Versicherungsnehmer mit einem hohen Aufwand verbunden. Daher übernimmt es häufig der durch den Versicherungsnehmer eingeschaltete Versicherungsmakler, die relevanten Risikoinformationen einzusammeln und den Versicherern zur Verfügung zu stellen, die sodann auf dieser Grundlage ihre Quotierungen abgeben.

Das wirft allerdings die Frage auf, ob in einem solchen Fall „*Fragen des Versicherers*“ im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG vorliegen, bei deren Falschbeantwortung der Versicherer zum Rücktritt berechtigt sein kann. Das Erfordernis von durch den Versicherer gestellten Fragen hat der Gesetzgeber im Rahmen der VVG-Reform zum 01.01.2008 eingeführt. Der Gesetzgeber bezweckt damit, dem Versicherungsnehmer das Risiko einer Fehleinschätzung abzunehmen, ob ein Umstand gefahrrelevant und deshalb anzeigepflichtig ist.¹⁰⁵ Weiterhin hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG vorgesehen, dass dem Versicherer die Rechte gemäß § 19 Abs. 2 – 4 VVG bei einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung nur dann zustehen, wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer durch gesonderte Mitteilung in Textform auf die Sanktionen einer Anzeigepflichtverletzung hingewiesen hat. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass die Belehrung so rechtzeitig vor Vertragsschluss erfolgen muss, dass der Versicherungsnehmer seine Anzeigepflicht noch erfüllen kann.¹⁰⁶ Unterlässt der Versicherer diese Belehrung, kann er sich auf die Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer nicht berufen.

Ausgeklammert wird dabei die Fallgestaltung, dass der Versicherer dem Versicherungsmakler als empfangsbevollmächtigtem Vertreter des Versi-

¹⁰³ OLG Hamm, Urt. v. 03.11.2010 – I-20 U 38/10, VersR 2011, 469.

¹⁰⁴ LG Dortmund, Urt. v. 24.02.2012 – 2 O 144/11, r+s 2012, 426, 427.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 16/3945, S. 64 f.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 16/3945, S. 65 f.

versicherungsnehmers Fragen im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG gestellt hat, der Makler für die Beantwortung dann aber einen eigenen Fragebogen verwendet. In diesem Fall sind die Anforderungen des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG erfüllt.¹⁰⁷ Schwieriger zu beurteilen sind vielmehr die Fälle, in denen ausschließlich Maklerfragen zum Einsatz kommen.

Das Oberlandesgericht Hamm und das Landgericht Dortmund haben zur Begründung, dass ein Maklerfragebogen den Anforderungen des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG nicht entspricht, vor allem auf den mit der Gesetzesänderung beabsichtigten Schutz des Versicherungsnehmers abgestellt. Würden Maklerfragebögen als Risikofragen des Versicherers angesehen, so führte dies nach Ansicht der Gerichte letztlich zur Wiedereinführung der spontanen Anzeigeobliegenheit des Versicherungsnehmers. Der Schutzzweck des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG liefe dann nach Ansicht der Gerichte ins Leere.¹⁰⁸

Diese Begründung überzeugt indes nicht. Nachvollziehbar ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm allerdings zunächst insoweit, als das Gericht nicht ohne weiteres von einer Abbedingung des § 19 VVG bei Vorliegen eines Großrisikos im Sinne von § 210 VVG ausgeht. Dabei kann es bei Großrisiken im gewerblichen und industriellen Versicherungsbereich zumindest im Einzelfall zwar durchaus sachgerecht sein kann, zum Schutz der Entschließungsfreiheit des Versicherers die Anfechtungsrechte nach §§ 119 Abs. 2, 123 BGB an die Stelle von §§ 19 ff. VVG treten zu lassen. Insbesondere die Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 Abs. 2 VVG würde im Fall eines Irrtums des Versicherers über das gezeichnete Risiko die Lösungsmöglichkeiten des Versicherers vom Vertrag im Vergleich zum Rücktrittsrecht gemäß § 19 VVG deutlich ausweiten. Das kann aber deshalb gerechtfertigt sein, weil das Versicherungsvertragsgesetz in der Fassung seit dem 01.01.2008 den Verbraucherschutz deutlich in den Vordergrund stellt. Im Fall von Großrisiken, bei denen der Versicherungsnehmer, regelmäßig vertreten durch einen professionellen Versicherungsmakler, mit dem Versicherer auf Augenhöhe agiert, müssen die restriktiven Voraussetzungen der §§ 19 ff. VVG daher nicht notwendig als interes-

¹⁰⁷ *Schimikowski*, r+s Beil 2011, 96, 101.

¹⁰⁸ OLG Hamm, Urt. v. 03.11.2010 – I-20 U 38/10, VersR 2011, 469; LG Dortmund, Urt. v. 24.02.2012 – 2 O 144/11, r+s 2012, 426, 427.

sengerechte Regelung anzusehen sein.¹⁰⁹ Zugleich ist zu berücksichtigen, dass sich die Interessenlagen auch im Fall von Großrisiken unterscheiden können, sodass die §§ 19 ff. VVG zumindest eine – und die im Ausgangspunkt anwendbare – sachgerechte Regelung darstellen. Im Übrigen wäre ein Ausweichen auf §§ 119 Abs. 2, 123 BGB nicht die einzige mögliche Regelungsalternative: stattdessen könnten die Parteien sich nämlich beispielsweise auch an §§ 16 ff. VVG 1908 orientieren, wie das auch für den Rückversicherungsbereich gelten soll.¹¹⁰ Ohne besondere Anhaltspunkte ist daher nicht davon auszugehen, dass die Parteien die gesetzliche Regelung in §§ 19 ff. VVG abbedingen wollen. Dafür bedarf es vielmehr im Einzelfall hinreichender konkreter Anhaltspunkte.

Sind die §§ 19 ff. VVG anwendbar, ist im Fall eines Maklerfragebogens entscheidend, ob es sich um durch den Versicherer gestellte Risikofragen handelt. Hat der Versicherer die Fragen nicht selbst gestellt, ist zunächst zu prüfen, ob der Versicherungsmakler die Fragen als Vertreter des Versicherers gemäß § 164 Abs. 1 BGB gestellt hat. So besteht häufiger zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherer ein Rahmenvertrag. Gegenstand einer solchen rahmenvertraglichen Absprache – oder anderenfalls einer etwaigen Vereinbarung im Einzelfall – kann sein, dass der Versicherungsmakler die Risikofragen im Namen des Versicherers stellt. Eine solche Vertreterstellung des Versicherungsmaklers führt – entgegen einer teils vertretenen Auffassung¹¹¹ – nicht dazu, dass der Versicherungsmakler nicht mehr im Lager des Versicherungsnehmers stünde. Vielmehr handelt es sich bei der Vertretung des Versicherers durch den Makler um eine Ausprägung des ohnehin bestehenden Doppelrechtsverhältnisses, aus dem den Versicherungsmakler auch gegenüber dem Versicherer Informations- und Rücksichtnahmepflichten treffen.¹¹²

Vor allem bleibt der Versicherungsnehmer hinreichend geschützt. Zum einen gilt § 181 BGB: Wenn der Versicherungsmakler Risikofragen für den Versicherer stellt und zugleich für den Versicherungsnehmer beantwortet, ist eine solche Mehrfachvertretung grundsätzlich nur mit Zustimmung der

¹⁰⁹ Vgl. *Icha*, VuR 2011, 353, 355; *Jenssen*, VW 2011, 764 ff.

¹¹⁰ Vgl. MüKo-VVG/*Schwepcke* Rückversicherungsvertragsrecht Rn. 45 f.

¹¹¹ *Naujoks/Heydorn*, VersR 2011, 476, 480.

¹¹² Vgl. zum Haftungsmaßstab *Jenssen*, VW 2011, 764 ff.

Parteien zulässig. Die (konkludente) Zustimmung des Versicherers liegt regelmäßig in der Beauftragung und Bevollmächtigung des Versicherungsmaklers, die Risikofragen zu stellen. Da die Doppelstellung des Maklers für den Versicherungsnehmer hingegen nicht ohne weiteres erkennbar ist, wird der Beauftragung des Maklers durch den Versicherungsnehmer nach §§ 133, 157 BGB regelmäßig noch keine Zustimmung zu entnehmen sein. Es folgt daher aus § 181 BGB, dass der Versicherungsmakler den Versicherungsnehmer auf die Vertretung des Versicherers im Zusammenhang mit den vorvertraglichen Anzeigepflichten grundsätzlich hinweisen und hierzu die Zustimmung des Versicherungsnehmers einholen muss.

Zum anderen ist der Versicherungsnehmer auch durch die erforderliche Offenkundigkeit des Vertreterhandelns des Versicherungsmaklers für den Versicherer geschützt (§ 164 Abs. 2 BGB). Grundsätzlich wird daher ein ausdrückliches Handeln im Namen des Versicherers erforderlich sein. Dies kann dadurch geschehen, dass der Versicherungsmakler in dem Risikofragebogen offenlegt, die Risikofragen für den Versicherer zu stellen.

Eine Besonderheit liegt allerdings darin, beispielsweise bei Ausschreibungen, dass bei Erstellen des Risikofragebogens nicht feststeht, welche Versicherer das Risiko letztlich zeichnen. Dies steht einem Vertreterhandeln des Versicherungsmaklers für die Versicherer indes nicht entgegen, wenn die Voraussetzungen eines Geschäfts für den, den es angeht, vorliegen. Allerdings handelt es sich nicht um ein sog. verdecktes (echtes) Geschäft für den, den es angeht. Ein solches verdecktes Geschäft für den, den es angeht, ist dadurch gekennzeichnet, dass der Vertreter nicht zu erkennen gibt, ob er für sich oder einen anderen handelt, es dem Vertragspartner aber gleichgültig ist, mit wem das Geschäft letztlich zustande kommt.¹¹³ Diese Voraussetzung liegt regelmäßig nicht vor, wenn der Versicherungsmakler die Risikofragen für die Versicherer stellt. Für den Versicherungsnehmer macht es vor dem Hintergrund der Regelung in § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG nämlich offenkundig einen erheblichen Unterschied, ob die Risikofragen durch den Versicherungsmakler als Beauftragter des Versicherungsnehmers oder als Bevollmächtigter der potentiellen Versicherer ge-

¹¹³ BGH, Urt. v. 25.03.2003 – XI ZR 224/02, NJW-RR 2003, 921,922; MüKo-BGB/Schramm § 164 Rn. 47.

stellt werden. Jedoch kann es sich um ein sog. offenes (unechtes) Geschäft für den, den es angeht handeln. Ein solches offenes Geschäft für den, den es angeht, liegt dann vor, wenn der Vertreter deutlich macht, dass er in fremdem Namen handelt, aber die Vertretenen nicht benennt, gegebenenfalls weil diese im Zeitpunkt der Vertretung – hier der Stellung der Risikofragen durch den Makler für die nicht feststehenden Versicherer – noch unbestimmt sind.¹¹⁴

Folglich ist ein Vertreterhandeln des Versicherungsmaklers für die Versicherer sogar dann möglich, wenn die Versicherer zum Zeitpunkt der vorvertraglichen Risikofragen noch nicht feststehen. Erforderlich ist aber entweder ein ausdrücklicher Hinweis, dass die Risikofragen für die Versicherer gestellt werden, oder jedenfalls das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte für ein solches Vertreterhandeln. Dem steht schließlich nicht entgegen, wenn dem Versicherungsmakler zum Zeitpunkt der Risikofragen noch keine Vertretungsmacht durch einen Versicherer eingeräumt ist. Ungeachtet eines Rahmenvertrags oder einer sonstigen Abrede wird spätestens im Abschluss des Versicherungsvertrages durch den Versicherer die erforderliche Genehmigung der Vertretung durch den Versicherungsmakler liegen. Schließlich wird zumindest bei einer eindeutigen Erkennbarkeit des Handelns für den Versicherer regelmäßig auch von einer stillschweigenden Zustimmung des Versicherungsnehmers im Sinne von § 181 BGB zur Mehrfachvertretung des Maklers auszugehen sein, wenn der Versicherungsnehmer bei tatsächlicher Kenntnis dieses Umstands den Vertrag schließt oder den Makler zum Abschluss anweist. Im Ergebnis ist daher jedenfalls dann in der Regel von Risikofragen des Versicherers im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG auszugehen, wenn der Versicherungsmakler durch einen gegebenenfalls auch pauschal gehaltenen Hinweis auf die Risikofragen der Versicherer sein Handeln im fremden Namen offenlegt.

Liegt kein wirksames Vertreterhandeln des Versicherungsmaklers vor, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie der Versicherer sich Risikofragen des Versicherungsmaklers zu eigen machen kann. Einem solchen Zueigenmachen stehen weder der Wortlaut noch der Schutzzweck des § 19

¹¹⁴ MüKo-BGB/Schramm § 164 Rn. 47.

Abs. 1 Satz 1 VVG zwingend entgegen.¹¹⁵ Strittig sind jedoch die Voraussetzungen, damit die Maklerfragen als durch den Versicherer gestellte Fragen anzusehen sind. Nach teilweise vertretener Auffassung soll dafür ausreichen, wenn eine rahmenvertragliche Vereinbarung zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherer vorliegt, die den Gegenstand und den Umfang der Risikoerfassung durch den Versicherungsmakler festlegt. Eine solche Vereinbarung entfalte dann auch gegenüber dem Versicherungsnehmer Wirkung, da der Makler Wissensvertreter des Versicherungsnehmers und die Kenntnis des Maklers daher dem Versicherungsnehmer zuzurechnen sei.¹¹⁶ Demgegenüber wird überwiegend gefordert, dass auch im Fall eines Zueigenmachens für den Versicherungsnehmer erkennbar sein muss, dass die Risikofragen dem Versicherer zugerechnet werden. Auch wenn es nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG ausreichend sei, wenn die Fragen nur inhaltlich auf den Versicherer zurückgingen, erfordere der Gesetzeszweck, dass der Versicherer als Urheber der Fragen für den Versicherungsnehmer erkennbar feststehe.¹¹⁷ Spätestens bei Beantwortung der Maklerfragen soll daher eine Erklärung des Versicherers vorliegen müssen, dass die Fragen als durch den Versicherer gestellt gelten.¹¹⁸

Bei der Stellungnahme zu den Anforderungen an ein wirksames Zueigenmachen ist zu differenzieren, wie und bis zu welchem Zeitpunkt ein Zueigenmachen der Maklerfragen durch den Versicherer erfolgen kann.

Betreffend die Art und Weise des Zueigenmachens geht es zu weit, nur ein ausdrückliches Zueigenmachen zum Zeitpunkt der Beantwortung der Risikofragen durch den Versicherungsnehmer zuzulassen.¹¹⁹ Der wesentliche Schutzzweck des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG besteht darin, dass dem Versicherungsnehmer das Risiko einer Fehleinschätzung, ob ein Umstand gefahrrelevant und deshalb anzeigespflichtig ist, abgenommen wird. Der Ge-

¹¹⁵ OLG Hamm, Urt. v. 03.11.2010 – I-20 U 38/10, VersR 2011, 469, 471; LG Dortmund, Urt. v. 24.02.2012 – 2 O 144/11, r+s 2012, 426, 428; *Naujoks/Heydorn*, VersR 2011, 476, 480.

¹¹⁶ *Schimikowski*, r+s Beil 2011, 96, 101.

¹¹⁷ LG Dortmund, Urt. v. 24.02.2012 – 2 O 144/11, r+s 2012, 426, 428; Looscheldersr/Pohlmann/Looschelders § 19 Rn. 18; *Naujoks/Heydorn*, VersR 2011, 476, 480; *dies.*, VW 2011, 339.

¹¹⁸ *Stancke*, VersR 2012, 1346, 1355.

¹¹⁹ Vgl. auch *Schneider*, PHi 2012, 96, 98 f.

setzgeber hat insoweit aus Gründen der Rechtssicherheit zunächst verlangt, dass die entsprechenden Risikofragen in Textform dokumentiert sind. Dabei ist der Gesetzgeber wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Risikofragen durch den Versicherer gestellt werden. Dem wesentlichen Regelungszweck des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG wird aber unabhängig vom Vorliegen von Fragen des Versicherers oder eines Maklerfragebogens genügt. Auch im Falle eines Maklerfragebogens, den sich ein Versicherer zu eigen macht, besteht nämlich keine über die konkreten Fragen hinausgehende Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers. Die Anforderungen des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG werden deshalb überspannt, wenn bei Beantwortung der Risikofragen zweifelsfrei feststehen soll, dass die Fragen durch den Versicherer gestellt sind. Dem nach Meinung des Gesetzgebers bestehenden weitergehenden Schutzbedürfnis des Versicherungsnehmers trägt nämlich das Belehrungserfordernis nach § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG hinreichend Rechnung (dazu sogleich). Für ein Zueigenmachen reicht danach zwar das dem Versicherungsnehmer prinzipiell unbekannte Vorliegen eines Rahmenvertrags nicht aus. Insoweit ersetzt das Wissen des Maklers nicht die erforderliche Willenserklärung des Versicherers, gegebenenfalls auch durch den Makler als Vertreter des Versicherers, sich die Fragen des Maklers zu eigen zu machen. Jedoch ist für den Versicherungsnehmer auch ohne ausdrückliche Erklärung des Versicherers hinreichend erkennbar, dass ein Versicherer sich die Risikofragen des Versicherungsmaklers jedenfalls dann zu eigen macht, wenn er auf Grundlage der überlassenen Risikoinformationen den Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsnehmer abschließt.

Liegt demnach ein Zueigenmachen der Maklerfragen durch den Versicherer spätestens im Zeitpunkt des Vertragschlusses vor, wirft dies allerdings die Frage auf, ob ein Zueigenmachen nach Beantwortung der Risikofragen noch möglich ist. Das Oberlandesgericht Hamm hielt jedenfalls ein Zueigenmachen vor Beantwortung der Risikofragen durch den Versicherungsnehmer für möglich. Das Landgericht Dortmund hat ein Zueigenmachen nach Beantwortung der Risikofragen abgelehnt. Dabei verkennt das Landgericht, dass auch ein nachträgliches Zueigenmachen dem Zweck des § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG nicht entgegensteht. Insbesondere ist – entgegen der nicht weiter begründeten Behauptung des Oberlandesgerichts wie des Landgerichts – mit einem solchen nachträglichem Zueigenmachen keine Wiedereinführung der spontanen Anzeigepflicht des Versicherungsneh-

mers verbunden. Schließlich ist auch insoweit auf das Belehrungserfordernis nach § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG zu verweisen: Ist dem Versicherungsnehmer bei Beantwortung der Risikofragen vor Augen geführt worden, dass eine falsche Beantwortung die Sanktion nach § 19 Abs. 2 bis 4 VVG zur Folge haben kann, ist ein weitergehendes Schutzbedürfnis, welches einem nachträglichen Zueigenmachen der Risikofragen durch den Versicherer entgegensteht, nicht zu erkennen.¹²⁰

Entscheidend ist mithin stets, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer gemäß § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG über die Rechtsfolgen einer Verletzung der Anzeigepflicht durch gesonderte Mitteilung in Textform so rechtzeitig vor Vertragsschluss belehrt, dass der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht noch erfüllen kann.¹²¹ Nach einer neuen Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Belehrung nach § 28 Abs. 4 VVG ist zutreffend davon auszugehen, dass eine solche Belehrung nicht nur auf einem Extrablatt, sondern auch im Risikofragebogen erfolgen kann, sofern sie drucktechnisch und durch ihre Platzierung so ausgestaltet ist, dass sie der Versicherungsnehmer nicht übersehen kann.¹²² Im Fall des Vertreterhandelns des Maklers für den Versicherer ist erforderlich, dass der Versicherungsmakler die erforderliche Belehrung im Namen des Versicherers abgibt. Genauso ist im Fall des Zueigenmachens der Risikofragen durch den Versicherer eine Belehrung gemäß § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG erforderlich, aber auch nicht ausgeschlossen, selbst wenn der Versicherer sich die Risikofragen erst mit Vertragsschluss zu eigen macht. Im Falle eines anfänglichen Zueigenmachens besteht die Möglichkeit, dass der Versicherer selbst dem Versicherungsnehmer die Belehrung erteilt. Bei einem Zueigenmachen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kommt es hingegen darauf an, dass zunächst der Versicherungsmakler den Versicherungsnehmer auf die Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht hingewiesen hat. Diese Belehrung macht sich der Versicherer dann spätestens mit dem Vertragsschluss ebenfalls zu eigen. Dagegen überzieht das Landgericht Dortmund die Anforderungen des § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG, wenn es die mit der Be-

¹²⁰ Vgl. auch *Jenssen*, VW 2011, 764 ff.

¹²¹ BT-Drucks. 16/3945, S. 65 f.; *Tschersich*, r+s 2012, 53, 56; vgl. zum Diskussionsstand ferner *Karczewski*, r+s 2012, 521, 529 ff.

¹²² BGH, Urt. v. 09.01.2013 – IV ZR 197/11, VersR 2013, 297.

lehrung verbundene Warnfunktion nur dann für erfüllt ansieht, wenn die Belehrung von vornherein durch den Versicherer erfolgt ist.¹²³ Es ist nicht zu erkennen, weshalb der Versicherungsnehmer schutzwürdig sein sollte, wenn ihm bereits bei Beantwortung der Risikofragen, jedenfalls aber rechtzeitig genug vor Vertragsschluss vor Augen geführt wird, dass eine Falschbeantwortung der Maklerfragen den Versicherer zum Rücktritt oder zur Vertragsanpassung berechtigen kann.

Die Urteile des Oberlandesgerichts Hamm und insbesondere des Landgerichts Dortmund fassen die Anforderungen an eine wirksame Fragestellung und Belehrung gemäß § 19 VVG durch den Versicherer daher zu eng. Dennoch besteht für die Versicherer bis zu einer endgültigen Klärung durch den Bundesgerichtshof ein erhebliches Risiko, dass sich auch andere Gerichte der eher formalen Sicht des Oberlandesgerichts Hamm und des Landgerichts Dortmund anschließen werden. Angesichts der Vorteile von Maklerfragebögen für alle Parteien ist es keine Alternative, die Zusammenstellung der Risikoinformationen durch den Versicherungsmakler generell zu verwerfen. Der sicherste Weg dürfte deshalb sein, dass die Versicherer durch entsprechende rahmenvertragliche Abreden sicherstellen, dass die Versicherungsmakler die Risikofragen wie auch die Belehrung nach § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG im Namen der Versicherer abgeben. Hierzu sollten ausdrückliche Hinweise in die Fragebögen aufgenommen werden.

Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Hamm und des Landgerichts Dortmund geben mit Blick auf die offene Mitversicherung schließlich Anlass zu folgendem Hinweis: Bei der offenen Mitversicherung besteht die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers grundsätzlich gegenüber jedem einzelnen Mitversicherer.¹²⁴ Die Beantwortung der Risikofragen des führenden Mitversicherers stellt nur dann unmittelbar eine Beantwortung der Fragen auch der anderen Mitversicherer dar, wenn der führende Mitversicherer die Fragen zugleich als Vertreter der anderen Mitversicherer stellt. Unterlassen es die anderen Mitversicherer eigene Fragen zu stellen und übernehmen ihre Risikoanteile lediglich auf Basis der Quotierung des führenden Mitversicherers, lässt sich nicht ausschließen, dass die anderen Mitversicherer bei einer vorvertraglichen Anzeigepflicht

¹²³ So auch *Schneider*, PHi 2012, 96, 99.

¹²⁴ *Bruck/Möller/Schnepp* Anh § 216 Rn. 29; *Prölss/Martin/Prölss* § 19 Rn. 35.

pflichtverletzung nicht zum Rücktritt berechtigt sein könnten, weil § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG bei Fortführung der strengen Lesart durch die Gerichte weiter voraussetzen könnte, dass nicht Fragen irgendeines, sondern konkret des sich auf die Anzeigepflichtverletzung berufenden Versicherers vorliegen müssen. Liegt keine Vertretung durch einen Makler oder durch den führenden Mitversicherer vor, müssen die anderen Mitversicherer deshalb vorsorglich entweder eigene Fragebögen verwenden oder sicherstellen, sich die Fragen des führenden Mitversicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer rechtssicher zu eigen zu machen. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Vor endgültiger Klärung der Rechtsfrage bleibt eine ausdrückliche Erklärung vor Beantwortung der Risikofragen oder mit hinreichendem Vorlauf vor Vertragsschluss und unter Hinweis gemäß § 19 Abs. 5 Satz 1 VVG der sicherste Weg.

C. Vertragsdurchführung der offenen Mitversicherung

Im Ausgangspunkt stehen bei der offenen Mitversicherung die versicherungsvertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und den einzelnen Mitversicherern nebeneinander. In der Praxis wird die Vertragsabwicklung dagegen regelmäßig durch sog. Führungsabreden weitgehend auf einen führenden Mitversicherer konzentriert. Wesentlicher Zweck der Führungsabreden ist die Vereinfachung der Komplexität der Vertragsdurchführung, die aus der Stellung der Mitversicherer als rechtlich selbstständige Vertragspartner des Versicherungsnehmers resultiert (dazu I.). Die Vereinbarung der Führungsklausel erfolgt im Außenverhältnis als Bestandteil der Versicherungsverträge mit dem Versicherungsnehmer (dazu II.). Zugleich begründen die Führungsklauseln auch interne Rechtsbeziehungen zwischen dem führenden Mitversicherer und den anderen Mitversicherern (dazu III.).

I. Bedeutung der Führung

Die Aufnahme von Führungsklauseln in die Versicherungsverträge liegt im Interesse sowohl des Versicherungsnehmers als auch der beteiligten Mitversicherer. Zunächst dienen Führungsabreden dazu, die Komplexität der Vertragsdurchführung zu reduzieren, die aus der Vielzahl der beteiligten Mitversicherer resultiert. So müsste der Versicherungsnehmer ohne Vereinbarung von Führungsklauseln beispielsweise seine gesetzlichen und vertraglichen Obliegenheiten, beispiels-

weise Anzeigen, gegenüber jedem Mitversicherer einzeln erfüllen und die anteilige Prämie an jeden einzelnen Mitversicherer zahlen. Dementsprechend müsste der Versicherungsnehmer beispielsweise eine Gefahrerhöhung jedem einzelnen Mitversicherer mitteilen, Schadensfälle gegenüber jedem einzelnen Mitversicherer anzeigen und mit jedem einzelnen Mitversicherer die Regulierung eines Schadensfalls verhandeln. Schließlich müsste der Versicherungsnehmer im Streitfall mit jedem Mitversicherer über die Entschädigung verhandeln, gegebenenfalls gegen jeden Mitversicherer einzeln gerichtlich vorgehen und seine Ansprüche in Höhe der jeweils individuellen Risikoquote möglicherweise vor unterschiedlichen sachlich und örtlich zuständigen Gerichten verfolgen. Das hätte auf Seiten des Versicherungsnehmers Transaktionskosten zur Folge, welche die Risikoteilung im Wege der Mitversicherung in Frage stellen könnten. Auch die einzelnen Mitversicherer wären, vor allem bei kleinen Risikoanteilen, unter Umständen mit einem derart hohen Verwaltungsaufwand belastet, dass die Profitabilität der Beteiligung insgesamt in Frage stünde.

Auch wenn dies für die Mitversicherung nicht zwingend ist, liegt es aus Gründen der vereinfachten Geschäftsabwicklung und Kostenersparnis damit im Interesse aller Beteiligten, einen der Mitversicherer mit der Vertragsabwicklung zu betrauen. Dabei ist die Auswahl des führenden Mitversicherers von hoher Bedeutung. Für den Versicherungsnehmer ist es wichtig, dass der führende Mitversicherer über besondere Kenntnis und Erfahrung mit dem übernommenen Risiko verfügt und ausreichende Kapazitäten für die Schadensbearbeitung bietet, um eine sachgerechte Vertragsabwicklung zu gewährleisten. Genauso bringen die beteiligten Mitversicherer dem Führenden, ungeachtet interner Kontrollrechte, grundsätzlich ein besonderes Vertrauen entgegen, indem sie ihm im Außenverhältnis die Vertragsdurchführung auch für ihre Anteile in die Hand geben.

II. Außenverhältnis

Regelungsgegenstand der üblichen Führungsklauseln ist die Übernahme von Führungsaufgaben durch den führenden Mitversicherer im Außenverhältnis gegenüber dem Versicherungsnehmer.

Die Führungsvereinbarung erfolgt regelmäßig durch die Aufnahme von Führungsklauseln in die Versicherungsverträge. Die Führungsklauseln finden sich typischerweise in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, wobei sie selbst

regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen der Versicherer darstellen. Entgegen vereinzelt vertretener Auffassung verstoßen die typischerweise verwendeten Führungsklauseln nicht gegen § 307 BGB und sind deshalb wirksam.¹²⁵

In erster Linie regeln die Führungsklauseln die Befugnisse des führenden Mitversicherers im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer und bestimmen besondere Rechte und Pflichten der Mitversicherer und des Versicherungsnehmers, um die angestrebte vereinfachte Vertragsabwicklung zu erreichen. Durch den Abschluss der Versicherungsverträge vereinbaren die Mitversicherer die Führungsklauseln nicht nur jeweils im Verhältnis zum führenden Mitversicherer, sondern auch mit dem Versicherungsnehmer. Folglich können die Führungsklauseln ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers grundsätzlich nicht geändert werden.¹²⁶ Wenngleich die Führungsklauseln mit dem Versicherungsnehmer vereinbart werden und die Führung gerade auch in seinem Interesse liegt, besteht grundsätzlich kein Führungsvertrag, etwa ein Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB oder Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 Abs. 1 BGB, zwischen dem führenden Mitversicherer und dem Versicherungsnehmer¹²⁷, sondern ausschließlich im Verhältnis des führenden Mitversicherers zu den einzelnen beteiligten Mitversicherern¹²⁸.

Gelegentlich enthalten die Klauseln darüber hinaus weitere Abreden, die sich – trotz ihrer Stellung in den Versicherungsverträgen – allein auf das Innenverhältnis der Mitversicherer untereinander beziehen, beispielsweise die Verpflichtung des führenden Mitversicherers, von dem Versicherungsnehmer erhaltene Erklärungen unverzüglich an die Mitversicherer weiterzuleiten. Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass insbesondere bei der Mitversicherung im Einzelfall hinsichtlich der intern bestehenden Führungsverträge in der Regel keine ausdrücklichen separaten Absprachen getroffen werden. Die Führungsklauseln sind daher nicht nur Bestandteil der Versicherungsverträge, sondern stets auch Inhalt der Führungsbeziehungen im Innenverhältnis der Mitversicherer.

¹²⁵ Vgl. auch Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 74; dazu noch C.II.3.b), S. [●] ff.

¹²⁶ Bruck/Möller/Möller § 58 Anm. 66, 74; BK/Schauer § 58 Rn. 31; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 17.

¹²⁷ Lange/Dreher, VersR 2008, 289, 291; Schaloske, Mitversicherung, S. 170 f.

¹²⁸ Vgl. C.III.1., S. [●] ff.

Hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung weichen die im Markt verwendeten Führungsklauseln je nach Einzelfall oder Versicherungszweig teils erheblich voneinander ab. So kann beispielsweise für den Umfang der dem führenden Mitversicherer erteilten Befugnisse und Vollmachten darauf abgestellt werden, inwieweit aufgrund des konkreten Risikos kurzfristige Entscheidungen und schnelles Handeln seitens der beteiligten Mitversicherer erforderlich sind. Vor allem in der Transportversicherung räumen die gängigen Führungsklauseln dem führenden Mitversicherer deshalb vergleichsweise weitreichende Vollmachten ein. Ist dagegen die Vertragsdurchführung in örtlicher, zeitlicher und/oder sachlicher Hinsicht weniger komplex, besteht dagegen keine zwingende Notwendigkeit für eine umfassende Bevollmächtigung des führenden Mitversicherers. So enthalten beispielsweise Feuerversicherungen häufig eine vergleichsweise eingeschränkte Führungsregelung. Die konkrete Ausgestaltung der Führung obliegt dabei der privatautonomen Gestaltung. Schon aufgrund der unterschiedlichen Gestaltungen ist mangels besonderer Anhaltspunkte deshalb auch nicht davon auszugehen, dass bei fehlender Regelung eine ‚typische‘ Führungsklausel stillschweigend vereinbart ist.¹²⁹ Ebenso wenig dürfte – jedenfalls verallgemeinernd – ohne besondere Vereinbarung davon auszugehen sein, dass der im Versicherungsschein erstgenannte Versicherer schon kraft Handelsbrauchs als führender Mitversicherer gilt und deshalb über bestimmte Vollmachten und Befugnisse verfügt.¹³⁰

Trotz Unterschieden in der Regelungsreichweite ist eine Systematisierung der gängigen Führungsklauseln möglich. Im Wesentlichen haben sich drei Arten von Führungsklauseln herausgebildet: sog. Anzeigenklauseln (dazu 1.), Anschlussklauseln (dazu 2.) und Prozessführungsklauseln (dazu 3.). Die ersten beiden Klauseln beziehen sich auf die materiellrechtlichen Befugnisse des führenden Mitversicherers. Prozessführungsklauseln regeln demgegenüber die prozessualen Rechte und Pflichten der Parteien.

Der weiteren Darstellung werden beispielhaft drei Klauseln zugrunde gelegt, zunächst die folgende, relativ häufig anzutreffende Führungsklausel:

¹²⁹ *Lange/Dreher*, VersR 2008, 289, 290; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 169; a.A. *Hübener* S. 56 ff.

¹³⁰ So aber OLG Hamburg, Urt. v. 24.04.1975 – 6 U 156/73, VersR 1976, 37, 38 (für Hamburg); LG München I, Urt. v. 29.06.1993 – 32 S 11053/91, VersR 1994, 1375 (für München); wie hier eher zweifelnd *Bruck/Möller/Schnepp* Anh § 216 Rn. 68, 73; *Prölss/Martin/Armbrüster* Vor § 77 Rn. 17.

„Der führende Versicherer ist bevollmächtigt, Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmers für die beteiligten Versicherer in Empfang zu nehmen.

Die beteiligten Versicherer erkennen alle durch den führenden Versicherer getroffenen Entscheidungen als für sich verbindlich an.

Erklärungen des Versicherungsnehmers und/oder der Mitversicherten gelten den beteiligten Versicherern gegenüber als erfüllt, wenn sie dem führenden Versicherer zugegangen sind.

Der Versicherungsnehmer wird bei Streitfällen aus diesem Vertrag seine Ansprüche nur gegen den führenden Versicherer und wegen dessen Anteil geltend machen.

Die beteiligten Versicherer erkennen die gegen den führenden Versicherer rechtskräftig gewordenen Entscheidungen und die von diesem mit dem Versicherungsnehmer nach Rechtshängigkeit geschlossenen Vergleiche als auch für sich verbindlich an.

Falls der Anteil des führenden Versicherers die Berufungssumme nicht erreicht, ist der Versicherungsnehmer berechtigt und auf Verlangen des führenden oder eines mitbeteiligten Versicherers verpflichtet, vor Beendigung der I. Instanz die Klage auf einen zweiten, erforderlichenfalls auf weitere Versicherer bis zur Erreichung der Berufungssumme auszudehnen. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so findet die Bestimmung des vorstehenden Absatzes keine Anwendung.“

Ein weiteres Beispiels ist die in Ziffer 25 der unverbindlichen Musterbedingungen DTV-Güterversicherungsbedingungen 2000/2011 (DTV-Güter 2000/2011) des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. enthaltene Mitversicherungsklausel:

„25.1 Bei Versicherungen, die von mehreren Versicherern übernommen sind, haften diese stets nur für ihren Anteil und nicht als Gesamtschuldner, auch wenn die Einzelpolice oder das Zertifikat von einem Versicherer für alle Versicherer gezeichnet ist.

25.2 Die vom führenden Versicherer mit dem Versicherungsnehmer getroffenen Vereinbarungen sind für die Mitversicherer verbindlich.

Dies gilt insbesondere zugunsten des Versicherungsnehmers für die Schadenregulierung. Der führende Versicherer ist jedoch ohne Zustimmung der Mitversicherer, von denen jeder einzeln zu entscheiden hat, nicht berechtigt

- zur Erhöhung des Policenmaximums;*
- zum Einschluss der gemäß Ziffern 2.4.1.1 bis 2.4.1.3 ausgeschlossenen Gefahren (siehe Ziffer 2.4.2);*
- zur Änderung der Policenwährung;*
- zur Änderung der Kündigungsbestimmungen.*

Fehlt die Zustimmung der beteiligten Versicherer, haftet der Führende aus einer ohne Einschränkung abgegebenen Erklärung auch für die Anteile der Mitversicherer.

25.3 Der führende Versicherer ist von den Mitversicherern bevollmächtigt, Rechtsstreitigkeiten in ihrem Namen zu führen. Dies gilt gleichermaßen für Prozesse vor den ordentlichen Gerichten und für Schiedsverfahren.

Es wird jedoch auch ein nur gegen den führenden Versicherer wegen dessen Anteils erstrittenes Urteil oder ein nach Rechtshängigkeit geschlossener Vergleich oder ein solcher Schiedsspruch von den Mitversicherern als für sie verbindlich anerkannt. Sollte der Anteil des führenden Versicherers die Berufungssumme oder Revisionsbeschwer nicht erreichen, so ist der Versicherungsnehmer auf Verlangen des führenden Versicherers oder eines beteiligten Versicherers verpflichtet, die Klage auf den zweiten, erforderlichenfalls auch auf einen dritten und weitere Versicherer auszudehnen, bis diese Summe erreicht ist. Entspricht der Versicherungsnehmer diesem Verlangen nicht, so findet Satz 1 dieses Absatzes keine Anwendung.

25.4 Ein Führungswechsel ist von dem bisher führenden Versicherer den beteiligten Versicherern unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Die Mitteilung kann auch durch den Versicherungsnehmer erfolgen. Jeder mitbeteiligte Versicherer hat in diesem Fall das Recht, unter Einhaltung einer vierwöchigen Frist den Versicherungsvertrag zu

kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt, wenn es nicht innerhalb eines Monats nach Erhalt der schriftlichen Mitteilung über den Führungswechsel ausgeübt wird.

25.5 Erklärungen, die der Führende erhalten hat, gelten auch den Mitbeteiligten als zugegangen.“

Schließlich liegt der weiteren Darstellung die durch den Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. zur fakultativen Verwendung unverbindlich bekannt gegebene TK 2850 Mitversicherungs- und Prozessführungsklausel für die Technischen Versicherungszweige, die insbesondere eine abweichende Regelung für die Prozessführung vorsieht, zugrunde:

- „1. Bei Versicherungen, die von mehreren Versicherern gezeichnet worden sind, haften diese stets nur für ihren Anteil und nicht als Gesamtschuldner.*
- 2. Der führende Versicherer ist bevollmächtigt, Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmers für alle beteiligten Versicherer entgegenzunehmen und in deren Namen im Rahmen von Abschnitt B § 8 Nr. 1 die Versicherungsverträge zu kündigen.*
- 3. Die vom führenden Versicherer abgegebenen Erklärungen oder mit dem Versicherungsnehmer getroffenen Vereinbarungen sind für die beteiligten Versicherer verbindlich. Der führende Versicherer ist jedoch ohne Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) der beteiligten Versicherer, von denen jeder einzeln zu entscheiden hat, nicht berechtigt*
 - a) zur Erhöhung von Versicherungssummen und/oder Entschädigungsgrenzen über die im Versicherungsschein genannten prozentualen Werte bzw. Maximalbeträge hinaus. Dies gilt nicht für Summenanpassungen im Rahmen der Bestimmungen für die vertraglich vorgesehenen Abrechnungsverfahren (Summe/Prämie);*
 - b) zur Änderung der Kündigungsbestimmungen oder der Versicherungsdauer. Dies gilt nicht für Verlängerungen der Versicherungsdauer, die aufgrund einer im Versicherungsvertrag getroffenen Regelung gewährt werden; ferner bleibt die Berechtigung*

des führenden Versicherers zur Kündigung gemäß Abschnitt B § 8 Nr. 1 unberührt;

- c) zur Erweiterung des Deckungsumfangs, zur Verminderung des Selbstbehaltes und/oder der Prämie.*
4. *Bei Schäden, die voraussichtlich ___ EUR übersteigen oder für die Mitversicherer von grundsätzlicher Bedeutung sind, ist auf Verlangen der beteiligten Versicherer eine Abstimmung herbeizuführen.*
5. *Soweit die vertraglichen Grundlagen für die beteiligten Versicherer die gleichen sind, ist Folgendes vereinbart:*
- a) Der Versicherungsnehmer wird bei Streitfällen aus diesem Vertrag seine Ansprüche nur gegen den führenden Versicherer und nur wegen dessen Anteil gerichtlich geltend machen;*
 - b) Der führende Versicherer ist von den beteiligten Versicherern ermächtigt, alle Rechtsstreitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag (einschließlich der Verfolgung von Regressansprüchen) auch bezüglich ihrer Anteile als Kläger oder Beklagte zu führen. Ein gegen oder vom führenden Versicherer erstrittenes, rechtskräftig gewordenes Urteil wird deshalb von den beteiligten Versicherern als auch für sie verbindlich anerkannt. Das gilt ebenfalls für die mit dem Versicherungsnehmer nach Rechtshängigkeit geschlossenen Vergleiche;*
 - c) Falls der Anteil des führenden Versicherers die Berufungssumme oder Revisionsbeschwer nicht erreicht, ist der Versicherungsnehmer berechtigt und auf Verlangen des führenden Versicherers verpflichtet, die Klage auf einen zweiten, erforderlichenfalls auf weitere Versicherer auszudehnen, bis diese Summe erreicht ist. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so gilt Nr. 5 b) (Satz 2) nicht.“*

1. Anzeigenklauseln

Als Anzeigenklauseln werden nach traditionellem Begriffsverständnis Klauseln bezeichnet, mit denen dem führenden Mitversicherer Empfangsvollmacht eingeräumt wird. Solche Anzeigenklauseln sind der typische

Mindestinhalt jeder Führungsregelung. Die erste oben beispielhaft angeführte Führungsklausel enthält folgende Anzeigenklausel:

„Der führende Versicherer ist bevollmächtigt, Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmers für die beteiligten Versicherer in Empfang zu nehmen.“

Die DTV-Güter 2000/2011 enthalten eine inhaltlich identische Regelung in Ziffer 25.5; die Mitversicherungs- und Prozessführungsklausel für die technischen Versicherungszweige TK 2850 in Ziffer 2.

Anzeigenklauseln sollen verhindern, dass der Versicherungsnehmer Erklärungen an alle Mitversicherer zu richten hat. Zu diesem Zweck erteilen die Mitversicherer dem führenden Mitversicherer jeweils passive Vertretungsmacht (Empfangsvollmacht) gemäß § 164 Abs. 3 BGB für die konkrete Mitversicherung.¹³¹ Erklärungen, welche der Versicherungsnehmer an den führenden Mitversicherer richtet, werden mit Zugang bei dem führenden Mitversicherer auch gegenüber den anderen Mitversicherern wirksam (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Zugleich ist der führende Mitversicherer aufgrund der Anzeigenklausel Wissensvertreter der anderen Mitversicherer.¹³² In Anlehnung an die Dornbracht-Entscheidung erlangen die beteiligten Mitversicherer deshalb gegebenenfalls schon dann Kenntnis von anzeigepflichtigen oder gefahrerhöhenden Umständen gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 VVG oder § 25 Abs. 2 Satz 1 VVG, wenn der führende Mitversicherer Kenntnis im Rahmen der ihm übertragenen Vertragsdurchführung erlangt. Begrenzt wird die Wissenszurechnung allerdings durch den Gegenstand der dem führenden Mitversicherer übertragenen Vollmacht. Sind beispielsweise der Vertragsschluss und das Renewal ausgenommen und handelt insoweit jeder Mitversicherer für sich, wird eine Risikoinformation allein an den führenden Mitversicherer in seinem Fragebogen nicht zugleich die Kenntnis der anderen Mitversicherer von dem konkreten Umstand begründen. Dies zeigt die Bedeutung, die einer möglichst konkreten Umschreibung der Reich-

¹³¹ Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 77; Lange/Dreher, VersR 2008, 289, 291; MüKo-VVG/Halbach § 77 Rn. 14; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 20.

¹³² Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 77; Meyer-Reim/Testorf, VersR 1994, 1137, 1140.

weite der dem führenden Mitversicherer eingeräumten Befugnisse und Vollmachten zukommt.

Soweit die Wissenszurechnung reicht, liegt das Risiko der tatsächlichen Weiterleitung der Erklärung im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer bei den Mitversicherern. Zugleich ist der führende Mitversicherer zur Weiterleitung von Informationen verpflichtet, sodass die beteiligten Mitversicherer gegebenenfalls hieraus resultierende Rechte – wie Anfechtung, Rücktritt oder Kündigung – wahrnehmen können. Versäumt der führende Mitversicherer dies schuldhaft, kann er den beteiligten Mitversicherern zum Schadensersatz verpflichtet sein.

2. Anschlussklauseln

Anders als Anzeigenklauseln sind Anschlussklauseln nicht immer, aber doch häufig Bestandteil der Führungsregelung, insbesondere in der Transportversicherung, den technischen Versicherungen und der D&O-Versicherung. Anschlussklauseln gehen über Anzeigeklauseln hinaus, indem sie dem führenden Mitversicherer die Führung nicht nur für die Entgegennahme von Erklärungen und Anzeigen, sondern auch für aktive Maßnahmen der Vertragsdurchführung im Verhältnis zum Versicherungsnehmer übertragen.

Die oben beispielhaft angeführten Führungsklauseln enthalten folgende Anschlussklauseln, die erste Klausel:

„Die beteiligten Versicherer erkennen alle durch den führenden Versicherer getroffenen Entscheidungen als für sich verbindlich an.“

und die folgende, differenziertere Regelung in den DTV-Güter 2000/2011:

„25.2 Die vom führenden Versicherer mit dem Versicherungsnehmer getroffenen Vereinbarungen sind für die Mitversicherer verbindlich. Dies gilt insbesondere zugunsten des Versicherungsnehmers für die Schadenregulierung. Der führende Versicherer ist jedoch ohne Zustimmung der Mitversicherer, von denen jeder einzeln zu entscheiden hat, nicht berechtigt

- *zur Erhöhung des Policenmaximums;*
- *zum Einschluss der gemäß Ziffern 2.4.1.1 bis 2.4.1.3 ausgeschlossenen Gefahren (siehe Ziffer 2.4.2);*
- *zur Änderung der Policenwährung;*
- *zur Änderung der Kündigungsbestimmungen.*

Fehlt die Zustimmung der beteiligten Versicherer, haftet der Führende aus einer ohne Einschränkung abgegebenen Erklärung auch für die Anteile der Mitversicherer.“

Dem Regelungsmuster von Ziffer 25.2 DTV-Güter 2000/2011 folgt im Wesentlichen auch Ziffer 3 der TK 2850 der Mitversicherungs- und Prozessführungsklausel für die technischen Versicherungszweige.

Typischerweise werden Anschlussklauseln als Bevollmächtigung des führenden Mitversicherers ausgelegt (dazu a)). Damit einhergeht eine Unterscheidung zwischen einer strengen und weichen Anschlussregelung (dazu b)). Anhand von Ziffer 25.2 DTV-Güter 2000/2011 wird anschließend ein typischer Regelungsgehalt einer Anschlussklausel dargestellt (dazu c)).

a) Typisches Verständnis: Vollmachtserteilung

Nach dem typischen Marktverständnis werden Anschlussklauseln regelmäßig dahingehend ausgelegt, dass die Mitversicherer dem führenden Mitversicherer durch Vereinbarung mit und zugleich darin liegender Erklärung gegenüber dem Versicherungsnehmer Außenvollmacht gemäß § 167 Abs. 1, 2. Var. BGB zur Vornahme von Rechtsgeschäften, welche die Abwicklung der Mitversicherung gewöhnlich mit sich bringt (sog. Artvollmacht), erteilen.¹³³

Überschreitet der führende Mitversicherer seine Vertretungsmacht im Außenverhältnis und erfolgt keine Genehmigung durch die ein-

¹³³ Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 79; Lange/Dreher, VersR 2008, 289, 291; MüKo-VVG/Halbach § 77 Rn. 12, 14 f.; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 21. Siehe zu weiteren Anschlussklauseln Schaloske, Mitversicherung, S. 181 ff.

zelen beteiligten Mitversicherer gemäß § 177 Abs. 1 BGB, haftet der führende Mitversicherer den Versicherten nach § 179 BGB. Vom Handeln ohne Vertretungsmacht zu unterscheiden ist ein Verstoß gegen Beschränkungen im Innenverhältnis zu den beteiligten Mitversicherern, beispielsweise Zustimmungserfordernissen, welcher die Wirksamkeit des Vertreterhandelns unberührt lässt, aber zur Schadensersatzpflicht im Innenverhältnis führen kann.¹³⁴

Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Köln eine ähnliche Klausel nicht als Bevollmächtigung, sondern als Ermächtigung des führenden Mitversicherers im Sinne von § 185 BGB ausgelegt.¹³⁵ Diese rechtliche Einordnung überzeugt nicht. Gegen eine Ermächtigung spricht schon, dass in Abgrenzung zur Bevollmächtigung nach § 164 BGB und dem danach bestehenden Offenkundigkeitsgrundsatz eine solche Verpflichtungsermächtigung grundsätzlich als systemwidrig abzulehnen ist.¹³⁶

b) **Strenge und weiche Anschlussklauseln**

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln weist dennoch auf eine wichtige Weichenstellung hin: Es lassen sich zwei Regelungsarten von Anschlussklauseln unterscheiden, die im Folgenden plastisch als „*strenge*“ und „*weiche*“ Anschlussklauseln bezeichnet werden.

Die typische Auslegung einer Anschlussklausel als Bevollmächtigung des führenden Mitversicherers entspricht einer weichen Anschlussklausel. Aufgrund der Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer ist die Bevollmächtigung ohne dessen Zustimmung zwar (zumindest ohne wichtigen Grund) nicht widerrufbar, jedoch ist es möglich, dass der führende Mitversicherer Erklärungen dennoch nur für seinen Risikoanteil und nicht für die Anteile der anderen Mitver-

¹³⁴ Vgl. dazu im Einzelnen C.III.2. und 3., S. [●] ff.

¹³⁵ OLG Köln, Urt. v. 02.09.2008 – 9 U 151/07, VersR 2008, 1673, 1675.

¹³⁶ BGH, Beschl. v. 20.03.1991 – VIII ARZ 6/90, NJW 1991, 1815, 1816; Staudinger/*Gursky* § 185 Rn. 108 ff.

sicherer abgibt. Praktisch kommt dies zum Beispiel bei unterschiedlichen Meinungen der Mitversicherer über die Reichweite einer Führungsklausel oder die richtige Schadensabwicklung vor. Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass trotz Anschlussklausel die Mitversicherung separat mit den einzelnen Mitversicherern abzuwickeln ist.

Im Vergleich dazu ist auch eine strenge Anschlussregelung denkbar, an welche die Mitversicherer strikt gebunden sind. So kann sich bei Auslegung der Führungsklausel auf Grundlage ihres Wortlauts und der Interessenlage der Parteien ergeben, dass der führende Mitversicherer Entscheidungen für sich und seinen Risikoanteil trifft und die anderen Mitversicherer an diese Entscheidungen stets auch für ihre Risikoanteile verbindlich gebunden sind. In diese Richtung geht wohl auch das Verständnis des Oberlandesgerichts Köln. Es bedarf dann für die Bindung der Mitversicherer keiner separaten Erklärung über die Verbindlichkeit einer Entscheidung des führenden Mitversicherers, sondern die beteiligten Mitversicherer sind automatisch an die Entscheidung des führenden Mitversicherers gebunden. Konstruktiv erfolgt dies aber nicht über eine Ermächtigung, sondern kraft schuldrechtlicher Vereinbarung der beteiligten Mitversicherer durch die Anschlussklausel mit dem Versicherungsnehmer dahingehend, dass sie im Vorhinein die automatische Erstreckung jeglicher dem führenden Mitversicherer übertragener und von ihm getroffener Entscheidungen auf den Anteil der beteiligten Mitversicherer vereinbaren. Anders als bei einer Bevollmächtigung lässt sich diese Anschlussregelung auch praktisch nicht umgehen. Sie gilt deshalb strikt und ausnahmslos, sofern ein beteiligter Mitversicherer mit dem Versicherungsnehmer keine abweichende Vereinbarung trifft.

Die beispielhaft genannten Führungsklauseln ließen sich nach ihrem Wortlaut grundsätzlich auch im Sinne einer solchen strengen Anschlussklausel verstehen. Angesichts des wohl typischen Verständnisses der betroffenen Verkehrskreise im Sinne von § 157 BGB werden allerdings besondere Umstände des Einzelfalls vorliegen müssen, um zu einer solchen Auslegung zu gelangen. Angesichts der praktischen Bedeutung der Unterscheidung ist den Parteien in jedem Fall zu einer möglichst eindeutigen Regelung zu raten. Genauso

wichtig ist es, gerade im Fall einer strengen Anschlussklausel, auch die Reichweite der Anschlussregelung möglichst klar zu regeln.

c) **Typischer Regelungsgehalt**

Nach dem typischen Regelungsschema einer Anschlussklausel (z. B. Ziff. 25.2 DTV-Güter 2000/2011) folgt auf eine generalklauselartige Vollmachtserteilung im zweiten Schritt gegebenenfalls eine enumerative Aufzählung verschiedener Ausnahmetatbestände, in denen der führende Mitversicherer ohne Zustimmung der anderen Mitversicherer zu ihrer Vertretung nicht berechtigt ist.

Solche Ausnahmen sind regelmäßig als Einschränkungen der Vollmacht des führenden Mitversicherers zu verstehen. Wenn teilweise vertreten wird, sie betreffen allein das Innenverhältnis der Mitversicherer¹³⁷, kann dem nicht gefolgt werden.¹³⁸ Zwar deutet der Wortlaut in diese Richtung, wenn er von der Berechtigung des führenden Mitversicherers im Gegensatz zu seinem rechtlichen Können spricht. Gleichwohl wird aus der Systematik und dem auch für den Versicherungsnehmer erkennbaren Sinn und Zweck gemäß §§ 133, 157 BGB hinreichend deutlich, dass die zuvor erteilte umfassende Vertretungsmacht die genannten Bereiche nicht abdecken soll. Denn Zweck der Ausnahmen ist es, die Befugnis des führenden Mitversicherers zu Entscheidungen, die für die Mitversicherer von grundlegender Bedeutung für ihre Zeichnungspolitik und beispielsweise auch ihren Rückversicherungsschutz sind, an die Voraussetzung ihrer Einwilligung oder Genehmigung zu knüpfen. Für eine Einschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis spricht schließlich auch der Hinweis auf die Haftung des führenden Mitversicherers.

Abgesehen von diesen expliziten Einschränkungen ist die Vollmacht des führenden Mitversicherers im Außenverhältnis unbeschränkt.

¹³⁷ Bruck/Möller/Möller § 58 Anm. 69.

¹³⁸ Wie hier auch Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 83.

Weitere Begrenzungen existieren allein im Innenverhältnis der Mitversicherer.¹³⁹

Für den Versicherungsnehmer wie die Mitversicherer ist es aus Gründen der Rechtssicherheit von hoher Bedeutung, die Reichweite der Anschlussregelung möglichst eindeutig festzulegen. Soll die Vollmacht des führenden Mitversicherers beispielsweise unabhängig von der Höhe eines Schadens gelten? Soll sie auch Gestaltungsrechte wie Anfechtung oder Rücktritt umfassen? Soll sie unbegrenzt im Vergleichsfall gelten? Genauso kann fraglich sein, ob die Vollmacht aufgrund einer Anschlussklausel das Renewal umfasst. Häufig wird dies im Interesse der Beteiligten liegen. Zum einen setzt die Renewal-Verhandlung genaue Risiko- und Vertragskenntnisse voraus, über die häufig nur der führende Mitversicherer verfügt. Zum anderen wird angesichts der Vielzahl der zum Jahresende zu verlängernden Verträge durch die Vertragsverlängerung seitens des führenden Mitversicherers sowohl für die Mitversicherer als auch den Versicherungsnehmer ein wichtiger Rationalisierungsvorteil erzielt. Folglich übernimmt regelmäßig der führende Mitversicherer die Verlängerung der Verträge auch im Namen der anderen Mitversicherer. Auch insoweit ist allerdings eine möglichst klare Regelung empfehlenswert.

Unabhängig von der Ausgestaltung als strenger oder weicher Anschlussklausel sind die beteiligten Mitversicherer nicht verpflichtet, den Entscheidungen des führenden Mitversicherers stets ‚blind‘ zu folgen. Die Anschlussregelung betrifft lediglich das Außenverhältnis. Hingegen muss der führende Mitversicherer auch bei unbeschränkter Vollmacht die Abreden und Weisungen im Innenverhältnis zu den einzelnen Mitversicherern beachten. Obwohl die Abwicklung der Mitversicherung einheitlich erfolgt, ist im Fall einer Bevollmächtigung durchaus eine divergierende Abwicklung möglich, beispielsweise aufgrund einer abweichenden Weisung eines Mitversicherers in einem Schadensfall. Demgegenüber zwingt eine strenge Anschlussklausel stets zu einer einheitlichen Regulierung. Für beide Ausgestaltungen empfehlenswert, bei einer strengen Anschlussklausel von nochmals gesteigerter Bedeutung, ist deshalb eine sorgfältige

¹³⁹ Vgl. dazu noch C.III., S. [●] ff.

Regelung der internen Rechte und Pflichten des führenden Mitversicherers bei der Wahrnehmung seiner Befugnisse im Außenverhältnis im Innenverhältnis gegenüber den beteiligten Mitversicherern.

3. Prozessführungsklauseln

Anzeigen- und Anschlussklauseln dienen der materiellrechtlichen Vereinfachung der Abwicklung der Mitversicherung. In prozessualer Hinsicht ändern sie allerdings nichts daran, dass der Versicherungsnehmer gegebenenfalls jeden Mitversicherer separat auf Leistung der Entschädigungssumme gerichtlich in Anspruch nehmen müsste sowie jeder Mitversicherer einzeln seinen Prämienanspruch gegen den Versicherungsnehmer durchzusetzen hätte. Die prozessualen Schicksale der einzelnen Mitversicherungsverhältnisse können dann durchaus verschieden sein.

Bei übereinstimmenden vertraglichen Grundlagen ist die Möglichkeit einer Mehrheit von Prozessen und divergierender Entscheidungen misslich. Übernimmt der führende Mitversicherer die Vertragsdurchführung auch für die anderen Mitversicherer, liegt schon aufgrund seiner Sachkunde, aus Kostengründen und zum Zweck einer vereinfachten Prozessführung eine Konzentration der Vertragsabwicklung auch in prozessualen Angelegenheiten im Interesse der Parteien. Um dies zu erreichen, werden regelmäßig Prozessführungsklauseln in die Versicherungsverträge aufgenommen. Dabei sind unterschiedliche Ausgestaltungen möglich. Gegebenenfalls ist der Regelungsgehalt der Klausel im Wege der Auslegung zu ermitteln. Drei typische Gestaltungen sind zu unterscheiden: die Bevollmächtigung des führenden Mitversicherers (dazu a)), die Vereinbarung einer Tatbestandswirkung (dazu b)) und/oder die Ermächtigung des führenden Mitversicherers als Prozessstandschafter zur Prozessführung auch für die beteiligten Mitversicherer (dazu c)).

a) Prozessvollmacht

Die Mitversicherer können dem führenden Mitversicherer Prozessvollmacht einräumen. Ein Beispiel hierfür ist Ziffer 25.3 DTV-Güter 2000/2011:

„Der führende Versicherer ist von den Mitversicherern bevollmächtigt, Rechtsstreitigkeiten in ihrem Namen zu führen. Dies gilt gleichermaßen für Prozesse vor den ordentlichen Gerichten und für Schiedsgerichtsverfahren.“

Durch eine solche Prozessführungsklausel wird die Prozessführung auf den führenden Mitversicherer konzentriert. Die Vollmachtserteilung ändert aber nichts daran, dass weiterhin alle Mitversicherer Parteien des Rechtsstreits sind.

b) Tatbestandswirkung und dilatorischer Klageverzicht

Zum Zweck einer weitergehenden Vereinfachung der Prozessführung wird häufig eine sog. Tatbestandswirkung in Kombination mit dem (vorläufigen) Ausschluss der Klagbarkeit kraft Parteivereinbarung (sog. *pactum de non petendo*) vereinbart.¹⁴⁰ Ein Beispiel für eine solche Regelung ist die erste oben angeführte Führungsklausel, die wie folgt lautet:

„Der Versicherungsnehmer wird bei Streitfällen aus diesem Vertrag seine Ansprüche nur gegen den führenden Versicherer und wegen dessen Anteil geltend machen.

Die beteiligten Versicherer erkennen die gegen den führenden Versicherer rechtskräftig gewordenen Entscheidungen und die von diesem mit dem Versicherungsnehmer nach Rechtshängigkeit geschlossenen Vergleiche als auch für sich verbindlich an.

Falls der Anteil des führenden Versicherers die Berufungssumme nicht erreicht, ist der Versicherungsnehmer berechtigt und auf Verlangen des führenden oder eines mitbeteiligten Versicherers verpflichtet, vor Beendigung der I. Instanz die Klage auf einen zweiten, erforderlichenfalls auf weitere Versicherer bis zur Erreichung der Berufungssumme auszudehnen. Wird

¹⁴⁰ BGH, Urt. v. 09.11.2011 – IV ZR 251/08, VersR 2012, 178, 179; OLG Köln, Urt. v. 02.09.2008 – 9 U 151/07, VersR 2008, 1673, 1675.

diesem Verlangen nicht entsprochen, so findet die Bestimmung des vorstehenden Absatzes keine Anwendung.“

Auf Grundlage dieser Prozessführungsklausel ist der Versicherungsnehmer berechtigt und zugleich verpflichtet, im Streitfall allein gegen den führenden Mitversicherer vorzugehen.¹⁴¹ Zugleich folgt aus der Klausel, dass eine Klageerhebung gegen die beteiligten Mitversicherer zunächst unzulässig sein soll.¹⁴² Wenngleich nicht ausdrücklich geregelt, ist aufgrund der im Wege der ergänzenden Auslegung maßgeblichen Interessenlage der Parteien festzustellen, dass zugleich die Verjährung etwaiger Ansprüche gegen die beteiligten Mitversicherer gehemmt ist, solange die Klagbarkeit ausgeschlossen ist.¹⁴³ Verklagt der Versicherungsnehmer dennoch auch die beteiligten Mitversicherer, wird ein Gericht deshalb die Klagen insoweit durch Prozessurteil als unzulässig abweisen, wenn sich die Mitversicherer auf den als Einrede ausgestalteten *pactum de non petendo* berufen.¹⁴⁴

Klagt der Versicherungsnehmer allein gegen den führenden Mitversicherer und obsiegt der Versicherungsnehmer, erkennen die anderen Mitversicherer das rechtskräftige Urteil als auch für sich verbindlich an. Insoweit vereinbaren die Parteien eine materiell-rechtliche Tatbestandswirkung. Diese umfasst nicht nur den Tenor, sondern auch die tatsächlich und rechtlich erheblichen Entscheidungsgründe. Diese Bindungswirkung gilt grundsätzlich ebenso im Fall eines Schiedsspruchs (vgl. § 1055 ZPO) und – jedenfalls bei entsprechender Vereinbarung – auch im Fall eines Vergleichs. Kommt ein beteiligter Mitversicherer seiner Leistungsverpflichtung nicht nach, muss der Versicherungsnehmer diesen Mitversicherer zwar separat verklagen, jedoch ist die gegebenenfalls im Urkundenprozess gemäß §§ 592 ff. ZPO zulässige Klage allein durch Beweis der Mitversicherung, der

¹⁴¹ OLG Köln, Urt. v. 02.09.2008 – 9 U 151/07, VersR 2008, 1673, 1675; Bruck/Möller/Schnepf Anh § 216 Rn. 86.

¹⁴² So wohl auch Bruck/Möller/Möller § 58 Anm. 68; nach anderer Ansicht ist die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen, vgl. Bruck/Möller/Schnepf Anh § 216 Rn. 86.

¹⁴³ Im Ergebnis ebenso Bruck/Möller/Schnepf Anh § 216 Rn. 86.

¹⁴⁴ OLG Köln, Urt. v. 02.09.2008 – 9 U 151/07, VersR 2008, 1673, 1675; BK/Schauer § 58 Rn. 32; Lange/Dreher, VersR 2008, 289, 292; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 22.

Vereinbarung der Prozessführungsklausel sowie des gegen den führenden Mitversicherer ergangenen Urteils begründet, ohne dass die Rechtslage im Hinblick auf die Leistungsverpflichtung des anderen Mitversicherers erneut zu überprüfen wäre.¹⁴⁵

Wird die Klage des Versicherungsnehmers gegen den führenden Mitversicherer rechtskräftig abgewiesen, bleibt der Ausschluss der Klagbarkeit bestehen. Der Versicherungsnehmer muss das Urteil also auch im Verhältnis zu den anderen Mitversicherern gegen sich gelten lassen.¹⁴⁶ Vorbehaltlich einer abweichenden Klarstellung folgt dies gegebenenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus der Interessenlage der Parteien und dem Sinn und Zweck der Prozessführungsklausel. Zur Vermeidung von Unklarheiten ist allerdings eine Klarstellung, dass die Klausel auch zulasten des Versicherungsnehmers wirkt, empfehlenswert.

Eine solche Prozessführungsklausel ist entgegen im Schrifttum vereinzelt geäußelter Bedenken auch unter AGB-Gesichtspunkten wirksam.¹⁴⁷ Die Regelung ist aus Sicht der beteiligten professionellen Verkehrskreise weder überraschend noch im Sinne von § 305c Abs. 1 und 2 BGB. Soweit sich Kritik daran entzündet hat, dass unklar sei, ob die beteiligten Mitversicherer auf Grundlage einer solchen Prozessführungsklausel noch passivlegitimiert seien, sowie die Klausel offen lasse, ob eine Klage gegen einen einzelnen Mitversicherer auch dann ausgeschlossen sei, wenn dieser sich einer Entscheidung des führenden Mitversicherers nicht anschließe, missachtet diese Kritik den offenkundigen Zweck und Kontext der Regelung. Zunächst bietet die Klausel, gerade vor dem Hintergrund der ausdrücklich angeordneten Teilschuld, keine Veranlassung, an der Passivlegitimation der einzelnen Mitversicherer zu zweifeln. Aus Sinn

¹⁴⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.12.2000 – 4 U 231/99, NVersZ 2001, 177, 178; Urt. v. 13.06.1995 – 4 U 112/94, VersR 1996, 957; *Lange/Dreher*, VersR 2008, 289, 292; Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 22; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 202.

¹⁴⁶ So auch Bruck/Möller/*Möller* § 58 Anm. 68; Bruck/Möller/*Schnepp* Anh § 216 Rn. 90.

¹⁴⁷ OLG Köln, Urt. v. 02.09.2008 – 9 U 151/07, VersR 2008, 1673, 1675; MüKo-VVG/*Halbach* § 77 Rn. 18; Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 22; a.A. *Kretschmer* VersR 2008, 33, 34 ff.; *Säcker* VersR 2005, 10, 12 f.

und Zweck der Regelung, insbesondere unter Berücksichtigung der regelmäßig parallel verwendeten Anschlussklausel, ist ferner auch hinreichend deutlich, dass die Prozessführungsklausel eine einheitliche Schadensabwicklung durch die Mitversicherer voraussetzt.¹⁴⁸ Schließlich benachteiligt die Klausel die Versicherten auch nicht unangemessen gemäß § 307 BGB, im Gegenteil: Die Klausel soll gerade auch in ihrem Interesse eine effiziente Streitbeilegung ermöglichen.

c) Gewillkürte Prozesstandschaft

Gelegentlich erfolgt schließlich auch eine Ermächtigung des führenden Mitversicherers als gewillkürter Prozesstandschafter der anderen Mitversicherer. Ein Beispiel für eine solche Ermächtigung ist Ziffer 5 TK 2850 Mitversicherungs- und Prozessführungsklausel für die technischen Versicherungszweige, welche die oben dargestellte Tatbestandswirkung mit einer gewillkürten Prozesstandschaft kombiniert:

„5. Soweit die vertraglichen Grundlagen für die beteiligten Versicherer die gleichen sind, ist folgendes vereinbart:
(...)

b) *Der führende Versicherer ist von den beteiligten Versicherern ermächtigt, alle Rechtsstreitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag (einschließlich der Verfolgung von Regressansprüchen) auch bezüglich ihrer Anteile als Kläger oder Beklagte zu führen. Ein gegen oder vom führenden Versicherer erstrittenes, rechtskräftig gewordenes Urteil wird deshalb von den beteiligten Versicherern als auch für sie verbindlich anerkannt. Das gilt ebenfalls für die mit dem Versicherungsnehmer nach Rechtshängigkeit geschlossenen Vergleiche.“*

¹⁴⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 09.11.2011 – IV ZR 251/08, VersR 2012, 178, 179.

Durch die Prozessstandschaft wird die Prozessführung über sämtliche Risikoanteile allein auf den führenden Mitversicherer konzentriert. Die anderen Mitversicherer werden also weder Partei eines Rechtsstreits noch ist gegebenenfalls ein separater Rechtsstreit erforderlich. Die Ermächtigung des führenden Mitversicherers dient damit einer über die Vollmachterteilung und die Vereinbarung einer Tatbestandswirkung noch hinausgehenden Vereinfachung der prozessualen Handhabung der Mitversicherung.

Die Zulässigkeit einer Prozessstandschaft, also die Prozessführung im eigenen Namen über fremde Rechte kraft Ermächtigung durch den Rechtsinhaber, ist grundsätzlich anerkannt.¹⁴⁹ Bei der Mitversicherung steht außer Frage, dass die Voraussetzungen der Prozessstandschaft – soweit sie zulässig ist – auch erfüllt sind. Insbesondere liegt das von Rechtsprechung und überwiegendem Schrifttum¹⁵⁰ geforderte besondere Interesse an der Fremdprozessführung vor: Sowohl der führende Mitversicherer als auch die beteiligten Mitversicherer haben ein wirtschaftliches Interesse an der Prozesskonzentration, das sich zudem mit den Interessen des Versicherungsnehmers an der Vereinfachung der Prozessführung deckt.

Typischerweise betrifft eine gewillkürte Prozessstandschaft die aktive Rechtsverfolgung. Darüber gehen im Fall der Mitversicherung die Führungsklauseln teils jedoch hinaus. Hinsichtlich ihrer Reichweite unterscheiden sich die im Markt anzutreffenden Prozessführungsklauseln danach, ob die Mitversicherer dem führenden Mitversicherer aktive und/oder auch passive Prozessführungsbefugnis übertragen haben. Die aktive gewillkürte Prozessstandschaft wird von der Rechtsprechung und von der ganz überwiegenden Literaturmeinung als zulässig erachtet.¹⁵¹ Hier kann der führende Mitversicherer Klage auch für die Anteile der anderen Mitversicherer erheben, muss allerdings für deren Anteile Leistung an diese und nicht etwa an sich be-

¹⁴⁹ MüKo-ZPO/Lindacher Vorbemerkung zu den §§ 50 ff. Rn. 55.

¹⁵⁰ BGH, Urt. v. 10.11.1999 – VIII ZR 78/98, NJW 2000, 738; MüKo-ZPO/Lindacher Vorbemerkung zu den §§ 50 ff. Rn. 55.

¹⁵¹ BGH, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 337/84, NJW 1986, 850 f.; MüKo-ZPO/Lindacher Vorbemerkung zu den §§ 50 ff. Rn. 55.

antragen. Von Bedeutung für die Mitversicherung ist indes vor allem die Zulässigkeit einer passiven gewillkürten Prozesstandschaft, da dann vor allem Deckungsprozesse gegen die Mitversicherer in der Hand des führenden Mitversicherers konzentriert werden könnten. Die Wirksamkeit der Ermächtigung des führenden Mitversicherers zur passiven Prozesstandschaft hängt aber davon ab, ob eine gewillkürte passive Prozesstandschaft prozessual anzuerkennen ist.¹⁵²

Die Rechtsprechung zeigt insoweit kein einheitliches Bild: Der Bundesgerichtshof hat eine gewillkürte passive Prozesstandschaft in einer versicherungsrechtlichen Entscheidung unter den spezifischen Umständen des Falls zugelassen¹⁵³, in späteren Urteilen zum Unterhalts- und Wettbewerbsrecht ihre allgemeine Anerkennung aber offen gelassen¹⁵⁴. Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main soll Voraussetzung für die Zulässigkeit der gewillkürten passiven Prozesstandschaft sein, dass auch der ermächtigende Rechtsträger an das Ergebnis des Rechtsstreits gebunden und eine Verdoppelung des Prozesses damit ausgeschlossen ist.¹⁵⁵ Auf einen anderen Gesichtspunkt stellen das Oberlandesgericht Bremen und diesem folgend Teile des versicherungsrechtlichen Schrifttums ab: Ohne näher auf die Zulässigkeit der Bindung des Rechtsträgers an ein gegen den Prozesstandschaftler ergangenes Urteil einzugehen, soll eine passive gewillkürte Prozesstandschaft des führenden Mitversicherers jedenfalls dann möglich sein, wenn er für die Anteile der Mitversicherer passivlegitimiert ist.¹⁵⁶ Dies ist der Fall, wenn die Prozessführungsklausel dahin auszulegen ist, dass der führende Mitversicherer mit den übrigen Mitversicherern zugunsten des Versicherungsnehmers gemäß § 328 Abs. 1 BGB vereinbart hat, die Mit-

¹⁵² Vgl. dazu ausführlich Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 104; Schaloske, VersR 2007, 606, 614 ff.

¹⁵³ BGH, Urt. v. 15.12.1976 – IV ZR 26/76, VersR 1977, 174.

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 17.03.1982 – IV b ZR 646/80, NJW 1983, 684, 685; Urt. v. 17.11.1994 – I ZR 136/92, NJW-RR 1995, 873.

¹⁵⁵ OLG Frankfurt/M., Urt. v. 27.04.1978 – 1 U 111/77, VersR 1982, 706.

¹⁵⁶ OLG Bremen, Urt. v. 13.01.1994 – 2 U 104/93, VersR 1994, 709, 711; Lange/Dreher, VersR 2008, 289, 292; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 25.

schuld für die Teilschulden der Mitversicherer zu übernehmen, die ihm dann ihrerseits im Fall der Verurteilung zur Freistellung verpflichtet wären.¹⁵⁷

Die passive gewillkürte Prozessstandschaft ist grundsätzlich abzulehnen. In die richtige Richtung zeigt das Urteil des Oberlandesgerichts Bremen: Die passive gewillkürte Prozessstandschaft ist allenfalls dann zulässig, wenn der Prozessstandschafter zugleich materiellrechtlich passivlegitimiert ist.¹⁵⁸ Ist der Prozessstandschafter nicht auch selbst Schuldner der geltend gemachten Forderung, ist seine Verurteilung ausgeschlossen. Über die fehlende materiellrechtliche Verpflichtung hilft seine Ermächtigung als Prozessstandschafter nicht hinweg.¹⁵⁹ Eine Verurteilung der Rechtsträger – hier der anderen Mitversicherer – selbst, die nicht Parteien des Rechtsstreits sind und keinen Einfluss auf den Prozessverlauf haben, ist nicht möglich. Infolge der mit der gewillkürten Prozessstandschaft einhergehenden Rechtskrafteerstreckung wäre aber auch eine erneute Klage gegen die Rechtsträger selbst an sich nicht mehr zulässig. Deshalb ist die Passivlegitimation in dieser Konstellation nicht erst im Rahmen der Begründetheit einer Klage relevant, sondern schon Voraussetzung für die prozessuale Zulässigkeit der passiven gewillkürten Prozessstandschaft. Ist die Passivlegitimation nicht gegeben, ist die Prozessstandschaft dem Kläger nicht zumutbar und die Klage folglich als unzulässig abzuweisen.

Vor diesem Hintergrund ist bei Prozessführungsklauseln, die eine passive gewillkürte Prozessstandschaft des führenden Mitversicherers vorsehen, Vorsicht geboten. Teils wird nämlich vertreten, dass in den Prozessführungsklauseln regelmäßig auch die Vereinbarung der Mitschuld des führenden Mitversicherers zu sehen sei.¹⁶⁰ Diese Auslegung ist jedoch zu pauschal und in der Regel auch nicht zutreffend: Nicht zuletzt angesichts der ausdrücklich vereinbarten Teilschuld ist es im Regelfall im Gegenteil äußerst zweifelhaft, ob in ei-

¹⁵⁷ Beckmann/Matusche-Beckmann/*Armbrüster* § 6 Rn. 46.

¹⁵⁸ So auch MüKo-VVG/*Halbach* § 77 Rn. 20.

¹⁵⁹ OLG Bremen, Urt. v. 13.01.1994 – 2 U 104/93, VersR 1994, 709, 711.

¹⁶⁰ Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 25.

ner Prozessführungsklausel, welche den führenden Mitversicherer zur Führung von Passivprozessen für die Mitversicherer ermächtigt, zugleich eine materiellrechtliche Vereinbarung der Übernahme einer Mitschuld zu sehen ist. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass den Vertragsparteien eine solche Tragweite der Prozessführungsklausel bewusst wäre. Im Gegenteil wird ein materiellrechtliche Mithaftung typischerweise den Interessen vor allem des führenden Mitversicherers nicht entsprechen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieser – ohne besondere Anhaltspunkte – bereit ist, die Verpflichtungen der anderen Mitversicherer in unter Umständen ganz erheblicher Höhe mit zu übernehmen und das Regressrisiko zu tragen.

Die passive gewillkürte Prozesstandschaft läuft damit regelmäßig ins Leere. Die in der Praxis die verwendeten Prozessführungsklauseln sind deshalb kritisch zu überprüfen. Bei Vereinbarung einer passiven gewillkürten Prozesstandschaft sollte gegebenenfalls eine ausdrückliche Regelung dahingehend aufgenommen werden, dass der führende Mitversicherer auch für die Anteile der anderen Mitversicherer passivlegitimiert ist.

III. Innenverhältnis

Mit der Bestellung eines führenden Mitversicherers und seiner Bevollmächtigung im Außenverhältnis korrespondiert im Innenverhältnis der Abschluss von Führungsverträgen zwischen den Mitversicherern und dem führenden Mitversicherer. Diese Führungsverträge werden nur in seltenen Fällen ausdrücklich geschlossen. Im Regelfall kommen sie stillschweigend *uno actu* mit dem Abschluss der Versicherungsverträge im Außenverhältnis zustande.

1. Rechtliche Qualifikation

Die Führungsverträge sind von dem sämtliche Mitversicherer umfassenden Innenverhältnis zu unterscheiden. Wie oben dargestellt, ist sowohl für die Einzelmitversicherung als auch für Mitversicherungsgemeinschaften davon auszugehen, dass sich die Mitversicherer zu einer Innengesellschaft

bürgerlichen Rechts zusammenschließen.¹⁶¹ Während dieser gesellschaftsrechtliche Zusammenschluss sämtlicher Mitversicherer auf einer ersten Stufe zu einem übergreifenden Rechtsverhältnis führt, betreffen die Führungsverträge auf der zweiten Ebene die Geschäftsführung für die im Außenverhältnis von den einzelnen Mitversicherern übernommenen Anteile.

Die Führungsverträge stellen damit von dem gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss zu trennende Rechtsverhältnisse zwischen dem führenden und den einzelnen beteiligten Mitversicherern dar. Dabei werden nicht etwa die Mitversicherer gemeinschaftlich Vertragspartner des führenden Mitversicherers, sondern jeder einzelne Mitversicherer überträgt die Führung für seinen Anteil an der Mitversicherung. Die Führungsverträge stellen das Grundverhältnis der dem führenden Mitversicherer im Außenverhältnis erteilten Vollmachten dar. Mit der Vertretung der einzelnen Mitversicherer korrespondiert im Innenverhältnis der Abschluss der Führungsverträge. Sie sind bei unentgeltlicher Führung als Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB und bei Zahlung einer sog. Führungsprovision durch die Mitversicherer als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter gemäß § 675 Abs. 1 in Verbindung mit § 611 BGB zu qualifizieren.¹⁶²

Aus § 665 BGB folgt als Charakteristikum sowohl des Auftrags als auch des Geschäftsbesorgungsvertrags, dass der Geschäftsherr – also der beteiligte Mitversicherer – dem Geschäftsführer – dem führenden Mitversicherer – grundsätzlich Weisungen erteilen kann. Wie oben dargestellt, kann das Weisungsrecht der beteiligten Mitversicherer bei weichen Anschlussklauseln gegebenenfalls auch zu einem Auseinanderfallen der Vertragsabwicklung führen. Diese Weisungsmacht ist – entgegen teils vertretener Auffassungen im Schrifttum¹⁶³ – im Regelfall auch bei der Mitversicherung anzuerkennen und gelebte Vertragspraxis. Die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der Vertragsabwicklung genügt insbesondere auch

¹⁶¹ Vgl. dazu B.II.2., S. [•] ff.

¹⁶² BK/Schauer § 58 Rn. 31; Brinker/Schädle, VW 2003, 1318, 1321; Bruck/Möller/Möller Anh § 216 Rn. 118 f.; Kisch, S. 25 f.; Lange/Dreher, VersR 2005, 717, 724; dies., VersR 2008, 289, 292 f.; MüKo-VVG/Halbach § 77 Rn. 13; Prölss/Martin/Armbrüster Vorbemerkung zu § 77 Rn. 16.

¹⁶³ Hübener, S. 82 ff. Bruck/Möller/Schnepp Anh § 216 Rn. 119, 126 erkennt jedenfalls ein uneingeschränktes Weisungsrecht nicht an, leitet Einschränkungen jedoch – wie hier vertreten – im Ergebnis aus dem übergreifenden Innenverhältnis der Mitversicherer ab.

nicht, um im Rahmen der Vertragsauslegung von einer Abbedingung des Weisungsrechts auszugehen. Hierfür sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte für einen entsprechenden Gestaltungswillen der Parteien erforderlich. Den Mitversicherern ist dennoch zu empfehlen, diesen Punkt möglichst ausdrücklich zu regeln. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich Einschränkungen der Bindung des führenden Mitversicherers aus dem übergreifenden Innenverhältnis der Mitversicherung und den daraus abzuleitenden Treuepflichten ergeben können.¹⁶⁴

Je nach Bedeutung oder Eilbedürftigkeit einer Maßnahme ist der Raum zu selbstständigem Handeln des führenden Mitversicherers ohne Rücksprache mit den Mitversicherern als Geschäftsherrn unterschiedlich weit oder eng. Auch wenn die Vollmacht beispielsweise die Anfechtung des Versicherungsvertrags erfasst, ist aufgrund der grundlegenden Bedeutung der Entscheidung im Innenverhältnis regelmäßig von der Pflicht des führenden Mitversicherers auszugehen, zuvor die Mitversicherer zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Zwar bedarf der führende Mitversicherer, der gerade auch aufgrund seiner Sachkunde bestellt wird, zur interessengerechten Abwicklung der Mitversicherung einer gewissen Unabhängigkeit. Es ist daher sachgerecht, bestimmte Entscheidungen seinem alleinigen Ermessen zu unterstellen. Zur Vermeidung von Unklarheiten und Streitigkeiten ist allerdings, gerade wenn keine Information und Abstimmung mit den beteiligten Mitversicherern erfolgen soll, insoweit eine ausdrückliche Vertragsregelung empfehlenswert. Hierdurch lässt sich weitergehend Rechtssicherheit erzielen und es lassen sich Streitigkeiten – gerade wenn schnelle Entscheidungen zu treffen sind – vermeiden.

2. Rechte und Pflichten des Führenden

Der Inhalt der Führungsverträge ergibt sich primär aus den zwischen den Mitversicherern getroffenen Absprachen. Die Führungsverträge werden in aller Regel jedoch nicht ausdrücklich geschlossen. In Betracht kommen daher allenfalls stillschweigende Vereinbarungen unter Berücksichtigung etwaiger Handelsbräuche. In diesem Zusammenhang können auch Ver-

¹⁶⁴ Vgl. dazu B.II.2.c), S. [●] ff.

bandsrichtlinien für das Beteiligungsgeschäft zu beachten sein, die allerdings unverbindliche sind und nur unter der Voraussetzung einer entsprechenden Willensübereinstimmung des führenden und des beteiligten Mitversicherers Bestandteil des Führungsvertrags werden.

Soweit sich keine besonderen Abreden feststellen lassen, ist im Übrigen auf die gesetzlichen Regelungen in §§ 662 ff. BGB, gegebenenfalls mit § 675 Abs. 1 BGB, zurückzugreifen. Das wichtigste Recht und Gegenleistung für die Führung ist der Anspruch des führenden Mitversicherers gemäß § 675 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 611 Abs. 1 BGB gegen die beteiligten Mitversicherer auf die Führungsprovision. Solche Führungsprovisionen stellen in den letzten Jahren allerdings eher die Ausnahme dar und werden vor allem bei technischen Versicherungen und internationalen Programmen vereinbart. Aktuell wird die Vereinbarung von Führungsprovisionen – vor allem angesichts des Aufwands des Führenden bei großen Programmen und komplexen Risiken – aber auch darüber hinaus wieder zunehmend diskutiert.¹⁶⁵

Bei der vertraglichen Ausgestaltung sind allerdings auch steuerliche Implikationen zu berücksichtigen. So ist die von den beteiligten Mitversicherern dem führenden Mitversicherer geschuldete Führungsprovision, wie das Finanzgericht Hessen richtig entschieden hat¹⁶⁶, umsatzsteuerpflichtig. Das folgt daraus, dass die Führungsprovision rechtlich aufgrund der separaten Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverträge zwischen dem führenden Mitversicherer und den beteiligten Mitversicherern und nicht aufgrund des Versicherungsvertrags mit dem Versicherungsnehmer geschuldet ist. Auch wenn die beteiligten Mitversicherer die Führungsprovision aus der bereits mit Versicherungssteuer belasteten Prämie entrichten, liegt deshalb keine Umsatzsteuerbefreiung vor.¹⁶⁷ Um die Umsatzsteuer zu vermeiden, kann jedoch daran gedacht werden, dass der führende Mitversicherer die Führungsprovision nicht von den beteiligten Mitversicherern erhält, sondern stattdessen eine vergleichsweise höhere Prämie von dem Versiche-

¹⁶⁵ Vgl. beispielsweise *Theis*, in: FTD v. 08.06.2012.

¹⁶⁶ FG Hessen, Urt. v. 10.12.2010 – 6 K 4212/04, BeckRS 2011, 94455 (Revision beim BFH anhängig unter Az.: XI R 7/11); kritisch *Evers*, VW 2011, 656.

¹⁶⁷ Vgl. im Einzelnen *Schaloske*, Mitversicherung, S. 242 ff; so auch *Bruck/Möller/Schnepp* Anh § 216 Rn. 129.

rungsnehmer. Angesichts der auch im Interesse des Versicherungsnehmers liegenden Führung dürfte diese Gestaltung möglich und zulässig sein, ohne dass sich hierdurch an den Rechtsverhältnissen der Führung, insbesondere der Beauftragung des führenden Mitversicherers durch die beteiligten Mitversicherer, etwas ändert.

Neben einem etwaigen Anspruch auf eine Führungsprovision kann der führende Mitversicherer nach § 670 BGB von den anderen Mitversicherern Ersatz etwaiger Aufwendungen verlangen. Für die zur Auftragsausführung erforderlichen Aufwendungen haben die anderen Mitversicherer dem führenden Mitversicherer auf Verlangen zudem gemäß § 669 BGB Vorschüsse zu leisten. Das kann – je nach Ausgestaltung der Führungsklauseln – beispielsweise Schadenermittlungs-, Sachverständigen oder Prozesskosten betreffen.

Die Pflichten des führenden Mitversicherers ergeben sich aus §§ 662, 666-668 BGB. Die Hauptpflicht des führenden Mitversicherers ist gemäß § 662 BGB die Durchführung der Vertragsabwicklung für die beteiligten Mitversicherer und die Wahrnehmung ihrer Belange gegenüber dem Versicherungsnehmer. Die weiteren Pflichten des führenden Mitversicherers folgen aus §§ 666-668 BGB. Gemäß § 666 BGB ist der führende Mitversicherer den beteiligten Mitversicherern zur Information, Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung verpflichtet. Darunter fällt beispielsweise nicht nur die Auskunftserteilung auf Verlangen, sondern auch die Information der beteiligten Mitversicherer vor allem dann, wenn der führenden Mitversicherer beabsichtigt, wesentliche Maßnahmen der Vertragsdurchführung zu treffen. Darunter können beispielsweise eine Deckungszusage oder -ablehnung, die Klageerhebung oder ein beabsichtigter Vergleichsschluss fallen. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass zur Vermeidung von Unsicherheiten insoweit eine vertragliche Regelung sinnvoll erscheint.

Gemäß § 667 BGB muss der führende Mitversicherer dasjenige, was er zur Vertragsabwicklung erhält (1. Var.) und/oder aus dieser erlangt (2. Var.), an die Mitversicherer herausgeben. Unter Variante 1 fällt alles, was dem führenden Mitversicherer von den beteiligten Mitversicherern oder auf ihre Veranlassung zum Zweck der Geschäftsbesorgung zur Verfügung gestellt wurde, zum Beispiel Unterlagen und nicht verbrauchte Vorschüsse. Alle weiteren Vorteile, die der führende Mitversicherer im Zusammenhang mit der Erfüllung des Auftrags erlangt hat, hat er den beteiligten Mitversi-

cherern gemäß § 667 Var. 2 BGB herauszugeben. Hierzu zählen unter Umständen auch selbst angelegte Akten, Unterlagen, Dateien, Schriftverkehr mit dem Versicherungsnehmer und Dritten sowie vor allem die kraft Vollmacht eingezogenen Prämienanteile der beteiligten Mitversicherer. Für Urkunden besteht neben § 667 BGB ein Anspruch der beteiligten Mitversicherer auf Einsicht gemäß § 810 BGB. Sollte der führende Mitversicherer den beteiligten Mitversicherern zustehende Gelder nicht herausgeben, hat er diese schließlich gemäß § 668 BGB zu verzinsen.

3. Haftung des Führenden

Kommt der führende Mitversicherer seinen Pflichten gegenüber den beteiligten Mitversicherern nicht oder fehlerhaft nach, kann er ihnen auf Schadenersatz haften. Ein Beispiel hierfür, unter Anlehnung an die Konstellation im Dornbracht-Fall, kann sein, dass der führende Mitversicherer die beteiligten Mitversicherer über eine vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung des Versicherungsnehmers nicht rechtzeitig informiert. Ist der führende Mitversicherer auch für den Vertragsschluss und das Renewal sowie die abzufragenden Risikoumstände zuständig, wird er insoweit Wissensvertreter der beteiligten Mitversicherer aufgrund der vereinbarten Anzeigenklausel. Die Monatsfrist des § 21 Abs. 1 VVG für den Rücktritt wie die Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB für die Anfechtung beginnen dann mit positiver Kenntnis des führenden Mitversicherers von einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung auch für die anderen Mitversicherer. Informiert der führende Mitversicherer die anderen Mitversicherer nicht rechtzeitig über eine von ihm festgestellte Anzeigepflichtverletzung, so dass die beteiligten Mitversicherer ihr – nach der Führungsklausel dem führenden Mitversicherer möglicherweise nicht übertragenes – Rücktrittsrecht verlieren, können die beteiligten Mitversicherer den führenden Mitversicherer gegebenenfalls im Umfang der sie deshalb treffenden Deckungspflicht auf Schadenersatz in Anspruch nehmen.

Die Haftung des führenden Mitversicherers ergibt sich aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Anspruchsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch sind §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Im Falle einer Pflichtverletzung hat der führende Mitversicherer gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet danach bereits für leich-

te Fahrlässigkeit. Dies gilt nicht nur im Fall der entgeltlichen Geschäftsbesorgung, sondern auch dann, wenn der führende Mitversicherer keine Führungsprovision erhält. Insbesondere ist eine Haftungserleichterung in Rechtsanalogie zu §§ 521, 599, 690 BGB aufgrund der unentgeltlichen Leistungserbringung abzulehnen.¹⁶⁸ Das folgt daraus, dass der führende Mitversicherer fremde Angelegenheiten wahrnimmt und ihm insoweit durch die beteiligten Mitversicherer besonderes Vertrauen entgegengebracht wird. Eine generelle Haftungsmilderung ist daher nicht gerechtfertigt. Allerdings kann eine Haftungsbegrenzung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz – unter Anlehnung an rückversicherungsvertragliche Grundsätze der Geschäftsführung durch den Erstversicherer¹⁶⁹ – unter Umständen durchaus sachgerecht sein. Eine solche Haftungsmilderung bedarf jedoch besonderer Vereinbarung.

4. Beginn und Beendigung der Führung

Die Führung beginnt mit Abschluss der die Führungsklausel enthaltenden Versicherungsverträge, regelmäßig mit dem darin bestimmten Versicherungsbeginn.¹⁷⁰ Soll der führende Mitversicherer die anderen Mitversicherer bereits vor Vertragsschluss, beispielsweise bei der Vertragsverhandlung und Abfrage der Risikoinformationen vertreten, bedarf dies separater ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung und Vollmachterteilung.

Regelmäßig endet die Geschäftsführung durch den führenden Mitversicherer infolge Zweckerreichung mit der vollständigen Abwicklung der Mitversicherung. Allerdings gibt es Konstellationen, in denen auch eine vorzeitige Beendigung der Führung von allen oder einzelnen Beteiligten gewünscht ist.

¹⁶⁸ BGH, Urt. v. 30.04.1959 – II ZR 126/57, NJW 1959, 1221, 1223; Urt. v. 07.10.1963 – VII ZR 93/62, BB 1964, 100; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 252.

¹⁶⁹ Vgl. MüKo-VVG/*Schwepcke* Rückversicherungsvertragsrecht Rn. 38 ff.

¹⁷⁰ Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 19.02.2008 – 6 U 119/07, VersR 2008, 1249, 1250.

Sind alle Beteiligte mit der Auswechslung des führenden Mitversicherers einverstanden, können sie dies vereinbaren. Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen beispielsweise der Versicherungsnehmer oder nur die Mitversicherer insgesamt oder auch nur ein einzelner Mitversicherer die Führung beenden oder zumindest den führenden Mitversicherer auswechseln möchte(n). Da die Führung auf der Vollmachtserteilung und Beauftragung durch die beteiligten Mitversicherer beruht, ist eine einseitige Änderung der Führung durch den Versicherungsnehmer in der laufenden Versicherungsperiode nicht möglich. Das Gleiche gilt aber grundsätzlich auch für die Mitversicherer. Da die Führungsklausel als Bestandteil der Versicherungsverträge zugleich mit dem Versicherungsnehmer vereinbart ist, können die Mitversicherer die darauf beruhenden Vollmachten an sich nur mit seiner Zustimmung ändern oder widerrufen.¹⁷¹

Eine Ausnahme wird gemäß §§ 133, 157 BGB aufgrund der Interessenlage des Versicherungsnehmers und der Mitversicherer allerdings dann zu machen sein, wenn ein Widerruf der Vollmachten und zugleich eine Kündigung des Führungsvertrags aus wichtigem Grund möglich sind.¹⁷² Ein solcher wichtiger Grund wird indes nur unter engen Voraussetzungen vorliegen und besonders grobe Führungsfehler erfordern, die dem Vertrauen der Mitversicherer in den führenden Mitversicherer auch aus Sicht des Versicherungsnehmers offenkundig die Grundlage entziehen. Ein wichtiger Grund wird beispielsweise bei evident ungerechtfertigten Kulanzzusagen auch für die beteiligten Mitversicherer vorliegen. In einem solchen Fall bedarf der Widerruf der dem führenden Mitversicherer erteilten Vollmachten und die Kündigung des Führungsvertrages nicht der Zustimmung des Versicherungsnehmers. Davon bleibt die aus der Führungsklausel an sich folgende Verpflichtung der Mitversicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer zur Bevollmächtigung des führenden Mitversicherers zwar zunächst unberührt. Insoweit wird den Interessen des Versicherungsnehmers jedoch Rechnung getragen, indem er entweder Ersatz ihn durch die Führungsänderung nachweislich treffender Schäden verlangen oder seinerseits die Versicherungsverträge aus wichtigem Grund kündigen kann.¹⁷³

¹⁷¹ Prölss/Martin/*Armbrüster* Vorbemerkung zu § 77 Rn. 17; *Schaloske*, Mitversicherung, S. 260 ff.

¹⁷² *Schaloske*, Mitversicherung, S. 263; so auch *Lange/Dreher*, VersR 2008, 289, 294.

¹⁷³ *Schaloske*, Mitversicherung, S. 265 ff.

5. Gestaltungsmöglichkeiten

Genauso wie durch sachgerechte Ausgestaltung der Führungsklauseln im Außenverhältnis können die Mitversicherer die jeweiligen Rechte und Pflichten in ihrem Innenverhältnis vertraglich festlegen und konkretisieren. Bislang geschieht dies allenfalls bei Mitversicherungsgemeinschaften im Rahmen des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages. Bei der Mitversicherung im Einzelfall scheuen die Beteiligten hingegen den mit dem Abschluss von Geschäftsführungsverträgen verbundenen Aufwand. Das liegt auch daran, dass im Gegensatz zu den Führungsklauseln Musterregelungen für das Innenverhältnis fehlen. Solche Regelungen liegen aus Gründen der Rechtssicherheit aber im Interesse sowohl des führenden Mitversicherers wie auch der beteiligten Mitversicherer: Für den Führenden reduzieren ausdrückliche Absprachen das Haftungspotential bei der Abwicklung der Mitversicherung. Die beteiligten Mitversicherer können hingegen sicherstellen, dass sie durch den Führenden bei aus ihrer Sicht wesentlichen Maßnahmen in die Abwicklung der Mitversicherung einbezogen werden. Insbesondere wenn die Führungsklausel den führenden Mitversicherer mit weitgehenden Rechten und Vollmachten ausstattet, beispielsweise weil sie eine strenge Anschlussklausel beinhaltet, besteht für die beteiligten Mitversicherer ein gesteigertes Bedürfnis, ihre rechtzeitige Information über sowie gegebenenfalls Einbeziehung in wesentliche Schritte der Vertrags- und Schadensabwicklung sicherzustellen.

Unverbindliche Vorschläge zur Gestaltung des Innenverhältnisses enthalten die Rundschreiben des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. So schlägt beispielsweise das Rundschreiben Nr. 3104/2006 für den Haftpflichtbereich vor, dass der führende Mitversicherer grundsätzlich nur Mitversicherer mit einem Risikoanteil von mindestens EUR 150.000 und alle Mitversicherer erst ab einer Grundreserve (für 100 Prozent) in Höhe von EUR 5 Mio. über einen Schadensfall informiert. Wenn diese Grenzen nicht erreicht sind, erfolgt die Abwicklung dagegen im Abrechnungsverfahren ohne Einzelschadenanlage.

Die in einem solchen Verbandsrundschreiben festgelegten Regeln gelten für eine konkrete Mitversicherung allerdings nur, wenn die Mitversicherer ihre Geltung vereinbart haben. Dafür müssen konkrete Anhaltspunkte vor-

liegen. Insbesondere stellen solche Verbandsrundschriften keine Handelsbräuche im Sinne von § 346 HGB dar. Die Vertrags- und Schadenspraxis zeigt vielmehr, dass die Erwartungen der beteiligten Mitversicherer an die Information und Einbeziehung in die Entscheidungsfindung durch den führenden Mitversicherer sparten- und risikoabhängig wie auch nach Herkunft der Mitversicherer deutlich unterschiedlich ausgeprägt sind. Durch besonders intensive Abstimmungen ist beispielsweise in der Regel die D&O-Versicherung gekennzeichnet. Das Gleiche gilt häufig bei der Beteiligung ausländischer Versicherer, die aus ihren Heimatmärkten die ‚klassische‘ deutsche Mitversicherung mit weitgehend autarker Vertrags- und Schadensabwicklung durch einen führenden Mitversicherer nicht kennen.

Im Zentrum der Geschäftsführungsvereinbarung sollte stehen, in welchen Fällen der führende Mitversicherer die beteiligten Mitversicherer in die Vertrags- und Schadensabwicklung einzubeziehen hat. Insoweit hängt der Inhalt der Vereinbarung immer auch von der Reichweite der Führungsklausel im Außenverhältnis ab. Die interne Vereinbarung begrenzt korrespondierend das ‚rechtliche Können‘ des führenden Mitversicherers, indem sie das ‚rechtliche Dürfen‘ festlegt. Die Vereinbarung sollte daher vorsehen, welche Informationen der führende Mitversicherer den beteiligten Mitversicherern im Rahmen welcher Fristen mitzuteilen hat und in welche Entscheidungen der führende Mitversicherer die anderen Mitversicherer einzubeziehen hat. Das kann beispielsweise vorvertragliche Anzeigepflichten, Gefahrerhöhungen, Schadensmeldungen oder das Renewal betreffen. Im Rahmen der Schadensabwicklung kann beispielsweise geregelt werden, ob die anderen Mitversicherer erst ab einer bestimmten Schadenshöhe in die Abwicklung einzubeziehen sind, in welchem Turnus oder über welche besonderen Umstände der führenden Mitversicherer zu berichten hat, beispielsweise die Einleitung gerichtlicher Auseinandersetzungen, und welche Entscheidungen der Einwilligung der beteiligten Mitversicherer bedürfen, beispielsweise die Einlegung von Rechtsmitteln oder die Unterbreitung und Annahme eines Vergleichsangebots. Die interne Abstimmung kann jedoch auch soweit gehen, dass die Mitversicherer beispielsweise in die Abfassung gerichtlicher Schriftsätze oder die Verhandlungen mit dem Versicherungsnehmer einzubeziehen sind.

Umgekehrt kann im Einzelfall das Weisungsrecht der beteiligten Mitversicherer für bestimmte Maßnahmen oder sogar insgesamt auch abbedungen

werden. Zur Vereinfachung einer erforderlichen internen Abstimmung kann anstelle einer ausdrücklichen Zustimmung beispielsweise vorgesehen werden, dass die Zustimmung fingiert wird, wenn ein beteiligter Mitversicherer einem Vorschlag des führenden Mitversicherers nicht in bestimmter Frist widersprochen hat. Schließlich kann die Haftung des führenden Mitversicherers geregelt und es kann für eventuelle Streitigkeiten eine besondere Art der Streitbeilegung vorgesehen werden. Insoweit kann alternativ zu einer gerichtlichen Klärung insbesondere eine Schiedsvereinbarung in Betracht kommen, die dem typischen Bedürfnis der Mitversicherer nach vertraulicher und nichtöffentlicher Klärung eventueller Streitfragen Rechnung trägt.

Weiterer Abstimmungsbedarf ergibt sich daraus, dass die Geschäftsführungsverträge separat zwischen dem führenden Mitversicherer und jedem einzelnen Mitversicherer bestehen. Diese Führungsverträge können prinzipiell unterschiedliche Anforderungen an die interne Abwicklung der Führung stellen, wobei vor allem aus Sicht des führenden Mitversicherers weitgehend identische Regelungen erforderlich sein werden, um eine sachgerechte Führung zu ermöglichen. Insoweit kann es sich anbieten, die Führungsregelungen in eine etwaige übergreifende gesellschaftsrechtliche Vereinbarung zu integrieren. Wie ausgeführt, bilden die Mitversicherer eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts.¹⁷⁴ Ebenfalls wurde schon darauf hingewiesen, dass übergreifende gesellschaftsrechtliche Absprachen sinnvoll, je nach verwendeter Führungsklausel sogar notwendig sein können, um im Konfliktfall das Funktionieren der Mitversicherung zu gewährleisten. Ein Beispiel hierfür ist der Fall, dass im Außenverhältnis eine strenge Anschlussklausel vereinbart ist.¹⁷⁵ Dieses Beispiel zeigt, dass es zudem erforderlich ist, die gesellschaftsrechtlichen Regelungen mit den Geschäftsführungsvereinbarungen inhaltlich abzustimmen. Ist nämlich im Außenverhältnis eine einheitliche Vertrags- oder Schadensabwicklung zwingend erforderlich, setzt dies im Innenverhältnis den Ausschluss oder zumindest die Einschränkung der Weisungsrechte der beteiligten Mitversicherer zum Beispiel durch Bindung an den Mehrheitswillen voraus. Solche Regelungen fehlen bislang, sodass im Einzelfall der Parteiwille im Wege der Ver-

¹⁷⁴ Vgl. dazu B.II.2.b), S. [●] ff.

¹⁷⁵ Vgl. dazu C.II.2.b), S. [●] ff.

tragsauslegung festzustellen ist. Das kann erhebliche Unsicherheiten und zumindest Zeitverzögerungen nach sich ziehen. Neben der Überarbeitung und Anpassung der teils seit Jahrzehnten unverändert verwendeten Führungsklauseln an neue Bedürfnisse der Vertrags- und Schadensabwicklung, wird daher gerade die sachgerechte Regelung des Innenverhältnisses die zentrale Zukunftsaufgabe für die Mitversicherung sein.

D. Fazit und Ausblick

Die Dornbracht-Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamms wirft eine Vielzahl diskussionswürdiger Fragen auf. Nicht bei allen Punkten muss man die Auffassung des Gerichts teilen. In jedem Fall ist es aber ein wichtiger Verdienst der Entscheidung, den Blick auf zentrale Fragen der Vertragsgestaltung und -abwicklung für die Praxis der gewerblichen und industriellen Versicherung generell wie die Praxis der offenen Mitversicherung im Besonderen zu lenken.

Im Vordergrund der Entscheidung steht die Frage, ob Maklerfragebögen als Fragen des Versicherers im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 VVG anzusehen sind.¹⁷⁶ Im Ergebnis ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts unbefriedigend, wenn die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung des Versicherungsnehmers sanktionslos bleibt. Es liegt jedoch in der Hand der Versicherer, ein solches Ergebnis zukünftig zu vermeiden. Der sicherste Weg dürfte sein, wenn der Versicherungsmakler auf rahmenvertraglicher Grundlage die Risikofragen als Vertreter für die Versicherer stellt und den Versicherungsnehmer gemäß § 19 Abs. 5 VVG belehrt. Soll der Makler die Fragen selbst beantworten, sollten die Versicherer wegen § 181 BGB den Makler verpflichten, den Versicherungsnehmer auf diese Doppelrolle ausdrücklich hinzuweisen und das Einverständnis des Versicherungsnehmers einzuholen. Ähnliche Fragen wie bei Maklerfragebögen können sich bei der Mitversicherung zudem stellen, wenn die beteiligten Mitversicherer sich auf die Beantwortung der Risikofragen des führenden Mitversicherers verlassen wollen. Handelt der führende Mitversicherer nicht als ihr Vertreter, sollten die beteiligten Mitversicherer aus Gründen der Rechtssicherheit sicherstellen, dass sie sich die Fragen des führenden Mitversicherers wirksam zu eigen machen und ihrerseits den Versicherungsnehmer gemäß § 19 Abs. 5

¹⁷⁶ Vgl. dazu B.III.2., S. [●] ff.

Satz 1 VVG über die Rechtsfolgen einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung belehren.

Eng mit Maklerfragebögen verwandt sind Fragen im Fall der Verwendung von Maklerbedingungen.¹⁷⁷ Über die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinausgehend, ist davon auszugehen, dass Maklerbedingungen als durch den Versicherungsnehmer gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 305 BGB anzusehen und deshalb auch zulasten des Versicherungsnehmers einer Auslegung gemäß § 305 c Abs. 2 BGB sowie Klauselkontrolle gemäß § 307 BGB unterworfen sind. Das gilt auch, insoweit die Maklerbedingungen im Vorfeld zwischen Makler und Versicherer rahmenvertraglich festgelegt sind, sofern der Makler dem Versicherer die Bedingungen im Sinne von § 305 BGB einseitig gestellt hat. Bei der Mitversicherung werden typischerweise die mit dem führenden Mitversicherer vereinbarten Versicherungsbedingungen den Verträgen mit den anderen Mitversicherern zugrunde gelegt. Insoweit sind die Bedingungen einheitlich auch mit Wirkung gegenüber den anderen Mitversicherern entweder als Allgemeine Geschäftsbedingungen des Versicherungsnehmers oder der Versicherer oder als Individualvereinbarungen zu qualifizieren.

Über diese generellen, auch für die Mitversicherung bedeutsamen Fragen hinaus lenkt die Dornbracht-Entscheidung den Fokus konkret auf die Vertragsverhältnisse der Mitversicherung. So wirft die Dornbracht-Entscheidung beispielsweise die Frage auf, ob der Rücktritt eines einzelnen Mitversicherers überhaupt zulässig ist. Ferner macht die Entscheidung mit Blick auf Vertretungsmacht und Wissenszurechnung deutlich, dass zwischen separater Bevollmächtigung des führenden Mitversicherers für den Vertragsschluss und den erst ab Vertragsbeginn wirksamen Führungsvollmachten zu unterscheiden ist. Schließlich sind Fragen des Innenverhältnisses der Mitversicherer aufgeworfen: Wann und wie hatte der führende Mitversicherer die beteiligten Mitversicherer über für die Beurteilung einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung erhebliche Auskünfte zu informieren? Haftet der führende Mitversicherer gegebenenfalls für eine verspätete Information und, falls ja, nach welchen Maßstäben?

Die Ausgestaltung der Mitversicherung ist in erster Linie eine Frage der Vertragsgestaltung. Insoweit fällt auf, dass die Mitversicherung im Vergleich zu ähnlichen Kooperationen in anderen Branchen eine deutlich geringere Rege-

¹⁷⁷ Vgl. dazu B.III.1., S. [●] ff.

lungsintensität aufweist. Typischerweise beschränken sich die Vereinbarungen auf die in den Versicherungsverträgen enthaltenen Führungsklauseln. Diese häufig seit Jahrzehnten unverändert verwendeten Führungsklauseln sind auf ihren Anpassungsbedarf zu überprüfen. Insoweit ist zu begrüßen, dass der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V. in Reaktion auf die Dornbracht-Entscheidung eine Weiterentwicklung der unverbindlichen Muster-Führungsklauseln auf Basis der Mitversicherungs- und Prozessführungsklausel TK 2850 für die technischen Versicherungszweige angekündigt hat. Wünschenswert wäre nicht lediglich eine punktuelle Anpassung an die Dornbracht-Entscheidung, sondern eine grundsätzliche Revision, die unterschiedliche Regelungsoptionen beinhaltet.

Die Dornbracht-Entscheidung wird von den Marktbeteiligten zu Recht als Signal verstanden, die Vertragsverhältnisse bei der offenen Mitversicherung in Zukunft klarer und umfassender zu regeln.¹⁷⁸ Bei der Vertragsgestaltung sind für den Versicherungsnehmer und die Mitversicherer folgende Punkte von besonderer Bedeutung:

1. Beim Vertragsschluss handelt grundsätzlich jeder Mitversicherer für sich, wenn die anderen Mitversicherer den führenden Mitversicherer nicht zum Vertragsschluss auch für ihre Anteile bevollmächtigt haben. Liegt eine solche Bevollmächtigung nicht vor, ist jeder Mitversicherer selbst für die Risikoprüfung einschließlich der vorvertraglichen Anzeigen verantwortlich. In diesem Fall ist der führende Mitversicherer für Fragen des Vertragsschlusses auch nicht Wissensvertreter der anderen Mitversicherer. Daran ändert auch die ab Vertragsschluss in Kraft tretende Führungsklausel nichts, wenn diese sich ausschließlich auf Fragen der Vertrags- und Schadensabwicklung bezieht. Es empfiehlt sich allerdings, die Reichweite der Vollmachten des führenden Mitversicherers insoweit klar zu fassen.
2. Grundsätzlich führt die Mitversicherung nach vorzugswürdiger Auffassung zum Abschluss rechtlich selbstständiger und voneinander weitgehend unabhängiger Versicherungsverträge mit jedem einzelnen Mitversicherer.¹⁷⁹ Das hat zur Folge, dass beispielsweise Anfechtung, Rücktritt oder Kündigung betreffend den Vertrag nur eines Mitversicherers ohne Aus-

¹⁷⁸ Vgl. *Görsdorf-Kegel*, VW 2011, 388.

¹⁷⁹ Vgl. dazu B.II.1., S. [•] ff.

wirkung auf den Bestand der übrigen Verträge bleiben. Zur Vermeidung von Unsicherheiten im Einzelfall empfiehlt es sich, dies beispielsweise in der Beteiligungsklausel durch einen entsprechenden Zusatz ausdrücklich klarzustellen. Umgekehrt kann es auch im Interesse des Versicherungsnehmers und/oder der Mitversicherer liegen, dass insgesamt nur ein Vertrag geschlossen wird und die Risikoanteile in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von §§ 139, 351 BGB stehen. Dies sollte dann gegebenenfalls ebenfalls ausdrücklich geregelt werden. Dabei kann hinsichtlich der Reichweite gegebenenfalls zwischen verschiedenen Maßnahmen wie Gestaltungsrechten, Vertragsänderungen oder Renewal differenziert werden.

3. Im Außenverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Mitversicherern bestimmt die regelmäßig in die Versicherungsverträge aufgenommene Führungsklausel, in welchem Umfang der führende Mitversicherer die Vertrags- und Schadensabwicklung auch für die anderen Mitversicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer vornimmt. Drei Arten von Führungsklauseln lassen sich unterscheiden:

Durch sog. Anzeigenklauseln¹⁸⁰ wird der führende Mitversicherer zur Entgegennahme von Anzeigen und Erklärungen des Versicherungsnehmers auch für die anderen Mitversicherer bevollmächtigt. Damit ist der führende Mitversicherer Wissensvertreter der anderen Mitversicherer, soweit die Bevollmächtigung reicht. Dies sollte – wie oben ausgeführt – möglichst klar geregelt werden, beispielsweise im Hinblick auf vorvertragliche Anzeigepflichten.

Häufig enthält die Führungsklausel daneben eine sog. Anschlussklausel¹⁸¹, mit der dem führenden Mitversicherer die aktive Vertrags- und Schadensabwicklung für die anderen Mitversicherer übertragen wird. Meist handelt es sich um eine sog. weiche Anschlussklausel, mit der die anderen Mitversicherer dem führenden Mitversicherer Außenvollmacht gemäß § 167 Abs. 1 Var. 2 BGB erteilen, die es aber nicht ausschließt, dass die Mitversicherer für ihren jeweiligen Risikoanteil auch divergierende Entscheidungen treffen können. Weiter geht eine sog. strenge Anschlussklausel, die

¹⁸⁰ Vgl. dazu C.II.1. S. [●] ff.

¹⁸¹ Vgl. dazu C.II.2. S. [●] ff.

automatisch und zwingend zu einer Bindung der anderen Mitversicherer an die durch den führenden Mitversicherer getroffenen Entscheidungen führt. Genauso wichtig wie diese Unterscheidung ist die Reichweite der dem führenden Mitversicherer übertragenen Führungsaufgaben. Ist nichts anderes geregelt, ist davon auszugehen, dass der führende Mitversicherer abgesehen von Entscheidungen über die Grundlagen der Mitversicherer alle Aufgaben und Entscheidungen der Vertrags- und Schadensabwicklung übernimmt. Die Parteien sollten daher im Einzelfall prüfen, welche Anschlussklausel mit welcher Reichweite interessen- und sachgerecht ist und auf eine möglichst präzise Fassung und Umschreibung der Aufgaben des Führenden und der Konsequenzen für die anderen Mitversicherer achten.

Schließlich regeln die Mitversicherer typischerweise mit Prozessführungsklauseln¹⁸² die Konzentration etwaiger (schieds-)gerichtlicher Auseinandersetzungen auf den Versicherungsnehmer und den führenden Mitversicherer. Wiederum sind drei Klauseltypen zu unterscheiden. Dem Führenden kann entweder Prozessvollmacht für die anderen Mitversicherer eingeräumt werden oder die anderen Mitversicherer werden gar nicht erst Partei eines Rechtsstreits, sondern kraft Tatbestandswirkung an die rechtskräftigen Feststellungen eines Urteils oder Schiedsspruchs zwischen dem führenden Mitversicherer und dem Versicherungsnehmer gebunden. Ähnlich wirkt im Ergebnis die Ermächtigung des führenden Mitversicherers als Prozesstandschafter der anderen Mitversicherer. Für den wichtigsten Anwendungsfall – durch den Versicherungsnehmer gegen die Mitversicherer zu führende Deckungsprozesse – setzt die Prozesstandschaft allerdings voraus, dass der führende Mitversicherer materiell-rechtlich die Mitschuld für die Risikoanteile der anderen Mitversicherer übernimmt. Das widerspricht regelmäßig den Interessen der Beteiligten, wie sie in der meist ausdrücklich geregelten teilschuldnerischen Haftung der Mitversicherer zum Ausdruck kommen.

4. Von der Führungsregelung im Außenverhältnis ist das Innenverhältnis der Mitversicherer abzugrenzen. Bei der Mitversicherung im Einzelfall treffen die Mitversicherer nur selten Regelungen über ihre internen Rechte und Pflichten. Gelegentlich, wie beispielsweise in Ziffer 4 der oben vorgestellten TK 2850 Mitversicherungs- und Prozessführungsklausel für die Techni-

¹⁸² Vgl. dazu C.II.3., S. [•] ff.

schen Versicherungszweige¹⁸³, beinhalten die Führungsklauseln einzelne Regelungen für das Innenverhältnis. In solchen Fällen ist infolge der systematisch missverständlichen Platzierung auf eine besonders sorgfältige Abgrenzung von Regelungen des Außen- und Innenverhältnisses zu achten.

Infolge der einverständlichen Risikoteilung besteht im Innenverhältnis der Mitversicherer sowohl bei der Mitversicherung im Einzelfall wie auch bei Mitversicherungsgemeinschaften regelmäßig eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts¹⁸⁴. Rechtsfolge der gesellschaftsrechtlichen Verbindung sind in erster Linie wechselseitige Treuepflichten. Daneben bestehen zwischen dem führenden Mitversicherer und jedem einzelnen beteiligten Mitversicherer separate Geschäftsführungsverträge, die – je nach (Un-)Entgeltlichkeit – als Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB oder Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind. Die jeweiligen Rechte und Pflichten ergeben sich mangels abweichender vertraglicher Absprachen aus §§ 662 ff. BGB. Insbesondere hat der führende Mitversicherer danach grundsätzlich den – gegebenenfalls auch divergierenden – Weisungen der anderen Mitversicherer für ihre jeweiligen Risikoanteile Folge zu leisten. Ferner ist er den anderen Mitversicherern auskunfts- und rechenschaftspflichtig. Eine Einschränkung kann sich allerdings aus dem auf gesellschaftsrechtlicher Ebene zu beachtenden Gesamtinteresse der Mitversicherer ergeben.

Unter Berücksichtigung der im Außenverhältnis vereinbarten Führungsklausel empfiehlt es sich, auch für das Innenverhältnis der Mitversicherer (Muster-)Regelungen zu entwerfen und mit etwaigen übergreifenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen, beispielsweise zu Mehrheitsbeschlüssen bei erforderlicher einheitlicher Vertrags- oder Schadensabwicklung, zu verzahnen. Insoweit sollte möglichst im Einzelnen festgelegt werden, bei welchen Fragen der Vertragsabwicklung und gegebenenfalls ab welcher Schadenshöhe der führende Mitversicherer generell oder jedenfalls für welche konkret bestimmten Maßnahmen er vorab die Zustimmung der anderen Mitversicherer einzuholen hat. Solche Absprachen dienen dem reibungslosen Funktionieren der Mitversicherung und führen sowohl für den

¹⁸³ Vgl. dazu C.II., S. [●] ff.

¹⁸⁴ Vgl. dazu B.II.2., S. [●] ff.

führenden Mitversicherer wie die anderen Mitversicherer angesichts zunehmender Diskussionen im Innenverhältnis zu erhöhter Rechtssicherheit.

LITERATURVERZEICHNIS

- Beckmann, Roland Michael / Matusche-Beckmann, Annemarie** Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009 (zitiert: Beckmann/Matusche-Beckmann/*Verfasser*)
- Bringer, Ingo / Schädle, Anne** Risikostreuung durch Mitversicherung (I), in: VW 2003, 1318
Risikostreuung durch Mitversicherung (II), in: VW 2003, 1420
- Bruck, Ernst** Das Privatversicherungsrecht, Berlin 1930 (zitiert: *Bruck*)
- Bruck, Ernst / Möller, Hans** Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechts, Bd. 2: §§ 49 – 80, 8. Aufl. 1980 (zitiert: Bruck/Möller/*Verfasser*)
Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 11: §§ 209 – 216, 9. Aufl. 2012
- Dreher, Meinrad** Das Versicherungskartellrecht nach der Sektoruntersuchung der EG-Kommission zu den Unternehmensversicherungen, in: VersR 2008, 15
- Ders. / **Lange, Martin** Die Mitversicherung, in: VersR 2005, 717
- Dreyer, Jan** Die Rechtsstellung des führenden Versicherers, in: Labes, Hubertus W. / Bergeest, Volker-Joachim (Hrsg.), Liber amicorum für Gerrit Winter, Karlsruhe 2007
- Ehlers, Henning C.** DTV-Güterversicherungsbedingungen 2000, Karlsruhe 2001 (zitiert: *Ehlers*)

- Evers, Jürgen** Führungsprovisionen sind umsatzsteuerbar, VW 2011, 656
- Görsdorf-Kegel, Susanne** Industrieversicherung: „Ein pragmatisches Urteil“, in: VW 2011, 338
- Honsell, Heinrich** Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1999 (zitiert: *BK/Verfasser*)
- Hösker, Carsten** Maklerbedingungen und AGB-Recht, in: VersR 2011, 29
- Hübener, Jürgen** Die Führungsklausel in der Mitversicherung, Karlsruhe 1954 (zitiert: *Hübener*)
- Icha, Ddin Aline** Unterschiede zwischen Industrie- und Verbraucherversicherung in Bezug auf § 19 VVG, in: VuR 2011, 353
- Jensen, Hans-Georg** OLG Hamm – „Niemand ist eine Insel“, in: VW 2011, 764
- Karczewski, Christoph** Vorvertragliche Anzeigepflichten, §§ 19ff. VVG n.F., §§ 16ff. VVG a.F., in: r+s 2012, 521
- Kisch, Wilhelm** Zur Lehre von der Mitversicherung, in: ZVersWiss 1922, 295
- Ders. Die mehrfache Versicherung desselben Interesses, Berlin 1935 (zitiert: *Kisch*)
- Kretschmer, Torsten** Reichweite und Wirksamkeit von Führungsklauseln in der D&O-Versicherung, in: VersR 2008, 33
- Lange, Martin / Dreher, Meinrad** Der Führende in der Mitversicherung, in: VersR 2008, 289
- Langheid, Theo / Müller-Frank, Christoph** Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht 2009, in: NJW 2009, 344

- Looschelders, Dirk / Pohlmann, Petra** VVG-Kommentar, 2. Aufl. 2011
(zitiert: Looschelders/Pohlmann/*Verfasser*)
- Meyer-Reim, Utz / Testorf, Regina** Wissenszurechnung im Versicherungsunternehmen, in: VersR 1994, 1137
- Münchener Kommentar zum BGB** Bd. 1: §§ 1 – 240, 6. Aufl. 2012
(zitiert: MüKo-BGB/*Verfasser*)
Bd. 2: §§ 241 – 432, 6. Aufl. 2012
Bd. 5: §§ 705 - 853, 5. Aufl. 2009
- Münchener Kommentar zum VVG** Bd. 1: §§ 1 – 99 VVG, München 2010
(zitiert: MüKo-VVG/*Verfasser*)
- Münchener Kommentar zur ZPO** Bd. 1: §§ 1 – 354, 4. Aufl. 2013
(MüKo-ZPO/*Verfasser*)
- Naujoks, Andreas / Heydorn, Isabel** Standpunkt: „Das Urteil des OLG Hamm lässt Veränderungen in der Mitversicherung erwarten“, in: VW 2011, 339
- Dies. Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 03.11.2010 – I-20 U 38/10, in: VersR 2011, 476
- Prölss, Erich R. / Martin, Anton** Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl. 2010
(zitiert: Prölss/Martin/*Verfasser*)
- Rüffer, Wilfried / Halbach, Dirk / Schimikowski, Peter** Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2011
(zitiert: Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Verfasser*)
- Säcker, Franz Jürgen** Streitfragen zur D&O-Versicherung, in: VersR 2005, 10
- Schaloske, Henning** Praxisfragen der Exzedentenversicherung, in: PHi 2012, 166
- Ders. Mitversicherung nach der EU-

- Sektorenuntersuchung, in: VW 2008, 822
- Ders. Das Recht der so genannten offenen Mitversicherung - Vertragsrechtliche Konstruktion und kartellrechtliche Beurteilung, Karlsruhe 2007 (zitiert: *Schaloske*, Mitversicherung)
- Ders. Offene Mitversicherung und Kartellverbot, in: VersR 2008, 734
- Ders. Das Vertragsrecht der sogenannten offenen Mitversicherung, in: VersR 2007, 606
- Schimikowski**, Peter Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers und des Versicherungsnehmers, in: r+s Beil 2011, 96
- Schneider**, Christian LG Dortmund zu Maklerfragebögen und vorvertraglichen Anzeigepflichten, in: PHi 2012, 96
- Ders. Dokumentationsfehler in Maklerpolicen – Zu § 5 VVG und zum „Dornbracht“-Urteil des OLG Hamm, in: r+s 2012, 417
- Schulze Schwienhorst**, Martin Die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen der „Mitversicherung im Einzelfall“, in: Bork/Hoeren/Pohlmann (Hrsg.), Festschrift für Helmut Kollhosser, Bd. 1 2004, S. 329 (zitiert: *Schulze Schwienhorst*, FS Kollhosser)
- Stancke**, Fabian Vorsicht beim Informationsaustausch, in: VW 2004, 1458
- Ders. Maklerdeckungskonzepte – kartell-, lauterkeits- und versicherungsrechtliche Implikationen, in: VersR 2012, 1346
- Staudinger**, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Buch 1: §§ 139 – 163, Neubearbeitung 2010

(zitiert: Staudinger/*Verfasser*)

Buch 1: §§ 164 – 240, Neubearbeitung 2009

Buch 2: §§ 705 – 740, Neubearbeitung 2003

Thiel, Sven-Markus

Über Maklerbedingungen in Versicherungsverträgen, in: r+s 2011, 1

Tschersich, Herbert

Rechtsfragen der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung und der vertraglichen Obliegenheiten - Schwerpunkt: Die Hinweispflichten des Versicherers, in: r+s 2012, 53

Gefördert durch

Aon

www.aon.com/germany/

Herausgeber:

Hamburger Gesellschaft
zur Förderung des Versicherungswesens mbH
Caffamacherreihe 16
D 20355 Hamburg

www.hgfv.de

Band 40
Juli 2013