

Vertragsgestaltung

Risiko der Unwirksamkeit

1. FRAGE DER KLAUSELKONTROLLE PRÄGT DECKUNGSAUSEINANDERSETZUNGEN IN DER INDUSTRIEVERSICHERUNG

AVB unterliegen der Klauselkontrolle nach dem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB). Als Konsequenz können Klauseln in AVB, die die Gegenpartei überraschen (§ 305c Absatz 1 BGB) oder unangemessen benachteiligen (§ 307 Absatz 1 BGB) unwirksam sein.¹ Wer AVB „verwendet“, trägt also das Risiko ihrer Unwirksamkeit. Selbst wenn eine Klausel in den AVB nicht unwirksam ist, so trägt der Verwender gemäß § 305c Absatz 2 BGB gleichwohl ein Risiko: Zweifel bei der Auslegung der Klausel gehen zu seinen Lasten.

Die AGB-rechtliche Klauselkontrolle lässt sich auch nicht vertraglich ausschließen. In einer aktuellen Entscheidung² stellte der Bundesgerichtshof fest, dass Vertragsparteien keine wirksame Vereinbarung darüber treffen können, ob das gesetzliche AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB für den Vertrag und darin enthaltene Klauseln gilt oder nicht. Die Entscheidung erfasst sämtliche Allgemeinen Geschäftsbedingungen, also insbesondere auch AVB. Vor diesem Hintergrund rückt die Frage danach, wer Verwender der AVB ist, noch stärker in den Vordergrund.

2. VERHANDLUNGSVERBOT IM OFFENEN VERFAHREN

Verwender ist nach der Rechtsprechung derjenige, auf dessen Veranlassung die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen oder Klauseln zurückgeht.³ Verwender

¹ vgl. beispielsweise zur AGB-Kontrolle des claims-made-Prinzips in der D&O-Versicherung: OLG München, Urteil vom 8. Mai 2009, 25 U 5136/08, NZG 2009, 714

² BGH, Entscheidung vom 20. März 2014, VII ZR 248/13, NJW 2014, 1725

³ BGH, Entscheidung vom 22. Juli 2009, IV ZR 74/08, NJW-RR 2010, 39

von AVB kann dabei nicht nur der Versicherer sein, sondern auch der Versicherungsnehmer oder der Makler, wenn auf seine Veranlassung bestimmte Klauseln in den Vertrag aufgenommen werden.⁴

Als Konsequenz kann es unter Umständen vom Zufall abhängen, wer Verwender einer Klausel wird. Nimmt auf die AVB oder auf eine bestimmte marktübliche Klausel zunächst der Versicherer Bezug, so kann der Versicherer zum Verwender der AVB bzw. der Klausel werden. Der Versicherer trägt dann das Risiko der Unwirksamkeit der Klausel, im Zweifel ist die Klausel zu seinen Lasten auszulegen. Wurde die Klausel zunächst auf Veranlassung des Versicherungsnehmers oder seines Maklers in den Vertrag einbezogen, könnte der Versicherungsnehmer das Wirksamkeits- und Auslegungsrisiko möglicherweise tragen. Dieses Prinzip kann zu zufälligen Ergebnissen führen.

3. SONDERPROBLEM: AUSSCHREIBUNG VON VERSICHERUNGSBEDINGUNGEN

Ein besonderes Problem im Hinblick auf die Verwendereigenschaft kann aus der Sicht von Versicherungsnehmern und Versicherungsmaklern durch die Ausschreibung von Versicherungsbedingungen entstehen. Unter Umständen verpflichten gesetzliche Vorschriften Unternehmen, Versicherungsverträge öffentlich auszuschreiben. Werden in diesen Ausschreibungen bestimmte AVB oder Versicherungsbedingungen in Bezug genommen, wird der Ausschreibende dadurch zum Verwender dieser Bedingungen, obwohl er sie möglicherweise nicht vorformuliert bzw. erstellt hat. Die Klauselkontrolle ginge zu seinen Lasten.

Dieses Ergebnis ist unangemessen, weil die Ausschreibung häufig gesetzlich vorgeschrieben oder aus Gründen der Compliance geboten ist. Der Ausschreibende würde gegebenenfalls für sein rechtmäßiges Verhalten bestraft. Indes gibt es verschiedene Formen der Ausschreibung. Im offenen Verfahren (vgl. § 24 Nr. 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A) gilt ein Verhandlungsverbot. Die Versicherung ist nach Ausschreibung so abzuschließen wie vorher ausgeschrieben.

Andererseits gibt es das sogenannte Verhandlungsverfahren nach § 101 Absatz 4 GWB. Nach dem Verhandlungsverfahren ist der Bieter berechtigt, „*Abweichungen vom Wortlaut des ausgeschriebenen Versicherungsvertrages einzubringen*“. Soweit möglich,

⁴ BGH, a.a.O.

sollte der Ausschreibende daher im Verhandlungsverfahren ausschreiben, um nicht Verwender der ausgehandelten Bedingungen zu werden.

4. RISIKO DER KLAUSELKONTROLLE ENTFÄLLT NACH AUSHANDELN

Der Verwender einer Klausel trägt nicht die Gefahr der Unwirksamkeit nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. das Risiko der Zweifelsauslegung zu seinen Lasten (aus § 305c Absatz 2 BGB), wenn die Bedingungen im Einzelnen ausgehandelt werden (vgl. § 305 Absatz 1 Satz 3 BGB). Ein solches Aushandeln ist im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern bereits dann gegeben, wenn der Verwender dem anderen Teil eine angemessene Verhandlungsmöglichkeit einräumt und gegebenenfalls eine oder mehrere Vertragsbedingungen verhandelt werden.⁵

Wer also beispielsweise verpflichtet ist, Versicherungsbedingungen auszuschreiben und verhindern will, dadurch zum Verwender der ausgeschriebenen Bedingungen zu werden, sollte die Versicherungsbedingungen – soweit rechtlich möglich – im Verhandlungsverfahren ausschreiben. Weiter sollte der Ausschreibende dafür sorgen, dass über die Versicherungsbedingungen verhandelt wird und dass zumindest eine oder einige Klauseln im Laufe dieser Verhandlungen verändert werden.

In diesem Fall sind nicht nur die ausgehandelten Klauseln, sondern die gesamten AVB bzw. Versicherungsbedingungen „im Einzelnen ausgehandelt“ im Sinne von § 305 Absatz 1 Satz 3 BGB. Als Konsequenz besteht dann nicht mehr die Gefahr der Unwirksamkeit der ausgeschriebenen Versicherungsbedingungen nach dem AGB-Recht, auch die Zweifelsregel aus § 305c Absatz 2 AGB greift nicht zu Lasten des Verwenders ein.

5. GERICHTE MÜSSEN IN EINZELFÄLLEN ENTSCHIEDEN

Aufgrund der ungewöhnlichen gesetzlichen Wertung, sollte daher derjenige, der Versicherungsbedingungen ausschreibt, die eine oder andere Klausel in die Bedingungen einbauen, die für die Gegenseite mit Sicherheit nicht akzeptabel ist. Dadurch stellt der Ausschreibende sicher, dass es zu einer Verhandlung und einer Abänderung der ausgeschriebenen Versicherungsbedingungen kommt und er in keinem Fall als deren Verwender gilt.

⁵ vgl. Palandt-Grüneberg, § 305 BGB Rn. 22

Sowohl für ausgeschriebene wie auch über Makler abgeschlossene Industrierversicherungsverträge gilt in jedem Fall: Ob AVB oder einzelne Klauseln dem Versicherer oder dem Versicherungsnehmer als Verwender zuzurechnen sind, müssen Gerichte im Einzelfall entscheiden. Die Frage der Klauselkontrolle wird Deckungsauseinandersetzungen in der Industrierversicherung auch in Zukunft prägen.

Lars Winkler

Wilhelm Rechtsanwälte
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 0

Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

www.wilhelm-rae.de

lars.winkler@wilhelm-rae.de

Sitz: Düsseldorf - AG Essen: PR 1597