

R e c h t s g u t a c h t e n

**zur Gestaltung eines innovativen
Rechtsschutzversicherungsprodukts
mit einer Smartphone-App**

**erstellt von Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster
im Auftrag der Deutsche Anwaltshotline AG**

Berlin, 07. September 2018

A. Inhaltsübersicht

A. Inhaltsübersicht	2
B. Executive Summary	4
C. Problemstellung und Aufbau des Gutachtens	7
D. Abhängigkeit des Versicherungsschutzes von der Installation der App	8
<i>I. Installation als Bedingung für Vertragsschluss und materiellen Versicherungszeitraum</i>	8
1. Abhängigkeit des Vertragsschlusses von der Erstinstallation	9
2. Abhängigkeit des Versicherungsbeginns von der Erstinstallation	9
<i>II. Dauerhaftes Installierthalten der App / Verbot der Deinstallation</i>	10
1. Rechtslage ohne vertragliche Regelung	11
a) Deinstallation als Verletzung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht (§§ 323, 325, 280 Abs. 1 BGB)	11
aa) Rechtliche Ausgangslage	11
bb) Folgerungen für die Einordnung als Hauptleistungspflicht	13
(1) Wirtschaftlicher Zweck des Vertrages	13
(2) Konnexität von App-Nutzung und Risiko	13
(3) Effizienz- und Kosteninteresse	16
cc) Ergebnis	18
b) Deinstallation als Nebenpflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)	19
c) Deinstallation als Gefahrerhöhung (§§ 23 ff. VVG)	19
d) Deinstallation als Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 81 VVG)	21
e) Deinstallation als Obliegenheitsverletzung gem. § 28 VVG	21
f) Deinstallation als Verletzung der §§ 30, 31 VVG	21
g) Ergebnis	22
2. Gestaltungsmöglichkeiten für eine vertragliche Regelung	22
a) Vereinbarung einer Obliegenheit	22
aa) Kündigung	22
bb) Leistungsfreiheit	24
cc) Ergebnis	25
b) Separate Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit	25
c) Vereinbarung einer vertraglichen Nebenpflicht	26
d) Vereinbarung eines Risikoausschlusses	27
e) Ergebnis	27
3. Endgeräte-Wechsel und Neuinstallation	28
4. Automatisierte Meldung über Installationsstatus	28
5. Sonderfall: Mitversicherung	29
E. Die App als Kommunikationskanal	30
<i>I. Pflicht zur Nutzung ausschließlich der App als Kommunikationskanal</i>	30
1. App-Nutzung als schadensersatzbewehrte Pflicht	30
2. App-Nutzung als Zugangserfordernis	32
<i>II. Pflicht Dritter zur Nutzung ausschließlich der App</i>	35
<i>III. Pflicht zur höchstpersönlichen Nutzung der App</i>	35

<i>IV. Steuerung der Nutzung der App als Kommunikationskanal</i>	38
1. Grundregeln	38
2. Gewährung eines Beitragsrabatts als Anreiz	39
3. Wegfall eines Selbstbehalts als Anreiz	42
a) Grundregeln	42
b) Darlegung der Aufwendungsersparnis im Prozess	44
F. Annex: Übertragbarkeit des BGH-Beschlusses vom 14.01.2016 zum obligatorischen vorherigen Mediationsversuch	45

B. Executive Summary

1. Sowohl der Vertragsschluss als auch der Beginn des materiellen Versicherungsschutzes können durch Vereinbarung von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass der Versicherungsnehmer eine vom Versicherer bereitgehaltene App auf seinem mobilen Endgerät installiert.

2. Die dauerhafte Aufrechterhaltung der App-Installation kann nicht als Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers angesehen werden; vielmehr hat sie eine dienende Funktion für die effiziente Erfüllung anderer Pflichten und Obliegenheiten. Eine Abrede, wonach der Versicherungsschutz davon abhängig gemacht wird, dass die App dauerhaft installiert bleibt, wäre unwirksam. Hingegen ist die Vereinbarung einer entsprechenden Obliegenheit oder Nebenpflicht möglich. Freilich setzen Sanktionen voraus, dass eine Deinstallation kausal für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalls oder für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers wird. Dies dürfte vorbehaltlich entsprechender Nachweise in der Regel nicht der Fall sein. Diese Grundsätze gelten auch im Falle eines Endgeräte-Wechsels und für die Fremdversicherung.

3. Fehlt es an einer entsprechenden vertraglichen Abrede, knüpfen sich an die Deinstallation der App keine Rechtsfolgen. Insbesondere hat eine Deinstallation keine Auswirkungen auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Versicherungsschutzes.

4. Wird in den AVB eine Obliegenheit, die App dauerhaft installiert zu halten und sie zu benutzen, vorgesehen, so berechtigt eine zumindest grob fahrlässige Deinstallation oder dauerhafte Nichtnutzung der App den Versicherer zur Kündigung. Diese kann sich auf einen etwaigen separaten digitalen Baustein oder auf den ganzen Vertrag beziehen. An den Voraussetzungen für eine Leistungsfreiheit nach Eintritt des Versicherungsfalls wird es hingegen vorbehaltlich eines entsprechenden Nachteilsnachweises regelmäßig fehlen.

5. Eine Leistungsfreiheit oder Unterbrechung des Versicherungsschutzes lässt sich auch nicht durch die Vereinbarung einer vertraglichen Nebenpflicht erreichen.

6. Eine automatisierte Abfrage des Installationsstatus' der App ist mit entsprechender Einwilligung nach Maßgabe der DS-GVO grundsätzlich zulässig.

7. Bei der Fremdversicherung ist es zulässig, den Beginn des materiellen Versicherungsschutzes (vgl. oben 1) auch für die versicherte Person von der App-Installation auf dem Endgerät des Versicherten abhängig zu machen. U.U. kann eine Hinweispflicht des Vertreibers nach §§ 6 Abs. 1, 61 Abs. 1 VVG bestehen.

8. Die Vereinbarung einer Pflicht zur Nutzung der App als ausschließlichen Kommunikationskanal ist grundsätzlich zulässig. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Versicherungsnehmers als auch mit der Abwicklung des Rechtsschutzfalles befasster oder hiervon betroffener Dritter. Unzulässig ist es allerdings, den Zugang vertragsbezogener Erklärungen oder Anzeigen allein über die App-Nutzung zu ermöglichen.

9. Die Schadenspauschalierung auf die regelmäßig mit der Nichtnutzung der App verbundenen Mehrkosten ist – neben der Möglichkeit, einen konkreten Schaden darzutun – zulässig, soweit die Voraussetzungen des § 309 Nr. 5 BGB eingehalten sind.

10. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass durch vertragliche Vereinbarung eine höchstpersönliche App-Nutzung nicht wirksam vorgegeben werden kann.

11. Die umfassende Nutzung der App als Kommunikationskanal, d. h. insbesondere auch für die Erstmeldung eines Rechtsschutzfalles, kann mittels eines Schadensfreiheitsrabatt-Systems honoriert werden.

12. Derartige Abreden unterliegen grundsätzlich als Preishauptabreden gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht der AGB-rechtlichen materiellen Inhaltskontrolle. Geht der nachträgliche Rabattwegfall bei Nichtverwendung der App allerdings betragsmäßig über die kalkulatorische Aufwendungsersparnis des Versicherers hinaus, so greift die Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ein. Übersteigt die Vertragsstrafe die dreifache Differenz zwischen vereinbarter und risikogerechter Prämie, so ist sie unwirksam.

13. Grundsätzlich zulässig erscheint insoweit auch ein nachträglich eintretender Selbstbehalt. Dabei ist diese Gestaltung AGB-rechtlich sub specie einer Vertragsstrafe umso unbedenklicher, je näher der wirtschaftliche Vorteil für den Versicherungsnehmer dem Effizienzgewinn des Versicherers ist.

14. Kommt es auf die Aufwendungsersparnis an, so hat der Versicherer im Prozess darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Aufwendungsersparnis dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge stets entspricht oder zumindest nahekommt. Mindestens erforderlich ist Vortrag zu konkreten Indiztatsachen, die dem Gericht eine Schätzung nach § 287 ZPO erlauben.

15. Die Grundaussage des BGH-Beschlusses vom 14.01.2016 zum obligatorischen vorherigen Mediationsversuch erscheint als auf die hiesigen Fälle übertragbar.

C. **Problemstellung und Aufbau des Gutachtens**

Das vorliegende Rechtsgutachten betrifft die rechtliche Zulässigkeit bestimmter Gestaltungsvarianten einer sog. Rechtsschutzversicherungs-App. Die zur Beurteilung stehende innovative Gestaltung soll die Möglichkeiten moderner Informations- und Kommunikationstechnologien in einen marktüblichen Rechtsschutzversicherungsvertrag integrieren. Ziel ist es, den Abschluss und die Bestandsverwaltung eines Vertrages nach den ARB nebst Schadensregulierung ausschließlich über eine noch zu entwickelnde Applikation für mobile Endgeräte (kurz: App) zu ermöglichen. Dadurch sollen mehrere Ziele erreicht werden. Zum einen dient die App dem Versicherer als ausschließlicher Kommunikationskanal, insbesondere zur Übermittlung vertragsbezogener Informationen. Zum anderen soll der Einsatz der App dazu führen, den Schadensaufwand zu reduzieren, indem der Versicherungsnehmer frühzeitig zu einer sinnvollen und unnötigen Aufwand ersparenden Wahrnehmung seiner Rechtsverfolgung in die Lage versetzt und motiviert wird (insbesondere durch niedrigschwellige und kostengünstige Kontaktaufnahme zu einem Anwalt, Zurverfügungstellen von rechtlichen Informationen, Einsatz von alternativen Konfliktlösungsmechanismen wie Mediation usw.).

Vor allem sollen der Abschluss des Versicherungsvertrages und der Fortbestand des materiellen Versicherungszeitraums davon abhängig gemacht werden, dass eine App auf dem Endgerät des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person installiert wird und dort dauerhaft bestehen bleibt. Zu Kontrollzwecken soll die App eine automatisierte Meldung an den Versicherer verschicken können, die über den Fortbestand der Installation auf dem Endgerät des Kunden Auskunft gibt.

Sofern die App vom Versicherer für Zwecke der Vertragsverwaltung einschließlich der Übermittlung von vertragsbezogenen Informationen sowie der Schadensregulierung genutzt werden soll, ist es erforderlich, dass ihr

Einsatz als ausschließlicher Kommunikationskanal rechtlich zulässig und dass insbesondere eine Verpflichtung des Kunden zur ausschließlichen Nutzung der App rechtlich möglich ist (s. dazu sub D, E). Dabei gilt es auch zu klären, ob die Rechtsschutz-App als derart prägender, integraler Bestandteil des Vertragsverhältnisses anzusehen ist, dass sich ihre Installation und dauerhafte Nutzung als Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers ausgestalten lässt. In diese Betrachtung wird auch die Konnexität zwischen App-Nutzung und versichertem Risiko einzubeziehen sein. Dabei ist zudem das Verhältnis zu Dritten zu betrachten, die an der Regulierung eines Schadenfalles beteiligt sind, wie etwa der mandatierte Rechtsanwalt.

Sollte sich erweisen, dass eine bindende Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur ausschließlichen Nutzung der App unzulässig ist, so schließt sich die Frage an, ob durch die Schaffung eines Bonus/Malus-Systems ggf. eine entsprechende Anreizwirkung für den Versicherungsnehmer zur App-Nutzung geschaffen werden kann (s. dazu sub E IV).

Abschließend ist noch eine ergänzende Frage zu beantworten (s. sub F).

D. Abhängigkeit des Versicherungsschutzes von der Installation der App

I. Installation als Bedingung für Vertragsschluss und materiellen Versicherungszeitraum

Zunächst gilt es zu klären, inwieweit der Beginn des Versicherungsschutzes von der Installation der App und einer entsprechenden Registrierung des Versicherungsnehmers in der App-Maske abhängig gemacht werden kann. Es kommt in Betracht, bereits den Vertragsschluss unter die Bedingung der App-Installation zu stellen. Freilich kann auch lediglich der Beginn des materiell versicherten Zeitraums von der Installation der App abhängig gemacht werden. Ob die Erstinstallation als Pflicht oder Obliegenheit vereinbart werden kann, ist hier zunächst unerheblich, da es sich in

beiden genannten Gestaltungsvarianten um echte, wirkungsaufschiebende sog. Voluntativbedingungen handelt, so dass bei unterbliebener Erstinstallation kein Versicherungsschutz besteht.

1. Abhängigkeit des Vertragsschlusses von der Erstinstallation

Gegen das Hinausschieben des Vertragsschlusses auf den Zeitpunkt der App-Installation und der Registrierung durch den Versicherungsnehmer sind aus rechtlicher Sicht keine Bedenken ersichtlich. Machen die Parteien den Abschluss von diesen beiden Bedingungen abhängig, so bedienen sie sich vielmehr ihrer grundgesetzlich verbürgten Privatautonomie. Sie bringen zum Ausdruck, eine vertragliche Bindung vor dem erfolgreichen Abschluss der Installation und Registrierung nicht eingehen zu wollen. Vergleichbar dem Gedanken des § 154 Abs. 2 BGB, der als Ausprägung einer allgemeinen Auslegungsregel weit über seinen Wortlaut hinaus Bedeutung hat,¹ können die Parteien die Installation der App und die Registrierung des Versicherungsnehmers in der App-Maske als vertragskonstituierendes Moment bestimmen. Dies kann etwa geschehen, indem dem Versicherungsnehmer ein Versicherungsschein erst dann übermittelt wird, wenn der Registrierungsvorgang in der zuvor installierten App erfolgreich durchgeführt worden ist. Eine entsprechende Abrede in den AVB erscheint ebenfalls statthaft.

2. Abhängigkeit des Versicherungsbeginns von der Erstinstallation

Ebenso ist es möglich, den materiellen Versicherungsbeginn von der Installation und Registrierung des Kunden in der App abhängig zu machen. Auch insoweit ist es nicht erforderlich, eine entsprechende Pflicht oder Obliegenheit des Versicherungsnehmers zu vereinbaren. Ausreichend ist vielmehr eine aufschiebende Bedingung, welche die Wirkungen des Vertrages auf den Zeitpunkt der Erstinstallation und Registrierung hinausschiebt (§ 158 Abs. 1 BGB). Denn vor ihrem Eintritt bestünde ohnehin kein Versicherungsschutz.

¹ Vgl. etwa MünchKommBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 154 Rn. 11 ff., 16; Staudinger/*Bork*, BGB, Bearb. 2015, § 154 BGB Rn. 12 ff.

Vergleichbar wäre dies etwa mit der Wartezeitregelung in § 4 Abs. 1 S. 3 ARB 2010/Ziff. 3.1.1 ARB 2012 [Musterbedingungen des GDV; Stand: April 2018].² Alternativ kommt eine den § 7 ARB 2010/Ziff. 6.1 ARB 2012 entsprechende Regelung im Versicherungsschein in Betracht. Wirksamkeitsbedenken bestehen insoweit nicht.

Über eine derartige Gestaltung ist der Kunde bereits rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung nach § 7 Abs. 1 S. 1 VVG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 12 VVG-InfoV („Angaben darüber, wie der Vertrag zustande kommt, insbesondere über den Beginn der Versicherung und des Versicherungsschutzes [...]“) in transparenter Weise zu informieren. Ein entsprechender Hinweis ist auch in das Produktinformationsblatt aufzunehmen (§ 4 Abs. 2 Nr. 8 VVG-InfoV).

II. Dauerhaftes Installierthalten der App / Verbot der Deinstallation

Von der gerade untersuchten Thematik ist die Gestaltung zu unterscheiden, dass der Bestand des Versicherungsschutzes davon abhängig gemacht werden soll, dass der Versicherungsnehmer die App *dauerhaft* auf seinem Endgerät installiert hält.

Insoweit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, welche rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten dem Versicherer bereits kraft objektiven Rechts, d.h. bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung, zur Verfügung stünden, sollte der Versicherungsnehmer die App während der Vertragslaufzeit deinstallieren. Dies zu klären ist nicht nur für den Fall bedeutsam, dass eine vertragliche Abrede im konkreten Fall unterblieben ist; darüber hinaus kann die objektive Rechtslage auch die Beurteilung beeinflussen, ob eine entsprechende Klausel in den AVB wirksam ist (Stichwort: Leitbildkontrolle gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Anhand der so gefundenen Ergebnisse gilt es sodann in einem zweiten Schritt zu erörtern, wie das

² Näher Beckmann/Matusche-Beckmann/*Obarowski*, *VersR-Hdb.*, 3. Aufl. 2015, § 37 Rn. 454 ff.

dauerhafte Vorhandensein der App auf dem Endgerät des Kunden durch Vertragsgestaltung in rechtlich zulässiger Weise sichergestellt werden kann.

1. Rechtlage ohne vertragliche Regelung

- a) Deinstallation als Verletzung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht (§§ 323, 325, 280 Abs. 1 BGB)**
- aa) Rechtliche Ausgangslage**

In Betracht kommt zunächst, dass die dauerhafte Installation und Nutzung der App als Hauptleistungspflicht anzusehen ist, mit der Folge, dass der Versicherer bei einem Verstoß den Vertrag kündigen und Schadensersatz verlangen kann. Für eine solche Sichtweise könnte die große Bedeutung der App für das ordnungsgemäße Funktionieren des gesamten Versicherungsprodukts sprechen, verbunden mit dem Umstand, dass der Gesetzgeber in § 125 VVG die künftige Produktentwicklung offenhalten wollte.

Versicherungsverträge begründen sowohl für den Versicherer wie auch für den Versicherungsnehmer Haupt- und Nebenleistungspflichten. Die Einordnung einer Pflicht als Hauptleistungspflicht setzt dabei voraus, dass sie nicht lediglich dienenden Charakter aufweist, sondern dem Vertrag sein typisches Gepräge verleiht.³ Auszugehen ist von dem mit dem Vertrag verfolgten wesentlichen Zweck und davon, ob die in Rede stehende Pflicht notwendige Voraussetzung für seine Erreichung ist oder aber seine Erreichung lediglich fördert.⁴ Es handelt sich also um vertragsnotwendige Pflichten, ohne die der Vertrag als seinem Typus entsprechend nicht zur

³ MünchKommBGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 29; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl. 1987, Bd. I, § 2 I.

⁴ Vgl. *Staudinger/Olzen*, Neub. 2015, § 241 BGB Rn. 145 f., 151.

Entstehung gelangen könnte (*essentialia negotii*).⁵ Nebenpflichten sind demgegenüber zur Hauptleistungspflicht lediglich akzessorisch. Sie sollen die Vorbereitung der Leistung, ihre Durchführung oder Sicherung fördern.⁶

Sofern das Gesetz für bestimmte Vertragstypen das hauptleistungsbezogene Pflichtenprogramm vorgibt, bietet dies für die Charakterisierung einzelner Pflichten eine gewisse Orientierung. Das gilt jedoch nur in dem Sinne, dass die dort typisierten Leistungspflichten regelmäßig, nicht aber stets die (einzigen) Hauptleistungspflichten darstellen können.⁷

Für den Fall des Versicherungsvertrages hat der Gesetzgeber die typischen Hauptleistungspflichten in § 1 VVG umschrieben. Gem. § 1 S. 2 VVG ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, an den Versicherer die vereinbarte Zahlung (Prämie) zu leisten.⁸ Weitere typische Hauptleistungspflichten kennt das Gesetz für den Versicherungsvertrag im Allgemeinen nicht. Aus § 125 VVG ergibt sich gleichfalls keine Konkretisierung der Vorgaben von § 1 S. 2 VVG. Denn die – wenn auch grundsätzlich entwicklungs-offene –⁹ Regelung bezieht sich bereits ihrem Wortlaut nach allein auf die Hauptleistungspflicht des *Versicherers*.¹⁰ Dementsprechend führt auch der BGH zur Haftpflichtversicherung (§ 100 VVG) aus, dass der Gesetzgeber es bewusst der Klärung durch das Vertragsrecht überlassen hat, worin der – die Leistungspflicht des Versicherers auslösende – Versicherungsfall besteht.¹¹

⁵ MünchKommBGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 29; vgl. auch *Staudinger/Olzen*, Neub. 2015, § 241 BGB Rn. 145 f.

⁶ *Gernhuber*, Hdb. d. SchuldR, Das Schuldverhältnis, 1989, § 2 III 4; *Enneccerus-Lehmann*, Schuldrecht, 15. Bearbeitung 1958, § 4 II 2.

⁷ Vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1986, Bd. II/1, § 38.

⁸ Zur Prämienzahlungspflicht als Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers s. *Bruck/Möller/Baumann*, 9. Aufl. 2008, § 1 VVG Rn. 172.

⁹ Begr. RegE BT-Drucks. 16/3945, S. 91; MünchKommVVG/*Obarowski*, Bd. II, 2. Aufl. 2017, § 125 Rn. 2.

¹⁰ Vgl. v. *Bühren/Plote/Wendt*, ARB, 3. Aufl. 2013, § 125 VVG Rn. 5 ff.; *Prölss/Martin/Klimke/Armbrüster*, § 125 VVG Rn. 1 ff.

¹¹ BGH VersR 2014, 625 Rn. 34.

bb) Folgerungen für die Einordnung als Hauptleistungspflicht

(1) Wirtschaftlicher Zweck des Vertrages

Nach der gesetzlichen Ausgangslage liegt es mithin keineswegs auf der Hand, dass neben die Hauptleistungspflicht „Prämienzahlung“ in einem App-gestützten Meldetarif das dauerhafte Installierthalten als weitere Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers hinzutreten kann. Denn letztlich bleibt der *wesentliche wirtschaftliche Zweck* des Rechtsschutzversicherungsvertrages derselbe, unabhängig davon, ob es sich um einen herkömmlichen Tarif oder einen App-gestützten Meldetarif handelt: Sowohl in dem einen wie auch in dem anderen Fall soll der Versicherer die Kosten der erforderlichen Rechtsdurchsetzung übernehmen, und der Versicherungsnehmer zahlt hierfür eine (risikoadäquate) Prämie. Dies ist der Kern des wechselseitigen Leistungsversprechens.

(2) Konnexität von App-Nutzung und Risiko

In Betracht kommt, dass sich unter dem Aspekt der Risikobezogenheit der App-Nutzung eine abweichende Beurteilung ergibt. Dafür, dass der Einsatz der App sich mindernd auf das Schadensrisiko auswirkt, lassen sich insbesondere folgende Umstände anführen: Die App-Nutzung führt zu einer Minderung des Schadens nach Eintritt des Versicherungsfalles. Denn je früher der Versicherungsnehmer über die Rechtslage informiert ist und sein Handeln danach ausrichten kann, umso eher sind unnötige kostenerhöhende Weiterungen vermeidbar. Die App bietet zuverlässige Musterverträge, Musterschreiben und Fallbeispiele zu aktuellen Rechtsthemen. Der Versicherungsnehmer ist damit nicht auf eigene Recherchen im Internet oder Empfehlungen aus dem Familien- und Freundeskreis angewiesen. Zudem führen Telefonmediation und andere moderne Konfliktlösungsmechanismen zur Schadensminderung; sie sind für den Versicherungsnehmer einfacher über die App erreichbar.

Es fragt sich, inwieweit diese Umstände dazu führen, dass die Versicherungs-App zu einem Versicherungsprodukt mit einer eigenständigen

Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers, die App dauerhaft installiert zu halten und zu benutzen, wird. Risikobezogenheit setzt Gefährerheblichkeit voraus (vgl. §§ 19 Abs. 1, 23 VVG). Ein Risikobezug besteht mithin dann, wenn das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Umstände die Vertragsgefahr, die Schadensauswirkungsgefahr oder die Grundgefahr objektiv und damit unabhängig von den lediglich subjektiven Risikoprüfungsgrundsätzen des konkreten Versicherers¹² erhöht oder vermindert.¹³

Eine stochastisch nicht belegbare Prognose des Versicherers genügt grundsätzlich nicht, um einen bestimmten Umstand als gefahrerheblich einzustufen. Ob sich eine (nicht unwesentliche) Risikoverminderung für die aufgeführten Umstände statistisch nachweisen lässt, kann nicht ohne entsprechende repräsentative Untersuchungen geklärt werden. Insoweit gelten strengere Anforderungen an einen Nachweis als im Kontext der Anreizinstrumente (zu ihnen s. unten sub E IV), da § 287 ZPO nicht ohne Weiteres heranziehbar ist.

In jedem Fall lässt sich Folgendes festhalten: Ob der Versicherungsnehmer eine eigene Recherche im Internet zu seinem Rechtsproblem anstellt oder Bekannte um Rechtsrat ersucht, wird für sich genommen auf das versicherte Risiko regelmäßig ohne Auswirkungen bleiben. Denn in keiner dieser Maßnahmen liegt ein unnötig kostenerhöhendes Verhalten. Auch der Umstand, dass über die App ggf. Musterverträge und Mustererklärungen abrufbar sind, ändert daran nichts.

Erforderlich für einen Risikobezug wäre vielmehr jedenfalls der stochastische Nachweis, dass der Versicherungsnehmer beim App-Tarif tatsächlich relativ im Verhältnis zu den Versicherungsnehmern in einem herkömmlichen Tarif den Versicherungsfall schneller dem Versicherer anzeigt *und* dass dies infolge des App-Einsatzes und des damit verbundenen Erstkontakts zum Versicherer regelmäßig zu geringeren Kosten führt.

¹² Begr. RegE, BT-Drucks. 16/3945, S. 91; *Neuhaus*, r+s 2008. 45 (47).

¹³ *Klimke*, r+s 2015, 217 (223); *Prölss/Martin/Armbrüster*, 30. Aufl. 2018, § 23 VVG Rn. 8, 21.

Entscheidend dafür ist es, wofür der Versicherungsnehmer beim Unterbleiben der App-Nutzung seine (womöglich unvollständigen oder unzutreffenden) Informationen einsetzt und inwieweit dem Versicherer dadurch wirtschaftliche Belastungen entstehen. Kommt es zu einer verzögerten Anzeige des Versicherungsfalls oder zur Vornahme kostenerhöhender Maßnahmen, so handelt es sich nach den ARB 2012 regelmäßig um Obliegenheitsverletzungen, deren grob fahrlässige Begehung sanktioniert ist, und zwar ganz unabhängig von der Verwendung oder Nichtverwendung der App (vgl. etwa Ziff. 4.1.1.1, 4.1.1.3, 4.1.1.4 ARB 2012).

Ähnliches wird man auch zu den alternativen Konfliktlösungsmechanismen sagen müssen. Hier wäre stochastisch nachzuweisen, dass eine etwaige einfachere Verfügbarkeit der Telefonmediation im Vergleich zu herkömmlichen Tarifen auch tatsächlich zu einer häufigeren Inanspruchnahme derselben durch Kunden im App-Meldetarif führt.

Zwischenfazit: Ein Risikobezug der App-Nutzung kann mithin nur angenommen werden, wenn sich die Gefahrerheblichkeit der Verwendung stochastisch belegen lässt.

Auch falls dieser Nachweis gelingt, folgt daraus nicht, dass sich die dauerhafte Installation und Benutzung der App als Hauptleistungspflicht ansehen lässt. Das Versicherungsvertragsrecht kennt nämlich eine Fülle von gesetzlichen und vertraglichen Obliegenheiten, die der Verminderung der Gefahr dienen. Ein anschauliches Beispiel bieten die bereits genannten Regelungen in Ziff. 4 ARB 2012. Die Ausgestaltung als Obliegenheit (und nicht einmal als selbstständig einklagbare Nebenpflicht) des Versicherungsnehmers bestätigt den Befund, dass es sich dabei nicht um eine weitere Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers handelt, die zu der Prämienzahlungspflicht hinzutritt. Vielmehr geht es um Verhaltensregeln, deren Einhaltung ganz unabhängig vom Kommunikationsweg dazu dienen, einem vermeidbaren Schadensaufwand entgegenzuwirken, ver-

gleichbar etwa der Obliegenheit in der Hausratversicherung, beim Verlassen der Wohnung die Tür zu verschließen.

(3) *Effizienz- und Kosteninteresse*

Allerdings wird man ein gesteigertes Effizienz- und Kosteninteresse des Versicherers an der Installation und Nutzung der App bejahen können. Dieses folgt freilich nicht daraus, dass der Versicherer nur über die App eine von ihm mitzuteilende Information auf digitalem Wege sicher übermitteln könnte. Für die digitale Informationsübermittlung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung mittlerweile auch jenseits des Einsatzes von Apps klare Regeln entwickelt.¹⁴ Demnach genügt es für die Übermittlung einer Information in Textform, wenn die Anforderungen an eine sog. *Sophisticated Website* (fortgeschrittene Website) erfüllt sind. Mit diesem Begriff fasst der EFTA-Gerichtshof¹⁵ zwei verschiedene Fälle zusammen, nämlich den Zwangs-Download und den geschützten Speicherbereich.

Unter einem *Zwangs-Download* versteht man die technische Gestaltung, dass der Versicherungsnehmer den Vertragsschlussvorgang (genauer: den Vorgang zur Abgabe seiner Vertragserklärung, typischerweise des Antrags) erst fortsetzen kann, wenn er die Datei mit den Informationen auf ein eigenes Speichermedium wie etwa die Festplatte seines Computers heruntergeladen hat. Der BGH hat in nicht-versicherungsrechtlichem Kontext entschieden, dass ein solcher Zwangs-Download den Anforderungen an eine Mitteilung in Textform genügt.¹⁶ Es ist kein Grund ersichtlich, diese Beurteilung nicht auf Versicherungsverträge zu übertragen, da auch bei ihnen ein Zwangs-Download sicherstellt, dass der Kunde über den Text verfügen kann.¹⁷

¹⁴ S. zum Abschluss von Versicherungsverträgen über das Internet eingehend *Armbrüster*, r+s 2017, 57 ff.

¹⁵ VersR 2010, 793 (796 f.); s. auch *A. Fischer*, BB 2012, 2773 (2774).

¹⁶ BGH VersR 2014, 838 Rn. 26.

¹⁷ *MünchKomm-VVG/Armbrüster*, 2. Aufl. 2016, § 7 Rn. 106; *MünchKomm-VVG/Reiff*, 2. Aufl. 2016, Vor § 59 Rn. 39.

Bei der zweiten Variante einer Sophisticated Website, nämlich dem *geschützten Speicherbereich*, wird dem Kunden auf dem Server des zur Informationsmitteilung Verpflichteten ein eigener passwortgeschützter Bereich eingeräumt. Der EuGH hat dazu in einer Entscheidung zur Auslegung der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007¹⁸ Folgendes ausgeführt:¹⁹ Das Textformerfordernis ist erfüllt, wenn die Website es dem Benutzer ermöglicht, die Informationen derart zu speichern, dass er sie für eine angemessene Zeit einsehen kann und ihm die unveränderte Wiedergabe möglich ist, ohne dass der Inhalt durch den Zahlungsdienstleister oder einen Administrator einseitig geändert werden kann. Zudem muss der Kunde benachrichtigt werden, wenn neue Informationen in den geschützten Bereich eingestellt werden. Diese Kriterien lassen sich wiederum auf den Abschluss von Versicherungsverträgen übertragen. Sofern mithin die Informationen in diesem Bereich für den Versicherungsnehmer dauerhaft und unveränderbar abrufbar sind, genügt dies den Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger.²⁰

Diese alternativen Möglichkeiten einer digitalen Informationsübermittlung bedeuten nicht, dass die App dem Versicherer keinen Zusatznutzen bei der Informationsübermittlung bieten würde. Vielmehr lassen sich bei der App über die hinterlegten Unterlagen Nachweise etwa über die erfolgte Mitteilung einer vom Versicherer geschuldeten Information leicht führen. Zudem können Sachverständige unmittelbar auf den Backend-Server zugreifen. Auch kommt es in Betracht, dass der Versicherer bei nicht sichergestellter App-Nutzung einen derartigen Meldetarif nicht mit den gewünschten Vorteilen sicher abbilden kann.

Es fragt sich aber, ob die Installations- und Nutzungspflicht für die App nicht lediglich *unterstützenden* Charakter hat. So können die App bzw. die

¹⁸ Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (ABl. Nr. L 319 S. 1, ber. ABl. 2009 Nr. L 187 S. 5).

¹⁹ EuGH NJW 2017, 871 Rn. 44.

²⁰ A.A. Beckmann/Matusche-Beckmann/Dörner, VersR-Hdb., 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 93 a. E., unter Hinweis auf die jederzeitige Abschaltbarkeit der Website.

auf dem Server gesammelten und gespeicherten Daten zum Versicherungsvertrag dem Versicherer die Schadensfallprüfung und -abwicklung erleichtern. Aus Sicht des Versicherungsnehmers ergeben sich Vorteile daraus, dass er bei der Erfüllung der ihn treffenden Obliegenheiten unterstützt wird. So kann er lästigen Schriftwechsel vermeiden, indem er seine Schadensmeldung über die App absetzt. Mithin hilft die App dem Versicherungsnehmer bei der Erfüllung seiner Obliegenheit aus § 30 VVG / Ziff. 4.1.1.1 ARB 2012. Gleiches gilt für die Auskunftspflicht nach § 31 VVG / Ziff. 4.1.1.2 ARB 2012.

Angesichts dieser unterstützenden Funktion wird eine Pflicht, die App dauerhaft installiert zu halten und sie zu nutzen, daher allenfalls als Neben(leistungs-)pflicht angesehen werden können. Auch prägt die Einbindung eines bestimmten digitalen Kommunikationskanals keinesfalls den Vertragstypus „Rechtsschutzversicherung“, da der wirtschaftliche Vertragszweck unverändert im Austausch der Prämie gegen Kostenschutz im Rechtsschutzfall besteht; er wird durch die Einbindung der App nicht erweitert.

cc) Ergebnis

Die Pflicht zum Installierthalten und Benutzen der App im Meldetarif dient der effizienten Erfüllung anderer Pflichten und Obliegenheiten. Sie lässt sich nicht als eine – parallel neben der Pflicht zu Prämienzahlung bestehende – selbstständige Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers ansehen. Dies entspricht im Übrigen dem Befund, dass auch ansonsten auf dem Markt kein Versicherungsprodukt ersichtlich ist, das neben der Prämienzahlungspflicht eine weitere Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers vorsehen würde.

b) Deinstallation als Nebenpflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)

Ein Verbot, die App zu deinstallieren, kann mithin rechtlich allenfalls eine Nebenpflicht darstellen. Für die Einordnung als Hauptleistungspflicht fehlt dem Verbot hingegen, wie dargelegt, der erforderliche vertragstypusprägende Charakter. Auch sichert ein solches Verhalten nicht, wie es allgemein für eine Nebenleistungspflicht erforderlich ist,²¹ die Erfüllung der Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers, welche allein in der Pflicht zur Prämienzahlung besteht.

Aber auch eine ungeschriebene Nebenpflicht im Sinne einer Schutzpflicht mit Blick auf das Interesse des Versicherers an einer ununterbrochenen App-Nutzung wird man selbst unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht annehmen können. Letztlich verfolgt der Versicherer mit dem Einsatz der App *eigene Effizienzinteressen*, ohne dass nach einer Deinstallation die Erfüllbarkeit der ihn treffenden Leistungspflichten gefährdet würde. Das Geschäftsziel „Effizienz“ fällt jedenfalls bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung auch mit Blick auf Treu und Glauben nicht in den Verantwortungsbereich des Versicherungsnehmers, so dass letzteren insoweit auch keine ungeschriebene Nebenpflicht trifft.

c) Deinstallation als Gefahrerhöhung (§§ 23 ff. VVG)

Fraglich ist ferner, ob die Deinstallation der App eine nach Vertragschluss eintretende Gefahrerhöhung im Sinne von § 23 VVG darstellen kann. Dies hätte zur Folge, dass dem Versicherer die Rechte aus §§ 24 – 26 VVG zur Verfügung stünden. Nach gängiger Auffassung, insbesondere der für die Praxis maßgebenden höchstrichterlichen Rechtsprechung, meint Gefahrerhöhung einen *Vorgang, der einen neuen Zustand erhöhter Gefahrschafft, wobei dieser mindestens von der Dauer sein muss, dass er die Grundlage eines neuen natürlichen Gefahrenverlaufs bilden kann und da-*

²¹ MünchKommBGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 33.

mit den Eintritt des Versicherungfalles generell zu fördern geeignet ist.“²² Erfasst sind die Erhöhung der Grundgefahr, der Schadensauswirkungsgefahr und der Vertragsgefahr.²³

Die Deinstallation der App führt nicht zu einer nachträglichen Gefahränderung: Weder macht sie den Eintritt des Rechtsschutzfalles oder den damit verbundenen Schaden seiner Höhe nach wahrscheinlicher noch steigert eine Deinstallation das Risiko der eigennützigen Herbeiführung des Versicherungfalles durch den Versicherungsnehmer. Entsprechende Kausalzusammenhänge können bereits nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht hergestellt werden, da die App-Nutzung keine materielle Verbindung zum versicherten Risiko aufweist. Insoweit liegen die Dinge anders als bei Tarifen, die auf einer dauerhaften Beobachtung des versicherten Risikos mittels moderner Informations- und Telekommunikationstechnologie beruhen, wie etwa den sog. Telematik-Tarifen.²⁴ Dort hat die Nutzungspflicht stets einen unmittelbaren Bezug zum subjektiven Risiko. Hier hingegen fehlt es an der erforderlichen Konnexität von App-Nutzung und Risiko.

²² RGZ 73, 359 (360); 156, 113 (117); BGHZ 7, 311 (317); BGH VersR 2005, 218 (219); *Reinhardt*, Die Gefahrerhöhung im deutschen Privatversicherungsrecht, 2015, S. 14; *Prölss/Martin/Armbrüster*, VVG, 30. Aufl. 2018, § 23 Rn. 7; *Schwintowski/Brömmelmeyer/Loacker*, VVG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 13; *Looschelders/Pohlmann/Looschelders*, VVG, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 8; *Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski*, VVG, 3. Aufl. 2015, § 23 Rn. 13; *MünchKommVVG/Reusch*, 2. Aufl. 2016, § 23 Rn. 22. vgl. auch *Langheid/Rixecker/Langheid*, VVG, 5. Aufl. 2016, § 23 Rn. 11.

²³ *Prölss/Martin/Armbrüster*, VVG, 30. Aufl. 2018, § 23 VVG Rn. 8, 21; *Klimke*, r+s 2015, 217 (223); *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 860.

²⁴ Zum Abschalten der Telematik in solchen Tarifen s. *Klimke*, r+s 2015, 217 (223); *Schumann*, Pay As You Drive – Die rechtliche Zulässigkeit von Telematik-Tarifen im Privatkundensegment der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, 2017, S. 119 ff.

d) Deinstallation als Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 81 VVG)

Es fehlt, wie oben herausgearbeitet, an einem Zusammenhang zwischen Risikoumfang und App-Nutzung. Aus diesem Grund kann die Deinstallation der App mangels Kausalität auch keine Herbeiführung des Versicherungsfalles konstituieren.²⁵

e) Deinstallation als Obliegenheitsverletzung gem. § 28 VVG

Die Annahme einer von § 28 Abs. 1 VVG erfassten Obliegenheit würde eine entsprechende Vereinbarung voraussetzen.²⁶ Daran fehlt es in der hier untersuchten Fallgestaltung gerade (zur Rechtslage bei Vereinbarung s. unten sub 2).

f) Deinstallation als Verletzung der §§ 30, 31 VVG

Die §§ 30, 31 VVG sehen zwar – wenn auch als *leges imperfectae* ohne eigene Rechtsfolgenanordnung²⁷ – Obliegenheiten des Versicherungsnehmers zur Anzeige des Schadenseintritts und zur Mitwirkung bei der Schadensfeststellung vor. Ein bestimmter Kommunikationsweg wird durch das Gesetz freilich nicht vorgeschrieben.²⁸ Ohne eine diese Wahlfreiheit begrenzende Vereinbarung steht es dem Versicherungsnehmer also frei, auf welchem Wege er den genannten gesetzlichen Obliegenheiten nachkommen will.

²⁵ Zum Kausalitätserfordernis bei § 81 VVG s. näher Bruck/Möller/Baumann, VVG, 2010, § 81 Rn. 38 ff.; Looschelders/Pohlmann/Schmidt-Kessel, VVG, 3. Aufl. 2016, § 81 VVG Rn. 27 ff.

²⁶ Looschelders/Pohlmann/Pohlmann, VVG, 3. Aufl. 2016, § 28 VVG Rn. 16.

²⁷ Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 222; Armbrüster, Privatversicherungsrecht, 2013, Rn. 1198; Prölss/Martin/Armbrüster, VVG, 30. Aufl. 2018, § 30 Rn. 10 und § 31 Rn. 47; MünchKommVVG/Wandt, 2. Aufl. 2017, § 30 Rn. 8.

²⁸ Vgl. Ruffer/Halbach/Schimikowski/Muschner, VVG, 3. Aufl. 2015, § 30 Rn. 12; Looschelders/Pohlmann/Looschelders, VVG, 3. Aufl. 2016, § 30 Rn. 15.

g) Ergebnis

Fehlt es an einer entsprechenden vertraglichen Abrede, so knüpfen sich an die Deinstallation der App „als solche“ keine Rechtsfolgen. Insbesondere hat eine Deinstallation keine Auswirkungen auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Versicherungsschutzes. Ein Anreiz für den Versicherungsnehmer, von der Deinstallation abzusehen, besteht daher nicht.

2. Gestaltungsmöglichkeiten für eine vertragliche Regelung

Damit stellt sich die Frage nach entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten in den AVB.

a) Vereinbarung einer Obliegenheit**aa) Kündigung**

Zunächst kommt die Vereinbarung einer vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheit iSv. § 28 Abs. 1 VVG in Betracht. Wird eine derartige Obliegenheit zumindest grob fahrlässig verletzt (regelmäßig dürfte die Deinstallation in der Praxis sogar vorsätzlich erfolgen), so wird dies grundsätzlich eine außerordentliche fristlose Kündigung des Vertrages nach dieser Vorschrift rechtfertigen können. Für dieses Kündigungsrecht spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob es sich um eine Gefahrstandsobligenheit (was Gefahrerheblichkeit der App-Nutzung voraussetzen würde; s. dazu oben sub D II 1) handelt oder nicht. Geht es um ein einheitliches Versicherungsprodukt, bei dem die App-Nutzung als integraler Bestandteil vorgesehen ist, so bezieht sich das Kündigungsrecht ohne Weiteres auf den gesamten Vertrag.

Zu klären ist ferner, ob sich die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung bei Versicherungsprodukten, welche die App-Nutzung lediglich als Sonderklausel vorsehen, allein auf diesen „digitalen Baustein“ bezieht oder ob auch dann der gesamte Vertrag gekündigt werden kann. Nach § 29 Abs. 1 VVG wird dem Versicherer die Kündigung des gesamten Vertrages nur

dann erschwert, wenn letzterer sich auf mehrere Gegenstände oder Personen bezieht und die zur Kündigung berechtigenden Gründe lediglich hinsichtlich eines Teils dieser Gegenstände bzw. Personen vorliegen.²⁹ Hier steht kein Tarif mit mehreren Gegenständen zur Beurteilung; § 29 Abs. 1 VVG wäre daher – wenn überhaupt – nur seinem Grundgedanken nach heranziehbar. Darauf kommt es indessen gar nicht entscheidend an, da § 29 Abs. 1 VVG nicht halbzwingend ist (vgl. § 32 S. 1 VVG).

Eine auf den Gesamtvertrag und nicht allein auf die Sonderklausel bezogene Kündigungsregelung ist allerdings noch am AGB-rechtlichen Angemessenheitsgebot des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu messen.³⁰ Da die Folge – Kündigung des Rechtsschutzvertrages im Ganzen – aber ohnehin dem gesetzgeberischen Konzept des § 28 Abs. 1 VVG entspricht, liegt eine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers fern. Es ist allerdings darauf zu achten, dass der App-Baustein keinen eigenständigen Vertrag (z.B. für eine bestimmte Rechtsschutzart) darstellen darf. Dann wäre jeder Vertrag gesondert zu behandeln.³¹

Unabhängig von der Frage, ob die Kündigung sich nur auf den digitalen Baustein oder auf den gesamten Vertrag beziehen soll, ist zudem zu beachten, dass in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Erheblichkeitsschwelle vorgesehen werden sollte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Situationen, in denen die Deinstallation aus technischen Gründen notwendig oder zumindest zweckmäßig erscheint, oder auch beim Wechsel des mobilen Endgeräts. In solchen Fällen sollte keine Obliegenheitsverletzung vorliegen, wenn unverzüglich eine Neuinstallation vorgenommen wird. Andernfalls läge eine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers iSv. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nahe.

²⁹ Näher Looschelders/Pohlmann/Klenk, VVG, 3. Aufl. 2016, § 29 Rn. 12 ff.

³⁰ Prölss/Martin/Armbrüster, VVG, 30. Aufl. 2018, § 29 Rn. 12.

³¹ Bruck/Möller/Heiss, VVG, 9. Aufl. 2008, § 29 Rn. 13; Looschelders/Pohlmann/Klenk, VVG, 3. Aufl. 2016, § 29 Rn. 7; MünchKommVVG/Wandt, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 5.

bb) Leistungsfreiheit

Fraglich ist jedoch, ob der Versicherer durch die Vereinbarung einer Obliegenheit auch Leistungsfreiheit nach Eintritt des Versicherungsfalles erreichen kann. Insoweit ist nämlich die Vorgabe des § 28 Abs. 3 S. 1 VVG zu beachten. Nach dieser Norm ist es für die Sanktion der Leistungsfreiheit nach Eintritt des Versicherungsfalles bei vorangegangener Deinstallation der App erforderlich, dass die Deinstallation für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalles oder zumindest für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers ursächlich geworden ist.

Zwar obliegt es insoweit dem Versicherungsnehmer, den von § 28 Abs. 3 S. 1 VVG geforderten Kausalitätsgegenbeweis zu erbringen. Er hat also darzulegen und zu beweisen, dass sich ein Verstoß gegen die Obliegenheit konkret weder auf den Eintritt des Versicherungsfalles noch auf die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers ausgewirkt hat.³² Dieser Nachweis wird ihm freilich angesichts der fehlenden Risikobezogenheit der Deinstallation jedenfalls mit Blick auf die kausale Verknüpfung zwischen Deinstallation und Eintritt des Versicherungsfalles regelmäßig nicht gelingen.³³ Etwas anderes kann sich im Hinblick auf den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers dann ergeben, wenn dem Versicherer der Nachweis gelingt, dass der Verstoß ihm einen Mehraufwand verursacht hat (vgl. zur Nachweisthematik bereits oben sub 1 a bb (2)).

Die vorstehenden Überlegungen werden auch für die Schadensfeststellung zu gelten haben, sofern der Versicherungsnehmer seinen Obliegenheiten

³² Vgl. Baumgärtel/*Prölss*, Handbuch der Beweislast, Band V, 1993, § 6 Rn. 9 ff.; Prölss/Martin/*Armbrüster*, VVG, 30. Aufl. 2018, § 28 Rn. 249; BK/*Schwintowski*, VVG, 1999, § 6 Rn. 114.

³³ Vgl. etwa zum Verstoß gegen die Führerscheinklausel in der Kfz-Versicherung, die ihrerseits sogar Risikobezug aufweist, wenn das Fehlen der Fahrerlaubnis lediglich auf formellen Gründen beruht; BGH VersR 1982, 598 f. mwN.; instruktiv auch BK/*Schwintowski*, VVG, 1999, § 6 Rn. 113 ff., insbesondere Rn. 115 (rechtmäßiges Alternativverhalten sogar bei Gefahrstandsobliegenheit beachtlich).

nach §§ 30, 31 VVG unverzüglich nachkommt. Denn in einem solchen Fall erscheint eine nachteilige Auswirkung der unterlassenen Anzeige gerade über die App (statt auf einem anderen Kommunikationsweg) auf die Leistungspflicht des Versicherers – wiederum vorbehaltlich eines entsprechenden Nachweises – praktisch ausgeschlossen.³⁴ Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil allein Beeinträchtigungen des Feststellungsverfahrens für eine Sanktionierung nicht genügen.³⁵

Die Vereinbarung einer vertraglichen Obliegenheit erweist sich aus diesen Gründen vorbehaltlich der Möglichkeit eines entsprechenden Nachteilsnachweises nicht als geeignetes Instrument, um an die Deinstallation die Rechtsfolge der Leistungsfreiheit zu knüpfen.

cc) Ergebnis

Wird in den AVB eine Obliegenheit, die App dauerhaft installiert zu halten und sie zu benutzen, vorgesehen, so berechtigt eine zumindest grob fahrlässige Deinstallation oder dauerhafte Nichtnutzung der App den Versicherer zur Kündigung. Diese kann sich auf einen separaten digitalen Baustein oder auf den ganzen Vertrag beziehen. An den Voraussetzungen für eine Leistungsfreiheit nach Eintritt des Versicherungsfalls wird es hingegen regelmäßig fehlen, sofern dem Versicherer nicht der erforderliche Nachweis gelingt, dass sich der Verstoß auf den Umfang seiner Leistungspflicht ausgewirkt hat.

b) Separate Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit

Wie bereits erwähnt, besteht ein außerordentliches fristloses Kündigungsrecht mit Blick auf den digitalen Baustein des Tarifmodells bereits dann, wenn die Deinstallation die Verletzung einer vertraglich vereinbarten Obliegenheit darstellt. Da die Deinstallation regelmäßig vorsätzlich erfolgen

³⁴ BGHZ 41, 327 (336 f.); Prölss/Martin/Klimke, VVG, 30. Aufl. 2018, E.2 AKB 2015 Rn. 4; Looschelders/Pohlmann/Looschelders, VVG, 3. Aufl. 2016, § 30 Rn. 21 f.; Rüter, NVersZ 2001, 241 (247).

³⁵ Vgl. zur insoweit freilich nicht immer einheitlichen Rechtsprechung Prölss/Martin/Armbrüster, VVG, 30. Aufl. 2018, § 28 Rn. 254 ff.

wird, würde durch die separate Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit nichts zusätzlich gewonnen.

c) Vereinbarung einer vertraglichen Nebenpflicht

Die Vereinbarung einer vertraglichen Nebenpflicht zur Vorhaltung der App auf dem mobilen Endgerät ist grundsätzlich zulässig. Insbesondere besteht mangels Gefahrerheblichkeit kein Konflikt mit § 32 S. 1 VVG.

Freilich gilt auch insoweit, dass die Verletzung einer so vereinbarten Nebenpflicht nicht mit der Leistungsfreiheit des Versicherers sanktioniert werden kann. Insoweit kann nichts anderes gelten als mit Blick auf § 28 VVG. Wenn nämlich die Rechtsfolge der Leistungsfreiheit schon nicht über die Vereinbarung einer Obliegenheit erreicht werden kann, so gilt dies im Grundsatz auch für eine entsprechende vereinbarte Nebenpflicht ohne Risikobezug. Andernfalls könnte die von § 28 Abs. 3 S. 1 VVG verlangte Kausalität für diese Rechtsfolge umgangen werden.³⁶ Zwar läge kein Verstoß gegen § 32 S. 1 VVG vor, denn es handelt sich nicht um eine vereinbarte Obliegenheit i.S.v. § 28 Abs. 1 VVG, sondern um eine Nebenpflicht. Jedoch verstieße eine solche Regelung gegen den Grundgedanken der §§ 28, 32 S. 1 VVG; sie wäre folglich nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Leitbildkontrolle) unwirksam.³⁷

Dahinter steht die Überlegung, dass ein isolierter Ausschluss des Kausalitätsgegenbeweises selbst bei einer Gefahrstandsobliegenheit unzulässig ist.³⁸ Der Versicherungsnehmer soll nicht seinen Versicherungsschutz verlieren, wenn sein Verhalten gar nicht kausal für den Eintritt des Versicherungsfalles oder für den Umfang der Leistungspflicht des Versi-

³⁶ Vgl. zu einem vergleichbaren Gedankengang mit Blick auf eine mögliche Aushöhlung von § 81 VVG BGH NJW 2014, 2324 Rn. 8 ff.

³⁷ Vgl. zu § 29 VVG a.F. zutreffend *Wriede*, VersR 1992, 420, 421; im Ansatz richtig auch *Klimke*, Die halbzwingenden Vorschriften des VVG, 2004, S. 290 ff.; ferner mit Blick auf Verstöße gegen das Leitbild des § 16 VVG a.F. s. BGH VersR 1994, 549 ff.

³⁸ Prölss/Martin/Armbrüster, VVG, 30. Aufl. 2018, § 28 Rn. 286.

cherers gewesen ist.³⁹ Nichts anderes kann daher für schon im Ansatz nicht gefahrerhebliche Verhaltensweisen gelten, auch wenn sie im Gewand einer Pflicht daherkommen.

Auch über die Regeln der §§ 249 ff. BGB zum Schadensersatz ließe sich eine entsprechende Rechtsfolge (Leistungsfreiheit; Unterbrechung des Versicherungsschutzes) nicht erreichen. Denn die im Schadensfall verwirkte Leistung ist nicht adäquat-kausal mit der Deinstallation der App verbunden. Hinsichtlich der Kausalität gelten insoweit wiederum die zu § 28 VVG angestellten Erwägungen.

d) Vereinbarung eines Risikoausschlusses

Ein entsprechender Ausschluss wäre mangels Gefahrbezugs als sog. verhüllte Obliegenheit zu beurteilen.⁴⁰ Mithin gelten die Ausführungen zur Vereinbarung entsprechender Obliegenheiten entsprechend.

e) Ergebnis

Damit bleibt festzuhalten: Eine Leistungsfreiheit oder Unterbrechung des Versicherungsschutzes lässt sich weder durch die Vereinbarung einer Obliegenheit noch einer vertraglichen Nebenpflicht erreichen. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn dem Versicherer der Nachweis gelingt, dass der Verstoß sich auf den Umfang seiner Leistungspflicht ausgewirkt hat.

³⁹ MünchKommVVG/*Wandt*, 2. Aufl. 2017, § 28 Rn. 267.

⁴⁰ Der BGH fordert für die Einordnung als Risikoausschluss jedenfalls Wagnisbezug. Fehlt es an diesem, liegt, soweit die Klausel vom Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten fordert, eine verhüllte Obliegenheit vor; s. BGH VersR 2014, 869 Rn. 17 ff.

3. Endgeräte-Wechsel und Neuinstallation

Im Hinblick auf einen Wechsel des Endgeräts, auf dem die App ursprünglich installiert war, und eine anschließende Neuinstallation kann nichts anderes gelten als das oben Gesagte. Die Vereinbarung von Leistungsfreiheit wäre auch hier eine unstatthafte Rechtsfolgenabrede. Denn bei einem Endgeräte-Wechsel ist der Versicherungsnehmer gezwungen, die App zu de- und wieder zu installieren. Eine Klausel, die dem Versicherungsnehmer während der Dauer des Versicherungsvertrages den Wechsel seines mobilen Endgeräts aufgrund der damit verbundenen, einschneidenden Folgen für den Versicherungsschutz faktisch untersagt, stellt eine unangemessene Beschränkung der Rechte des Versicherungsnehmers dar; sie scheitert damit an § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

4. Automatisierte Meldung über Installationsstatus

Was die automatisierte Meldung des Installationsstatus an den Versicherer angeht, so erscheint diese aus versicherungsvertragsrechtlicher Sicht statthaft. Aus datenschutzrechtlicher Sicht wäre dafür freilich grundsätzlich eine entsprechende Einwilligung erforderlich, die den Anforderungen des Art. 7 DS-GVO zu genügen hat. Eine Gestaltung über einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand, d.h. ohne Einwilligungserfordernis, kommt hingegen nur beim Vorliegen berechtigter Interessen des Versicherers in Betracht (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO).⁴¹ Diese könnten hier in dem legitimen Interesse des Versicherers an Klarheit über das Nutzerverhalten und die Nutzungsfrequenz hinsichtlich der von ihm zur Verfügung gestellten Applikation gesehen werden. Problematisch erscheint insoweit freilich eine Kombination aus Widerruf nach Art. 7 DS-GVO und Widerspruch nach Art. 21 DS-GVO.

⁴¹ Zum weiten Begriff des berechtigten Interesses s. Paal/Pauly/*Frenzel*, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 28, auch zur Anwendung der Bestimmung außerhalb der Vertragserfüllung, die von lit. b erfasst wird.

5. Sonderfall: Mitversicherung

In der Rechtsschutzversicherung spielt die Mitversicherung in der Praxis eine nicht unbedeutende Rolle.⁴² Zu klären ist, ob der Beginn des Versicherungsschutzes für eine mitversicherte Person von der Installation der App auf dem Endgerät des Versicherten abhängig gemacht werden kann. Diese Frage ist zu bejahen. Wie bereits dargelegt (sub D I), kann sowohl der Vertragsschluss wie auch der Beginn des materiellen Versicherungszeitraums von der Installation der App abhängig gemacht werden. Es sind keine Gründe ersichtlich, die mit Blick auf eine vereinbarte Erstreckung des Versicherungsschutzes auf einen Dritten zu einem anderen Ergebnis führen würden. Der Beginn des Versicherungsschutzes für die versicherte Person hängt dann, wenn es auf die Installation auf ihrem Endgerät ankommt, von ihrem eigenen Handeln ab, ebenso wie dies hinsichtlich des Versicherungsnehmers selbst der Fall ist.

Problematisch mögen allenfalls diejenigen Fälle sein, in denen der Versicherungsnehmer dem Dritten gegenüber zu Beschaffung von Versicherungsschutz zu einem bestimmten Datum verpflichtet ist.⁴³ Tritt der Versicherungsnehmer daher ohne erkennbaren Anlass mit dem Wunsch nach einer Fremdversicherung an den Versicherer oder einen Vermittler heran, so ist er gem. §§ 6 Abs. 1, 61 Abs. 1 VVG im Rahmen der allgemeinen vorvertraglichen Beratungspflicht seinem Bedarf entsprechend darauf hinzuweisen, dass der materielle Versicherungsbeginn erst im Zeitpunkt der App-Installation einsetzt.

Ergebnis: Bei der Fremdversicherung ist es zulässig, den Beginn des materiellen Versicherungsschutzes auch für die versicherte Person von der App-Installation auf dem Endgerät des Versicherten abhängig zu machen. U.U. kann eine Hinweispflicht nach §§ 6 Abs. 1, 61 Abs. 1 VVG bestehen.

⁴² Zu Fällen der Mitversicherung im Rechtsschutzbereich Veith/Gräfe/Gebert/*Cornelius-Winkler*, Der Versicherungsprozess, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 60 ff.

⁴³ Instrukтив dazu VG Kassel BeckRS 2012, 59959.

Auch ansonsten sind im Bereich der Mitversicherung keine vertragsrechtlichen Besonderheiten ersichtlich. Datenschutzrechtlich ist darauf zu achten, dass eine Einwilligung auch des Mitversicherten vorliegt.

E. Die App als Kommunikationskanal

Des Weiteren gilt es zu klären, auf welche Weise der Versicherer die Nutzung der App als Kommunikationskanal sicherstellen, d.h. die gesamte vertragsbezogene Korrespondenz über die App realisieren kann. Diese Frage betrifft auch eine entsprechende vertragsbezogene Korrespondenz durch Dritte, etwa den Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers.

I. Pflicht zur Nutzung ausschließlich der App als Kommunikationskanal

1. App-Nutzung als schadensersatzbewehrte Pflicht

In Betracht kommt eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, alle vertragsbezogene Korrespondenz über die App abzusetzen. Diese Gestaltung erscheint grundsätzlich durchaus möglich; insbesondere stehen gesetzliche Formerfordernisse hinsichtlich dieser Korrespondenz nicht entgegen. Eine solche Vereinbarung ist aus Sicht des Versicherers dann von Interesse, wenn sich an eine Verletzung spürbare Sanktionen knüpfen lassen. Wenn der Versicherungsnehmer in einem solchen Fall ungeachtet der Abrede seine vertragsbezogene Korrespondenz auf anderem Wege erledigt, etwa postalisch, via Telefon oder E-Mail, so kann darin der Verstoß gegen eine vertragliche Nebenpflicht erblickt werden. Fraglich ist, inwiefern dieser Verstoß effektiv sanktionierbar ist.

In Betracht kommt, dass ein Schaden im Fall der Nichtverwendung der App sich anhand folgender Umstände bemessen lässt: Der durchschnittliche (kalkulierte) Schadensaufwand des Versicherers pro gemeldetem Rechtsschutzfall ist messbar geringer, wenn der Versicherungsnehmer telefonischen Erstkontakt mit dem Versicherer gesucht hat. Die App stellt

einen solchen Kontakt sicher. Alternativ kommt die hypothetische Einsparung im konkreten Fall in Betracht, die eintreten würde, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherer über die App kontaktiert hätte. Dabei ließe sich womöglich ein Erfahrungswert heranziehen, wie oft ein Versicherungsnehmer dem Vorschlag des Versicherers bei telefonischem Erstkontakt folgt.

Die Frage stellt sich konkret dann, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist und der Versicherungsnehmer (bzw. dessen Rechtsanwalt) für die weitere Kommunikation mit dem Versicherer abredewidrig nicht die App verwendet. Im Mittel geringere Schadenskosten bei einem telefonischen Erstkontakt pro Versicherungsfall müssten statistisch belegbar sein, um schadensrechtlich beachtlich zu sein. Ist dies der Fall, so kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.

Problematisch erscheinen freilich die Bestimmung des Schadens sowie die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität, also der Umstand, dass die Pflichtverletzung – Nichtverwendung der App im Schadensfall – kausal für tatsächlich bezifferbare Mehrkosten war.⁴⁴ Die Darlegung im Prozess wird grundsätzlich davon auszugehen haben, welchen Kostenaufwand die Schadensbearbeitung konkret ohne Verwendung der App verursacht hat. Der so ermittelte Betrag ist dann den erwarteten Kosten bei Verwendung der App gegenüberzustellen.

Der Versicherer wird den Schaden aber auch auf die im Durchschnitt entstehenden Mehrkosten im Falle einer anders als mittels der App erfolgenden Schadensregulierung pauschalieren können. Dabei sind die Vorgaben des § 309 Nr. 5 BGB einzuhalten. Demnach muss die Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartbaren Schaden widerspiegeln; zudem ist dem Versicherungsnehmer ausdrücklich der Nachweis eines geringeren Schadens zu ermöglichen. Kann der Versicherer also ei-

⁴⁴ Vgl. BGH NJW 2012, 2024 Rn. 10; MünchKommBGB/Oetker, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 107.

nen mittleren Kostenmehraufwand statistisch nachweisen, dürfte einer Pauschalierung nichts entgegenstehen (s. noch sub IV 3 b).

Alternativ zu einer solchen vertraglichen Gestaltung bleibt stets eine konkrete Schadensberechnung möglich. Insoweit kann für die Darlegung im Prozess womöglich § 287 ZPO helfen, wonach die Schadensbemessung im richterlichen Ermessen steht.⁴⁵

Ergebnis: Die Schadenspauschalierung auf die regelmäßig mit der Nichtnutzung der App verbundenen Mehrkosten ist – neben der Möglichkeit, einen konkreten Schaden darzutun – zulässig, soweit die Voraussetzungen des § 309 Nr. 5 BGB eingehalten sind.

2. App-Nutzung als Zugangserfordernis

Es wäre mithin zusätzlich erforderlich, die Wirkungen des Zugangs vertragsbezogener Korrespondenz von der App-Nutzung abhängig zu machen. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Vereinbarung mit § 309 Nr. 13 lit. c BGB vereinbar ist. Nach dieser Vorschrift sind Bestimmungen in AGB unwirksam, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an *besondere Zugangserfordernisse* gebunden werden.

Ein besonderes Zugangserfordernis im Sinne dieses Klauselverbots liegt vor, wenn eine Vereinbarung an den Zugang einer Wissens- oder Willenserklärung, die dem Versicherer gegenüber abzugeben ist, andersartige oder höhere Anforderungen als die durch § 130 BGB aufgestellten vorsieht.⁴⁶

Vgl. LG Potsdam NZKart 2016, 240 f. Zur Anwendbarkeit der Bestimmung auch auf die haftungsausfüllende Kausalität statt aller BGH NJW 1952, 301 ff.; NJW 1993, 734 ff.; MünchKommZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 287 Rn. 13.

⁴⁶ MünchKommBGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 5; BeckOGK/Weiler, Stand 1.5.2018, § 309 Nr. 13 BGB Rn. 57; Wolff/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 309 Nr. 13 BGB Rn. 30 ff.

Dabei kommt es darauf, ob durch die Beschränkung des § 130 BGB und seiner Wirkungen eine rationellere Abwicklung beabsichtigt ist, grundsätzlich nicht an. Erfasst werden damit insbesondere Vereinbarungen in AVB, in denen der Zugang von Erklärungen, die dem Versicherer gegenüber abzugeben sind, an das Erfordernis eines eingeschriebenen Briefes geknüpft wird.⁴⁷ Aber auch eine Beschränkung der zulässigen Empfangsstellen, an die eine Erklärung des Versicherungsnehmers gerichtet werden kann, fällt unter § 309 Nr. 13 lit. c BGB.⁴⁸

Nach diesen Maßstäben ist eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur App-Nutzung bei vertragsbezogenen Anzeigen oder Erklärungen, die dem Versicherer gegenüber abzugeben sind, unwirksam. Sie schränkt den Machtbereich des Empfängers ein, innerhalb dessen ein Zugang der Erklärung nach § 130 BGB anzunehmen wäre, und zwar auf eine Speicherung der Anzeige oder Erklärung auf dem Server des Versicherers. Ein Zugang ist bei Heranziehung der von § 130 BGB aufgestellten Voraussetzungen hingegen auch dann möglich, wenn der Versicherungsnehmer eine E-Mail schreibt oder – etwa bei einer Schadensmeldung – zum Telefonhörer greift.

Von der Frage, ob der Versicherungsnehmer zur ausschließlichen Nutzung der App bei vertragsbezogenen Mitteilungen verpflichtet werden kann, zu unterscheiden ist die weitere Frage, ob es zulässig ist, an die Wahl eines anderen Erklärungsmediums für den Versicherungsnehmer nachteilige Folgen zu knüpfen. In Betracht kommen etwa eine Vertragsstrafe, der Wegfall eines Beitragsrabatts oder ein höherer Selbstbehalt. Bei einer solchen Gestaltung ist also etwa auch eine telefonische oder per E-Mail erfolgende Anzeige des Versicherungsfalls formwirksam; der Versicherungsnehmer muss dann aber mit finanziellen Nachteilen rechnen.

⁴⁷ BGH NJW 1985, 2585 (2587); Prölss/Martin/*Armbrüster*, VVG, 30. Aufl. 2018, Einl. Rn. 200; MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 5; vgl. AG Bonn, Urt. v. 25.09.2014, Az.: 116 C 55/14, BeckRS 2015, 20980.

⁴⁸ MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 5.

In diesem Fall ist das strenge, weil ohne Wertungsmöglichkeit bestehende Klauselverbot des § 309 Nr. 13 lit. c BGB nach seinem Wortlaut nicht erfüllt. Anzeigen oder Erklärungen werden nämlich nicht an ein besonderes Zugangserfordernis *gebunden*; vielmehr stehen dem Versicherungsnehmer andere Übermittlungswege offen. Fraglich ist, ob trotz dieser Wahlfreiheit in der Belastung mit einem finanziellen Nachteil ein mittelbares besonderes Zugangserfordernis zu sehen ist. Diese Frage ist nicht im Wege autonom-europarechtlicher Auslegung einer vergleichbar konkreten Vorgabe der Klauselrichtlinie zu klären, da § 309 Nr. 13 lit. c BGB keine Umsetzung einer Richtlinienvorgabe darstellt, sondern eine Konkretisierung der Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie.⁴⁹ Mithin sind die allgemeinen Regeln zur Anwendung der Generalklausel des § 307 BGB sowie zum Umgehungsverbot gem. § 306a BGB heranziehbar.

Nach § 306a BGB finden die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zur AGB-Kontrolle auch Anwendung auf Gestaltungen, durch die sie umgangen werden. Diese Vorschrift betrifft unmittelbar nur solche Klauseln, die – etwa gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB – von der Klauselkontrolle ausgenommen sind; sie hat aber nach zutreffender Ansicht auch Bedeutung für Fälle, in denen die Konkretisierung der Generalklausel des § 307 Abs. 1, 2 BGB in Rede steht. Unter den Beispielen, die im Schrifttum für eine mittelbare Umgehung angeführt werden, ist das folgende am ehesten mit der hier interessierenden Fallgestaltung vergleichbar: Das Verbot unangemessenen Aufwendungsersatzes beim Rücktritt (§ 308 Nr. 7 BGB) kann nicht dadurch umgangen werden, dass eine Beratungs- oder Bearbeitungsgebühr vereinbart wird, die bei Vertragsdurchführung auf die Gegenleistung angerechnet wird.⁵⁰

Überträgt man diesen Grundgedanken auf die hier interessierende Thematik, so wäre es etwa unzulässig, wenn Anzeigen und Erklärungen zwar nicht an die Wahl eines besonderen Zugangserfordernisses „gebunden“

⁴⁹ MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 2.

⁵⁰ Ulmer/Brandner/Hensen/*Schmidt*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 306a Rn. 19; Wolff/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Horn*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 306a BGB Rn. 5.

i.S.v. § 309 Nr. 13 lit. c BGB werden, zugleich aber für Übermittlungswege jenseits des strengeren Erfordernisses eine wirtschaftliche Belastung vorgesehen wird. Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen als solche ausgestaltete Vertragsstrafen bedenklich, da sie einen Verstoß des Versicherungsnehmers gegen eine Verhaltensregel voraussetzen, die hier gem. § 309 Nr. 13 lit. c BGB gerade nicht aufgestellt werden darf. Hinsichtlich der weiteren Gestaltungen des Rabattwegfalls und des höheren Selbstbehalts gelten hingegen im Grundsatz die Erwägungen, die nachfolgend im Zusammenhang mit der Steuerung der Nutzung der App als Kommunikationskanal angestellt werden (s. unten sub IV; auch zur ungeklärten Rechtslage hinsichtlich des § 309 Nr. 13 lit. c BGB).

II. Pflicht Dritter zur Nutzung ausschließlich der App

In Fällen der Fremdversicherung kann hinsichtlich einer Klausel, die den Gegner des Verwenders zur ausschließlichen Nutzung der App verpflichtet, grundsätzlich nichts anderes gelten. Denn § 309 Nr. 13 lit. c BGB stellt auf alle Erklärungen ab, die dem Verwender – hier: dem Versicherer – gegenüber abzugeben sind und nicht nur auf solche, die der Vertragspartner – hier: der Versicherungsnehmer – gegenüber dem Versicherer abgibt. Auch insoweit wäre eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mithin unwirksam. Dies gilt auch für Erklärungen oder Anzeigen, die der Versicherungsnehmer durch einen Vertreter, insbesondere seinen Rechtsanwalt, absetzen lässt.

III. Pflicht zur höchstpersönlichen Nutzung der App

Zu klären ist des Weiteren die Frage, ob eine höchstpersönliche Nutzung der App vorgeschrieben werden kann. Dabei geht es darum, ob es zulässig ist in den AVB festzulegen, dass die App lediglich durch den Versicherungsnehmer und nicht durch Dritte (etwa einen von ihm eigeninitiativ eingeschalteten Rechtsanwalt) verwendet werden darf.

Dabei geht es um die Frage der sog. gewillkürten Höchstpersönlichkeit.⁵¹ Grundsätzlich ist es eine Ausprägung der durch Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie, dass eine Person sich im Rechtsverkehr durch eine andere gem. §§ 164 ff. BGB vertreten lassen kann. Der BGH hat freilich einen rechtsgeschäftlichen Ausschluss dieser Vertretungsmöglichkeit insoweit für zulässig erachtet, wie dies durch berechnete Interessen gerechtfertigt ist.⁵² Letzteres hat er bejaht für den Fall, dass der Kreis möglicher Vertreter eines Wohnungseigentümers in der Eigentümersversammlung auf Ehegatten, andere Wohnungseigentümer oder Verwalter beschränkt wird. Dabei stützt der BGH sich insbesondere auf den satzungähnlichen Charakter der Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft, der eine weitgehend privatautonome Gestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses ermögliche. Bei der gebotenen Interessenabwägung stelle die Begrenzung der Vertretungsberechtigten einen angemessenen Kompromiss zwischen dem Individualinteresse des einzelnen Wohnungseigentümers und dem Interesse der übrigen Wohnungseigentümer daran dar, die Versammlung auf den eigenen Kreis zu beschränken und gemeinschaftsfremde Einwirkungen von ihr fernzuhalten.

Überträgt man diesen Maßstab auf die hier interessierende Fragestellung, so ergibt sich Folgendes: Das Interesse des Versicherers geht dahin, möglichst jedwede Kommunikation (1) über die App und (2) mit dem Versicherungsnehmer persönlich zu führen. Dies erweist sich schon angesichts der Beteiligung eines Rechtsanwalts auf Seiten des Versicherungsnehmers als problematisch. Verlangt der Versicherer eine höchstpersönliche Anzeige des Rechtsschutzfalles durch den Versicherungsnehmer, so ist damit etwa der im Aktivprozess verbreitete Weg, dass der vom Versicherungsnehmer beauftragte Anwalt dem Versicherer den Entwurf der Klageschrift mit Bitte um Erteilung einer Deckungszusage übermittelt, praktisch nicht mehr gangbar. Nach den Maßstäben der Recht-

⁵¹ MünchKommBGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 101.

⁵² BGHZ 99,90 = NJW 1987, 650 f.; BGH NJW 1993, 1329, 1330; dem folgend die Lit.; s. nur MünchKommBGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 101.

sprechung kommt es darauf an, ob der Versicherer dafür ein berechtigtes Interesse geltend machen kann.

In Betracht kommt zunächst, dass die höchstpersönliche Kommunikation einer missbräuchlichen Nutzung durch Dritte entgegenwirken soll. Indessen lässt sich die faktische Gefahr, dass rechtsgeschäftliche Erklärungen von *nicht dazu bevollmächtigten* Dritten an den Versicherer gerichtet werden, bei keinem üblichen Kommunikationsweg sicher ausschließen. Vielmehr geht es hier darum zu verhindern, dass der Versicherungsnehmer einen Dritten *bevollmächtigt* für ihn vertragsserhebliche Erklärungen abzugeben. Der Versicherer kann insoweit das Interesse anführen, durch den Erstkontakt gerade mit dem Versicherungsnehmer durch Informationen und Empfehlungen steuernd auf dessen weiteres Verhalten einwirken zu können, insbesondere indem die kostenverursachende Mandatierung eines Anwalts in Fällen, in denen dem Versicherer dies nicht geboten erscheint, vermieden wird.

Ob der BGH diesem Interesse bei der erforderlichen Abwägung den Vorrang geben würde, ist indessen zweifelhaft. In den entschiedenen Fällen ging es darum, dass es den anderen Wohnungseigentümern mit der Vertretungsbeschränkung darauf ankam, außenstehende Dritte möglichst von den Versammlungen fernzuhalten. Das Interesse an der Höchstpersönlichkeit bezog sich mithin auf das Interesse daran, die Vertraulichkeit der Versammlung zu bewahren.

Hier geht es hingegen darum, dass der Versicherer das Verhalten des Versicherungsnehmers hinsichtlich kostenträchtiger Maßnahmen steuern will. Darin liegt ein berechtigtes Interesse, zumal da die Vermeidung unnötiger Kosten auch im Interesse der gesamten Gefahrengemeinschaft an möglichst niedrigen Prämien liegt. Auf der anderen Seite steht jedoch das Interesse des Versicherungsnehmers daran, sich bei der Vertragsabwicklung und insbesondere bei der Schadensmeldung Dritter bedienen zu können, sei es weil er persönlich verhindert ist oder weil er auf die Sachkunde der Dritten vertraut. Auch dieses Interesse ist berechtigt, und es

kann im konkreten Fall sehr gewichtig sein. Bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden Interessen wird sich der Versicherer entgegenhalten lassen müssen, dass zur Wahrung seines berechtigten Interesses daran, unnötigen Kostenaufwand zu vermeiden, Schadensminderungsobliegenheiten verfügbar sind und üblicherweise auch als Vertragsinstrument eingesetzt werden. Sie stellen insoweit ein milderes Mittel gegenüber einem Ausschluss der Vertretungsmöglichkeit gem. §§ 164 ff. BGB dar.

Ergebnis: Die besseren Gründe sprechen dafür, dass durch vertragliche Vereinbarung eine höchstpersönliche App-Nutzung nicht wirksam begründet werden kann.

IV. Steuerung der Nutzung der App als Kommunikationskanal

Damit stellt sich die Frage, ob der Versicherer jedenfalls mittelbar die Bereitschaft zur Verwendung der App als ausschließlichem Kommunikationskanal durch finanzielle Bonus/Malus-Systeme steuern kann.

1. Grundregeln

Finanzielle Anreizsystemen in der Rechtsschutzversicherung sind in jüngerer Zeit hinsichtlich der Auswahl des zu mandatierenden Anwalts lebhaft diskutiert worden. Dazu hat der BGH entschieden, dass solche Anreize jedenfalls dann zulässig sind, wenn sie keinen unzulässigen psychischen Druck auf den Versicherungsnehmer im Hinblick auf die Anwaltswahl ausüben, was bei einer Schadensfreiheitsrabatt-Rückstufung von max. 150 EUR je Schadensfall der Fall sein soll.⁵³

⁵³ BGH NJW 2014, 630 Rn. 36 ff. m. zust. Anm. *Armbrüster*, JZ 2014, 577 ff.

Hier liegen die Dinge allerdings insoweit anders, als dass finanzielle Anreize zur Nutzung der App als ausschließliches Kommunikationsmittel im Zusammenhang mit dem Vertrag keine wesentlichen Rechtspositionen des Versicherungsnehmers beschränken. In diesem Punkt unterscheidet sich die hier zu beurteilende Fallgestaltung wesentlich von der durch § 127 VVG geprägten Thematik der freien Anwaltswahl. Daher spielt hier auch der Aspekt einer als übermäßig anzusehenden Anreizwirkung, der im Zusammenhang mit der Anwaltswahl für die Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Gestaltungen herangezogen wird, insoweit keine Rolle.

2. **Gewährung eines Beitragsrabatts als Anreiz**

Da keine entsprechenden gesetzlichen Vorgaben ersichtlich sind, erscheint es statthaft einen Prämienrabatt zu gewähren, der bei ausbleibender App-Nutzung nachträglich entfällt. Entsprechende Vereinbarungen lassen sich als Preishauptabreden einordnen, durch welche die zu zahlende Prämie unmittelbar festgelegt wird.⁵⁴ Sie unterliegen dann gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle, sofern die Voraussetzungen für den Wegfall bei Vertragsschluss eindeutig feststehen.⁵⁵ Letzteres dürfte hier regelmäßig zu bejahen sein, da der Umstand, an den der Wegfall anknüpft, nämlich die App-Nutzung, leicht feststellbar ist.

Fraglich ist, ob etwas anderes gelten kann, wenn der Rabatt seiner Höhe nach unabhängig von der Risikokalkulation und der kalkulatorischen Aufwendersparnis des Versicherers frei (und ggf. deutlich höher) festgesetzt wird. In diesem Fall tritt zur Äquivalenzsicherung ein für die

⁵⁴ Zu diesen vgl. etwa BGH NJW-RR 2005, 1479 f.; NJW 2017, 2986 Rn. 23 ff. (nicht versicherungsrechtlich); NJW 2014, 2708 Rn. 14 ff. (nicht versicherungsrechtlich); MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 16.

⁵⁵ BGH NJW-RR 2005, 1479 f.; vgl. auch LG Köln MDR 2002, 630 ff. (nicht versicherungsrechtlich); ebenso MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 17. Vgl. zum Schadensfreiheitsrabatt BGH NJW-RR 2005, 1479 ff.

Vertragsstrafe typisches *Steuerungselement* hinzu. Auf den Versicherungsnehmer wird damit – unabhängig von etwaigen Auswirkungen der App-Nutzung auf das „richtige“ Verhältnis von Leistung und Gegenleistung – ein wirtschaftlicher Druck zur App-Nutzung ausgeübt.⁵⁶ In einem solchen Fall geht es dem Versicherer nicht mehr allein darum, die Hauptleistungspflicht des Versicherungsnehmers festzulegen.

Enthält die Klausel damit ein pönales Element, so kann sie nicht von der Inhaltskontrolle freigestellt sein. Denn § 307 Abs. 3 S. 1 BGB will lediglich verhindern, dass sich Gerichte in die gerechte Preisbildung am Markt einmischen,⁵⁷ nicht aber faktische Vertragsstrafen durch geschickte Klauselgestaltung gestatten. Insoweit kommt es in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zu Preisänderungsklauseln in Gaslieferungsverträgen⁵⁸ in Betracht, die Klausel inhaltlich in eine Preishauptabrede und eine Vertragsstrafenklausel zu zerlegen und sie lediglich hinsichtlich desjenigen Teils, der eine Erhöhung über eine risikoangemessene Prämie gestattet, für unwirksam zu erklären. Dies würde freilich eine sprachliche Teilbarkeit der Klausel voraussetzen, die hier kaum je gegeben sein wird.

Steht mithin die Kontrollfähigkeit derartiger pönaler Klauseln fest, so ist damit jedoch über ihre Wirksamkeit noch nichts gesagt. Im Rahmen der von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vorgegebenen Interessenabwägung ist zu beachten, dass der Versicherer ein berechtigtes (Kosten-)Interesse an der Einhaltung der dem Versicherungsnehmer auferlegten Nutzungspflicht hat.⁵⁹ Allerdings darf die Höhe der finanziellen Sanktion nicht gänzlich außer Verhältnis zur risikogerechten Prämie, genauer: zu dem Nachteil, den der Versicherer durch die Nichtverwendung der App in Gestalt kalkulatorischer Mehraufwendungen erleidet, geraten. Es ist darauf abzustellen, um welchen Betrag die Prämie in einem normalen Tarif – ohne App-

⁵⁶ Zum Begriff der Vertragsstrafe BGH NJW 1993, 1786 (1787 f.); BeckOGK/Weiler, Stand 01.05.2018, § 309 Nr. 6 BGB Rn. 30.

⁵⁷ Rudkowski, ZVersWiss 2017, 453 (461); MünchKommBGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 16.

⁵⁸ Statt aller BGH NJW 2014, 2708 Rn. 14 ff.

⁵⁹ Vgl. BGH VersR 2012, 1025 Rn. 15.

Meldepflicht – erhöht wäre.⁶⁰ Angemessen dürfte eine Sanktion in Höhe der dreifachen Prämien­differenz sein. Sie wird für Vertragsstrafen verbreitet gebilligt.⁶¹ So ist eine Vertragsstrafe mit diesem Umfang etwa in Ziff. 13 Abs. 1 S. 3 AHB (Stand: Februar 2016) für den Fall unrichtiger Angaben zu einer Risikoänderung vorgesehen.

An dieser Stelle ist zudem darauf hinzuweisen, dass nach § 309 Nr. 13 lit. c BGB, wie oben (sub E I 1) ausgeführt, eine Bindung des Versicherungsnehmers an ein besonderes Zugangserfordernis nicht klauselmäßig vorgesehen werden darf. Mithin muss es ihm stets ermöglicht werden, insoweit andere Kommunikationswege als die App zu wählen. Die Frage, ob sich daraus Einschränkungen für die Statthaftigkeit der hier erörterten Steuerungsinstrumente ergeben, ist bislang durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt worden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Gerichte isoliert bei § 309 Nr. 13 lit. c BGB ansetzen und in einem nachträglichen Rabattwegfall eine unzulässige Umgehung dieses Klauselverbots erblicken werden. Dem ist nach der hier vertretenen Ansicht entgegenzuhalten, dass dann, wenn die Nutzung der App nicht verbindlich vorgeschrieben wird, sondern für sie lediglich wirtschaftliche Anreize gesetzt werden, dem Versicherungsnehmer die Wahl eines anderen Kommunikationswegs offensteht. Da zugleich die wirtschaftliche Anreizwirkung – wie ausgeführt – nicht übermäßig sein darf, liegt keine unzulässige Barriere für die Rechtsdurchsetzung vor, um deren Verhinderung es dem Gesetzgeber bei § 309 Nr. 13 lit. c BGB geht.⁶²

Hinzu kommt als weiteres Argument, dass der Versicherungsnehmer hier nicht allein in Gestalt einer womöglich in den AVB „versteckten“ Klausel an eine strengere Form gebunden wird.⁶³ Vielmehr ist das gesamte Produkt

⁶⁰ Vgl. BGH VersR 2012, 1025 Rn. 17 ff.

⁶¹ Vgl. *Schirmer/Marlow*, VersR 1997, 782, 791; *Littbarski*, AHB-Kommentar, 2001, § 8 AHB Rn. 36 f.; s. auch *Armbrüster*, r+s 2013, 209, 212; offen gelassen von BGH VersR 2012, 1025 Rn. 20.

⁶² S. zu diesem Regelungszweck MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 1.

⁶³ Die Gefahr, dass der Kunde die strengere Form nicht einhält, „weil er mit ihr nicht zu rechnen brauchte und die AGB daher vor Abgabe seiner

bei sachgerechter Gestaltung von vornherein klar und eindeutig darauf angelegt, dass die App als ausschließlicher Kommunikationskanal für jegliche Erklärungen, also nicht allein für die von § 309 Nr. 13 lit. c BGB erfassten (rechtlich erheblichen) Erklärungen und Anzeigen, genutzt werden soll (s. dazu auch die oben sub D I aufgeführten Informationspflichten des Vertreibers).

Ergebnis: Klauseln, die einen nachträglichen Rabattwegfall bei Nichtverwendung der App vorsehen, wobei der Wegfall betragsmäßig willkürlich festgesetzt wird, unterliegen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Übersteigt die Vertragsstrafe die dreifache Differenz zwischen vereinbarter und risikogerechter Prämie, so ist sie demnach unwirksam.

3. Wegfall eines Selbstbehalts als Anreiz

a) Grundregeln

Die grundsätzliche Kontrollfreiheit erfasst nicht den Wegfall eines vereinbarten Selbstbehalts, da es sich hierbei nicht um eine Hauptleistungsabrede⁶⁴ handelt. Denn hinsichtlich der Leistungspflicht des Versicherers ist nur deren Kernbereich der materiellen AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB entzogen. Zu diesem Kernbereich zählen allein diejenigen Abreden, welche die allgemeinste Beschreibung des versicherten Risikos betreffen.⁶⁵ Darunter fallen vereinbarte Selbstbehalte, welche die im Grundsatz der Höhe nach vereinbarte Leistungspflicht des Versicherers auf sekundärer Ebene wieder beschränken, indessen nicht.⁶⁶

Erklärung nicht daraufhin besonders durchgelesen hat [...]“, betont MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 13 Rn. 1.

⁶⁴ Zu diesen instruktiv BGH NJW 2017, 2986 Rn. 23 ff. (nicht versicherungsrechtlich); ferner BGH NJW 1985, 3013 (3014); BeckOGK/*Zschieschack*, Stand 1.5.2018, § 307 Rn. 14 ff.

⁶⁵ Vgl. BGH VersR 2014, 625 Rn. 34; Prölss/Martin/*Lücke*, VVG, 30. Aufl. 2018, § 100 Rn. 26; MünchKommVVG/*Bruns*, 2. Aufl. 2017, § 307 BGB Rn. 10, 16 f.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.2009, Az.: I-4 U 27/09, 4 U 27/09, juris; *Dallwig*, Deckungsbegrenzungen in der Pflichtversicherung, 2011, S. 82;

AGB-rechtliche Bedenken bestehen aber auch insoweit jedenfalls dann nicht, wenn der Wegfall des Selbstbehalts betragsmäßig nicht erheblich über die mit der App-Nutzung verbundenen Aufwendungsersparungen des Versicherers, kalkulatorisch auf den einzelnen Vertrag bezogen, hinausgeht.

Reicht der wirtschaftliche Malus demgegenüber darüber hinaus, stellt sich die Frage, ob eine Vertragsstrafe⁶⁷ vorliegt, in der eine einseitige Interessendurchsetzung zu sehen ist. Zwar handelt es sich nicht um eine Vertragsstrafe i.S.v. § 309 Nr. 6 BGB, da keiner der dort enumerativ aufgezählten Fälle vorliegt. Indessen ist es anerkannt, dass auch jenseits dieser Fälle eine wirtschaftliche Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen des Vertragspartners als Vertragsstrafe einzuordnen sein kann, die dann am Maßstab der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu messen ist.⁶⁸ Dies gilt unter anderem für einen dem Vertragspartner auferlegten Rechtsverlust, welcher an eine Pflichtverletzung anknüpft.⁶⁹ Dabei geht es im Kern darum, dass das Äquivalenzprinzip zwischen Leistung und Gegenleistung nicht einseitig in AGB zugunsten des Verwenders verschoben werden können soll.⁷⁰

Hierzu gibt es insbesondere in der (nicht versicherungsrechtlichen) Instanzrechtsprechung teils recht weit reichende Entscheidungen. Für den Wegfall eines Selbstbehalts wird man freilich dahin gehend argumentieren können, dass das „Wiederaufleben“ des Selbstbehalts bei einem Verstoß gegen die Kommunikationsabrede nichts anderes als die Wiederherstel-

v. Westphalen/*Präve*, Allgemeine Versicherungsbedingungen (Stand April 2018) Rn. 36.

⁶⁷ Vgl. BGH NJW 1993, 1786, 1787; zur Abgrenzung zwischen Vertragsstrafe und pauschaliertem Schadensersatzanspruch s. MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 5 Rn. 5 f.

⁶⁸ Zum Maßstab der unangemessenen Benachteiligung s. Wolff/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 BGB Rn. 165 ff.

⁶⁹ MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 6 Rn. 7.

⁷⁰ BGH NJW 2001, 2635 (2637); MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 752.

lung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses bedeutet, wenn und soweit die Prämie auf der Grundlage des vereinbarten Selbstbehalts kalkuliert ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ungeachtet der unterschiedlichen AGB-rechtlichen Einordnung von Rabatt oder Selbstbehalts-Wegfall beide Instrumente einander funktional und in den wirtschaftlichen Auswirkungen nahe stehen. Daher sollte hinsichtlich des Selbstbehalts im Ergebnis dasselbe gelten wie in Bezug auf den Rabatt. Solange diese Frage nicht gerichtlich geklärt ist, bleibt festzuhalten, dass die Gestaltung umso sicherer ist, je geringer der wirtschaftliche Anreiz erscheint.

b) Darlegung der Aufwendersparnis im Prozess

Wie aufgezeigt, kann es bei einer Schadenspauschalierung sowie bei den Anreizsystemen auf den Umfang der Aufwendersparnis des Versicherers ankommen. Im Folgenden soll noch darauf eingegangen werden, wie substantiiert die Aufwendersparnis im Prozess dargelegt werden muss.

Für die Darlegung der mittleren Kostensteigerung bei Nichtverwendung der App obliegt es dem Versicherer darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Aufwendersparnis dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge stets entspricht oder zumindest nahekommt. Insoweit sind konkrete Anknüpfungstatsachen vorzutragen und ggf. unter Beweis zu stellen, aus denen sich die gewöhnlichen Aufwendungen ableiten oder auf deren Grundlage sie sich jedenfalls schätzen lassen (§ 287 ZPO).⁷¹ Dies kann ggf. durch Vorlage der internen Kalkulationen erreicht werden. Berechtigten Geheimhaltungsbelangen des Versicherers kann insoweit über § 172 Nr. 3 GVG Rechnung getragen werden. Wie dargelegt, kann dem Versicherungsnehmer zudem ggf. der Kausalitätsgegenbeweis (vgl. § 28 Abs. 3 S. 1 VVG) oder der Nachweis eines geringeren Schadens (vgl. § 309 Nr. 5 BGB) offenzuhalten sein.

⁷¹ Vgl. LG Potsdam NZKart 2016, 240 f. (nicht versicherungsrechtlich).

Ergebnis: Kommt es auf die Aufwundersersparnis an, so hat der Versicherer im Prozess darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Aufwundersersparnis dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge stets entspricht oder zumindest nahekommt. Mindestens erforderlich ist Vortrag zu konkreten Indiztatsachen, die eine Schätzung nach § 287 ZPO erlauben.

F. Annex: Übertragbarkeit des BGH-Beschlusses vom 14.01.2016 zum obligatorischen vorherigen Mediationsversuch

Abschließend soll noch geklärt werden, ob der Beschluss des BGH vom 14.01.2016⁷² zum obligatorischen vorherigen Mediationsversuch auf die vorherige Durchführung einer Beratung mittels Chats oder Telefon übertragbar ist. Es geht also konkret darum, ob ein Verstoß gegen die freie Anwaltswahl anzunehmen ist, wenn der Versicherungsnehmer sich zunächst von einem durch den Versicherer benannten Anwalt kostenlos beraten lassen muss, sich sodann aber frei einen Anwalt suchen kann.

Dafür, dass die Entscheidung auf eine vorgeschaltete Beratung am Telefon oder unter Einsatz des Mediums Chat, also eines textbasierten synchronen Informationsaustauschs, übertragbar ist, sprechen folgende Erwägungen: Zwar kann sich der Versicherungsnehmer quasi auf erster Stufe seinen Rechtsanwalt nicht frei aussuchen; vielmehr ist er auf den Rat des Telefon- bzw. Chatberaters verwiesen. An diesen Rat ist der Versicherungsnehmer freilich nicht gebunden, so dass seine freie Anwaltswahl letztlich gar nicht eingeschränkt wird. Es liegt dann auf der Linie des BGH-Beschlusses vom 14.01.2016 anzunehmen, dass die Gewährung von Rechtsschutz im Rahmen der nach § 125 VVG bestehenden Vertragsfreiheit davon abhängig gemacht werden kann, dass der Versicherungsnehmer zunächst eine vom Rechtsschutzversicherer vorgegebene anwaltliche Telefon- oder Chatberatung zu durchlaufen hat. Allerdings muss ihm transparent gemacht werden, dass er an den dort erteilten Rat nicht gebunden ist. Zudem darf das Ergebnis der telefonischen oder sonstigen medialen Beratung nicht für die

⁷² VersR 2016, 1113, mit insoweit zust. Anm. *Böhm/Fries*, VersR 2016, 1092 f., 1095.

Prüfung der Leistungsvoraussetzungen (insbesondere sub specie der Schadensminderungs-obliegenheit) herangezogen werden.

Ergebnis: Die Grundaussage des Beschlusses des BGH vom 14.01.2016 zum obligatorischen vorherigen Mediationsversuch erscheint als auf die hiesigen Fälle übertragbar.

Berlin, den 07.09.2018



Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster

**Bausteinvorschläge zu den ARB 2012
(Stand: April 2018) für einen App-basierten Meldetarif**

Verfasser: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster

Armbrüster / 07.09.2018

Bausteinvorschläge zu den ARB 2012 (Stand: April 2018) für einen App-basierten Meldetarif

Vorbemerkungen

Die ARB 2012 enthalten keine Musterklauseln für ein Schadensfreiheitssystem. Der hiesige Vorschlag soll eine Grundlage für eine unternehmensinterne Diskussion bieten. Er enthält ein Gerüst, welches auf die Abbildung des Melde- und Onlineberatungs-Tarifs ausgerichtet ist. Der Entwurf orientiert sich hinsichtlich des Schadensfreiheitssystems teilweise an den ARB 2017 der HUK-Coburg Rechtsschutzversicherung, die online allgemein zugänglich sind (http://rsv-bedingungen.de/wp-content/uploads/2017/12/HUKCoburg_ARB_2017.pdf). Dabei sind mehrere Gestaltungsalternativen ausformuliert. Zusätzlich bedarf es noch einer unternehmensindividuellen Tabelle, und ggf. sind in Abhängigkeit von geschäftspolitischen Entscheidungen weitere Regelungen zur Ausgestaltung des Schadensfreiheitssystems aufzunehmen. Generell gilt es zu beachten, dass die künftige höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Anforderungen an eine wirksame Klauselgestaltung insbesondere, was die Erfüllung des Transparenzgebots gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, aber auch die inhaltlichen Anforderungen anbelangt, nicht sicher vorhergesehen werden kann.

Baustein Rechtsschutz Digital

Haben Sie sich im Versicherungsvertrag zur Nutzung unserer App <NAME> verpflichtet, gilt abweichend bzw. ergänzend zu den ARB 2012 Folgendes:

[Klausel zum Beginn des Versicherungsschutzes]

Zu Ziff. 6.1 ARB 2012

Beginn des Versicherungsschutzes

Der Versicherungsschutz beginnt zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt, jedoch nicht vor dem Zeitpunkt, indem Sie die App <NAME> auf Ihrem mobilen Endgerät installiert und sich in der App mit der im Versicherungsschein mitgeteilten Versicherungsnummer registriert haben. Dies gilt auch für etwaig gewährten Mitversicherungsschutz.

[Klausel zum Beitragsrabatt]

7.10 ARB 2012 (neu): App-Verwendung und Beitragsrabatt

7.10.1 Pflicht zum Installierthalten und zur Verwendung der App <NAME>

7.10.1.1 Sie sind verpflichtet, die App <NAME> dauerhaft auf Ihrem Endgerät installiert zu halten, uns Rechtsschutzfälle unverzüglich nach deren Eintritt über die Meldefunktion der App anzuzeigen sowie alle sonst für uns bestimmten Anzeigen und Erklärungen (etwa: Adressänderung, Kündigung) über die hierfür in der App <NAME> vorgesehene Funktionalität an uns zu übermitteln. Dies gilt auch für Mitteilungen Ihres Vertreters, insbesondere eines von Ihnen mandatierten Rechtsanwalts. Die Pflicht zur ausschließlichen Nutzung der App entfällt für solche Anzeigen oder Erklärungen, für welche die App keine eigenständige Funktionalität vorsieht.

7.10.1.2 Bei einem Wechsel des Endgeräts, gleich aus welchem Grund, ist die Deinstallation und Neuinstallation auf dem neuen Endgerät zulässig, sofern Sie die App unverzüglich nach Inbetriebnahme des neuen Endgerätes auf diesem installieren und sich unverzüglich erneut dort anmelden.

7.10.2 Datenerhebung durch die App <NAME>

Die App wird in regelmäßigen Abständen <DURCH KONKRETE FREQUENZ ERSETZEN> Prüfmittelungen an uns <WENN AUFTRAGSDATENVERARBEITER, DANN BENENNEN> übersenden. Insoweit gelten unsere Datenschutzerklärung und die von Ihnen erteilte Einwilligungserklärung.

7.10.3 Voraussetzungen für den Beitragsrabatt

- 7.10.3.1 Wir gewähren Ihnen einen Rabatt in Höhe von XX % <KONKRETE PROZENTUALE HÖHE EINSETZEN> auf die im Versicherungsschein genannte Prämie. Der Rabatt fällt für die jeweilige Versicherungsperiode weg, wenn Sie eine Ihrer Verpflichtungen nach Ziff. 7.10.1 verletzen. Dies gilt nicht, wenn die Pflichtverletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht.
- 7.10.3.2 Besteht der Verstoß gegen Ihre Verpflichtungen nach Ziff. 7.10.1 darin, dass Sie die App deinstallieren oder bei einem Endgerätewechsel nicht unverzüglich nach der Deinstallation auf dem Altgerät auf dem Neugerät installieren bzw. sich nicht unverzüglich nach der Neuinstallation erneut in der App anmelden und führt dieser Pflichtverstoß nach Ziff. 7.10.3.1 zu einem Rabattwegfall, so gewähren wir den Rabatt für eine erst nach der Installation bzw. Anmeldung fällig werdende Prämie erneut.
- 7.10.3.2 Bei einer Verletzung der Pflichten nach Ziff. 7.10.1 sind wir berechtigt, eine weitere Rabattgewährung durch Erklärung Ihnen gegenüber für die Zukunft auszuschließen, es sei denn, die Verletzung beruht nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. In diesem Fall wird der Vertrag im Normaltarif fortgesetzt.

[Klausel zum Selbstbehaltswegfall]

Ergänzend zu 3.3.4 ARB 2012 gilt:

Von den von uns zu tragenden Kosten ziehen wir die vereinbarte Selbstbeteiligung je Versicherungsfall ab. Die Selbstbeteiligung richtet sich nach unserem

Schadensfreiheitssystem und der Ihrem Vertrag zugewiesenen Schadensfreiheitsklasse gem. Ziff. 3.5 ARB.

Ausnahme: Hängen mehrere Versicherungsfälle zeitlich und ursächlich zusammen, ziehen wir zu Ihren Gunsten die Selbstbeteiligung nur einmal ab.

3.5 ARB 2012 (neu): Wie wirkt sich ein schadenfreier Verlauf auf die Selbstbeteiligung aus?

3.5.1 Ersteinstufung

Wenn Sie mit uns das Schadensfreiheitssystem nach Ziff. 3.5 ARB 2012 (neu) vereinbaren, wird Ihr Vertrag in die Schadensfreiheitsklasse [...] eingestuft.

3.5.2 Welche Folgen hat ein schadenfreier Verlauf?

Verläuft Ihr Vertrag im Sinne von Ziff. 3.5.4 während eines Versicherungsjahres schadenfrei, wird Ihr Vertrag in die nachstgunstigere Schadensfreiheitsklasse eingestuft. Dies gilt nur, wenn der Versicherungsschutz während des Versicherungsjahres ohne Unterbrechungen bestanden hat. Die Schadensfreiheitsklassen richten sich nach der Tabelle gem. [...].

3.5.3 Welche Folgen hat ein schadenbelasteter Verlauf?

Verläuft Ihr Vertrag im Sinne von Ziff. 3.5.4 während eines Versicherungsjahres schadenbelastet, wird Ihr Vertrag in die nachstungunstigere Schadensfreiheitsklasse ab dem Tag, an dem wir Ihnen Deckungszusage erteilen, zurückgestuft.

Die Schadensfreiheitsklassen richten sich nach der Tabelle gem. [...]. Die sich hiernach ergebende neue Selbstbeteiligung gilt für den nächsten gemeldeten Rechtsschutzfall.

3.5.4 Was ist ein schadenfreier und ein schadenbelasteter Verlauf?

3.5.4.1 Schadenfreier Verlauf

Der Vertrag gilt als schadenfrei, wenn die nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:

[...]

bb) Sie haben die während des Versicherungsjahres eingetretenen Rechtsschutzfälle über die App <NAME> oder über unsere Webseite <URL> gemeldet und eine Erstberatung über die jeweilige Sofortnachrichtenmaske (Chat-Beratung) durchgeführt.

3.5.4.2 Schadenbelasteter Verlauf

Der Vertrag gilt als schadenbelastet, wenn die nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:

[...]

Der Vertrag gilt als nicht schadenbelastet, wenn Sie die während des Versicherungsjahres eingetretenen Rechtsschutzfälle über die App <NAME> oder über unsere Webseite <URL> gemeldet und eine Erstberatung über die jeweilige Sofortnachrichtenmaske (Chat-Beratung) durchgeführt haben.

[Klausel zur obligatorischen Chat-Beratung]

Ergänzend zu Ziff. 2.4 ARB 2012 gilt:

Es besteht Anspruch auf Rechtsschutz für die gerichtliche Wahrnehmung rechtlicher Interessen erst dann, wenn Sie zusätzlich zu den in Ziff. 2.4 ARB 2012 genannten Voraussetzungen eine von uns angebotene internetbasierte Erstberatung (Chat-Beratung) durchgeführt haben. Dies gilt dann nicht, wenn mit der Durchführung einer Beratung über den von uns angebotenen Sofortnachrichtendienst für Sie unmittelbare Rechtsnachteile verbunden sind oder unmittelbare Rechtsverluste drohen. An die Befolgung eines im Rahmen dieser Chat-Beratung erteilten Rates sind Sie nicht gebunden.