

Darko Samardžić*

JACANJE POLOŽAJA POTROŠAČA U NJEMAČKOM PRIVATNOM PRAVU OSIGURANJA?

SAŽETAK

Zakonodavac u Njemačkoj je trebao 100 godina da reformiše ugovorno pravo osiguranja. Ovaj kontinuitet u odnosu na zaštitu potrošača izaziva pitanja za divergentnim interesama tržišnih snaga. Dok osiguravači kalkulacijama faktično vladaju nad menadžmentom rizika, potrošačima su pristupne informacije koje proizlaze u javnost. Dalji normativni indic za samostalnost prava osiguranja su opšti uslovi koji kraj originarnog ugovora regulišu ključne obaveze kao prijavljivanje rizika ili isplate naknade štete. Osiguravači se pozivaju na prirodu privatnog prava i načelo privatne autonomije, ali je sve jasnije, da privatno pravo ne postoji izolovano izvan hijerarhije normi i opštih pravnih načela. Povezanost sa javnim pravom je sve jača.

Kraj nacionalnog okvira Evropska Unije utiče na pravo osiguranja u sve većoj mjeri. EU je bila inicijator reforme obligacionog prava u Njemačkoj. Tek poslije ove reforme je reformisano ugovorno pravo osiguranja i svejedno je preostala nadalje specifična materija. Više nije dovoljno znanje nacionalnog prava jer EU sa svojim direktivama u sektoru finansija postavlja nova mjerila, iako ograničene kompetencije trenutno ne dozvoljavaju intenzivniju harmonizaciju prava osiguranja. Heterogenost pravnih sistema na jednoj strani kao sličnost odredbi na drugoj ukazuje na velik obim pozitivnog prava u pojedinačnim državama. Sa Evropskim pravom su nastala specifična načela nadređenosti, lojaliteta ili effet utile. Ova supranacionalna dimenzija prava zahtijeva poznavanje metoda tumačenja, naročito u skladu sa primarnim i sekundarnim pravom.

Javno pravo naročito sa svojim načelima kao što su načelo proporcionalnosti ili transparentnosti postavlja privatnom pravu osiguranja osnove. Primjetno zakonodavac putem načela transparentnosti

* Doc.dr., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, advokat u Njemačkoj

unapređuje obaveze savjetovanja i informisanja da bi opunomoćio potrošača da donese razumne samoodređene odluke. Nadalje Evropski i nacionalni zakonodavci nemaju zajednu sliku prosječnog ili idealnog potrošača. Odlučujuće pitanje za potrošače će biti, kako se kvantitet i kvalitet informacija može savladati. Načelo transparentnost može izazvati protivriječno dejstvo ako obim i kvalitet dovode do nejasnosti, suviše administracije ili troškova (tzv. information overload and data quality).

U Zakon o ugovorima o osiguranju su potom uvedene razne obaveze informisanja zajedno sa uredbom za informisanje. Savjetovanje je vezano za široko definisane predispozicije tako da se potrošaču pružaju dalje mogućnost sakupljanja znanja. Tzv. načelo sve ili ništa je otklonjeno načelom proporcionaliteta. Sada se u pojedinim slučajevima razlikuju razni stepeni krivice za pronalaženje odgovornosti. Sve ove promjene su izazvane navedenim reformama. U ovom članku ćemo ukazati na poneke esencijalne promjene, njihov okvir i međusobno dejstvo pravnih oblasti. Dogmatsko razumijevanje je ključno za koherentnu primjenu prava u praksi. To važi posebno u ovako ekonomski značajnoj oblasti koja dodatno tehnički zavisi od matematičko-statističkog znanja. Pravnici su konfrontirani dogmatikom i interesima iz popriječnih oblasti.

Ključne riječi: Zakon o ugovorima o osiguranju, zakon o nadzoru siguranja, Evropsko pravo, privatno pravo, javno pravo, dogmatika, metode tumačenja, načelo sve ili ništa, načelo proporcionalnosti, načelo transparentnosti, informisanje, savjetovanje, lični podaci, obaveze, dužnosti, uzajamnost, ugovorni rokovi, menadžment rizika.

A. Kodifikacija prava osiguranja – 100 godina Zakona o ugovorima o osiguranju

I. Javne i privatno-pravne osnove Njemačkog prava o osiguranju

Oblast osiguranja je karakterizovana hibridskom strukturom individualnih i kolektivnih interesa. Iako se u privatnom pravu ugovorom principijelno obavezuju ugovorne stranke, ispunjavanje materijalnih obaveza na naknadu štete zavisi od kolektivnog sistema. Time je na jednoj strani ukazana međusobnost privatnog i javnog prava kao tehnički, ekonomski kompleksitet materije osiguranja. Osiguranje individualnih rizika izgrađuje slobodniji prostor djelovanja kroz procjenu i prenošenje rizika na razna ramena.¹ Za koncepciju prava osiguranja je neophodno poznavanje tržišnih uslova i matematičko-tehničkih osnova kalkulacije.² Poznavanje nacionalnog privatnog prava u današnje vrijeme nije dovoljno za shvaćanje prava osiguranja jer na privatno pravo utiče svakako nacionalno javno pravo kao nadređeno supra- ili internacionalno pravo. To je u Evropi pravo EU. Tako se mogu razumjeti uticaji na načelo privatne autonomije, koje počiva iz privatnog prava, ali ne uživa samostalno, suvereno dejstvo.

Postulat kooperacije služi ovom zajedničkom razumijevanju unutar privatnog prava.³ Jačanje položaja potrošača putem zakonodavca ukazuje na to da su privatni odnosi među osiguravačima i osiguranicima procijenjeni kao poremećeni.⁴ Reforma uobličava privatno pravo javnim pravom, tako da se intenzivira javno-pravno dejstvo na liberalno

¹ H.-P. Schwintowski, *Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt*, Baden-Baden 1987; D. Looschelders, *VersR* 1996, 532 i dalje, "Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?"; C. Armbrüster, *ZVersWiss* 2013, 183 i dalje, „Versicherbarkeit von Produkten am Anfang neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse“.

² M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln 2010, 39 i dalje.

³ C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2013, 72 i dalje.

⁴ O. Brand u M. Wandt/P. Reiff/D. Looschelders/W. Bayer (ed.), *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Festschrift für E. Lorenz zum 80. Geburtstag, Karlsruhe 2014, 55 i dalje, „Das Quotelungsprinzip – Versuch einer Versöhnung“; M. Dreher, *VersR* 2013, 401 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht und Verbraucherschutz im Solvency II- und EIOPA-System“; M. Wandt u H.-P. Mansel/R. M. Beckmann/A. Matusche-Beckmann (ed.), *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft*, Gedächtnisschrift für U. Hübner, Heidelberg 2012, 341 i dalje, „Transparenz als allgemeines Prinzip des Versicherungsrechts“; P. Präve, *VersR* 2012, 657 i dalje, „Individualrechte zulasten des Versicherungskollektivs?“.

shvatanje tržišta i načelo privatne autonomije.⁵ Wandt izriče da su privatna osiguranja u velikom obimu integrisana u državni sistem socijalne brige i ujedno integrirajući privatno-ekonomski element.⁶ Ovo je dogmatski interesantna integracija, jer je nadalje javno pravo osiguranja karakterizovano načelom solidarnosti⁷ dok načelo ekvivalencije⁸ određuje odnose privatnog prava osiguranja.

Kodifikacija prava osiguranja je u Njemačkoj započela 1901. godine sa ‘*Zakonom o privatnim osiguranjima*’ (*‘Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen’*)⁹. Današnji glavni zakon za nadzor prava osiguranja je ‘*Zakon o nadzoru osiguranja*’, ZNO (*‘Versicherungsaufsichtsgesetz’*, VAG). Nije jasno u kojoj mjeri je zakonodavac 1901. godine pratio zaštitu potrošača, ali je bio svjestan društveno-ekonomskog značaja osiguranja.¹⁰ Za tumačenje ugovora o osiguranju su zbog toga značajne funkcije osiguranja, individualni i kolektivni, privatni i javni interesi.¹¹ Od samog početka su opšti uslovi osiguranja uživali posebnu pažnju, jer su osiguravači pokraj originarnog ugovora dodatnim uslovima postavili pravni režim koji kraj ekonomskih snaga određuje pravnu

⁵ B. Kagelmacher, *Die Beschränkungen der Privatversicherungsfreiheit im Hinblick auf das Allgemeininteresse sowie auf Rechte Dritter*, Frankfurt am Main 1997; H. Heissu A. K. Schnyder (ed.), *Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft*, Zürich 2012, 57 i dalje, „Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht“.

⁶ M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln 2010, 87; H.-W. Sinn, *ZVersWiss* 1988, 1 i dalje, „Gedanken zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Versicherungswesens“; H.-P. Schwinkowski, *JZ* 1996, 702 i dalje, „Die Rechtsnatur des Versicherungswesens“.

⁷ J. C. Scerpe, *Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2011, 34 i dalje; H. Müller u A. Matusche-Beckmann/R. M. Beckmann (ed.), *Versicherungsrechtshandbuch*, München 2009, § 44 napomena 5

⁸ P. Pohlmann u D. Looschelders/P. Pohlmann (ed.), *VVG*, Köln 2011, § 1 napomena 24 i dalje; H. Müller u A. Matusche-Beckmann/R. M. Beckmann (ed.), *Versicherungsrechtshandbuch*, München 2009, § 44 napomena 11, 42; J. C. Scerpe, *Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2011, 66 i dalje; 172 i dalje.

⁹ C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2013; P. Koch, *VW* 2001, 1466 i dalje, „100 Jahre einheitliche Versicherungsaufsicht in Deutschland“; M. Tigges, *Geschichte und Entwicklung der Versicherungsaufsicht*, Karlsruhe 1985.

¹⁰ A. Duvinage, *Die Vorgeschichte und Entstehung des Gesetzes über den Versicherungsvertrag*, Karlsruhe 1987; M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln 2010, 24 i dalje.

¹¹ M. Dreher, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, Tübingen 1991; C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2013, 55 i dalje.

ravnotežu snaga.¹² Römer izričito navodi da obični potrošač teško može razumjeti sadržaj obimnih uslova zbog čega se često odriče čitanja.¹³ Po njemu potrošači ne trebaju biti prinuđeni da čitaju uslove, jer bi ovi trebali biti sami po sebi ‘pravedni’ (‘fair’).

Poslije nadzora je zakonodavac regulisao prava osiguranja i osiguranika ‘Zakonom o ugovorima o osiguranju’, ZUO (‘*Versicherungsvertragsgesetz*’, VVG). Ovaj zakon je 2008. godine poslije 100 godina važenja reformisan. Reforma je snažno motivisana pravom Evropske unije, sudskim odlukama Suda Evropske unije, Njemačkog ustavnog suda i saveznih sudova.¹⁴ Tako su otklonjena pojedina normativna razumijevanja, posebno ideja ‘Sve-ili-Ništa’ (Njem. ‘*Alles-oder-Nichts*’¹⁵).¹⁶ Npr. osiguravači su kod raskida ugovora od osiguranika zahtijevali premiju za cijelu godinu, iako je od tekuće godine preostao ugovorni rok od deset mjeseci. Sada umjesto grubog godišnjeg posmatranja važi *pro rata temporis*-posmatranje.¹⁷ Time osiguravač samo plaća proporcionalnu premiju. U opštem dijelu prava osiguranja su se postavljala pitanja pravde kod dužnosti koje važe u raznim oblicima prije zaključenja ugovora, poslije zaključenja ugovora, prije nastanka i poslije štete. Pokraj toga su direktive Evropske unije povećavale pritisak za promjenama. Reforma je kao prvo sprovedena u obligacionom pravu. U građanskom zakonu je položaj potrošača ojačan. Ova opšta civilna reforma je služila kao podloga za prilagođavanje specifičnih privatno-pravnih zakona kao ZUO. Njemački zakonodavac je dodatno iskoristio § 7 II ZUO ua usvajanje ‘*Uredbe o informacijama za zakon o ugovorima o*

¹² H. Heiss(ed.), *Insurance Contract Law between Commercial Law and Consumer Protection*, Zürich 2012, 7 i dalje, ‘General Report’.

¹³ W. Römer u W. Römer/Th. Langheid, VVG, München 2013, Vor § 1 napomena 1.

¹⁴ P. Reiff, VersR 1997, 267 i dalje, „Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht“.

¹⁵ Po ovom razumijevanju je osiguranik po starom pravu primao punu naknadu ili nikakvu, su se greške osiguraniku priračunavale u punu odgovornost ili neodgovornost. Ovo usmjeravanje „crno ili bijelo“ je bila jedna od glavnih reformskih zahtjevanja.

¹⁶ G. Rühl, *Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht*, Tübingen 2009, 127 i dalje; W. Römer/D. Klimke, VVG, München 2008, 3 i dalje; A. Bruns u P. Jung/P. Lamprecht/M. Schmidt-Kessel/K. Blasek (ed.), *Einheit und Vielfalt im Unternehmensrecht, Festschrift Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013, 59 i dalje, „Stand und Reform des Privatversicherungsrechts“.

¹⁷ U. Spuhl u S. Marlow/U. Spuhl (ed.), *Das neue VVG*, Karlsruhe 2010, 195 i dalje.

osiguranjima‘ (*‘VVG Informationsverordnung‘*). Zakonodavac osnaženjem načela poput načela transparentnosti uobličava slobodno djelovanje kako bi uspostavio ravnotežu interesa.¹⁸

II. Javne i privatno-pravne osnove Evropskog prava o osiguranju

1. Geneza i kodifikacija

Kodifikacija prava osiguranja u EU se razvija u talasima preko zadnjih decenija.¹⁹ Do sada se već prepoznaje oko 50 direktiva u ovoj oblasti.²⁰ Evolucija je bila dugotrajna, prateći mješovite, konkurirajuće ciljeve. Kao prvi cilj Unija je sebi postavila stvaranje zajedničkog tržišta.²¹ Glavna karakteristika tržišta je bila liberalizacija kroz primarno osiguravanje osnovnih sloboda.²² Osnovna prava nisu praćena istim intenzitetom, čime se prepoznaje početni ekonomski vid EU. Harmonizacija je implementirana uglavnom direktivama iz 1973., 1979. i 1992. godine do stvaranja zajedničkog tržišta.²³ Paralelno je Komisija EU 1979. godine predložila direktivu za harmonizaciju prava ugovora o

¹⁸ Ch. Brömmelmayer, *VersR 2009*, 584 i dalje, „Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers“; P. Albrecht/H.-J. Bartels/O. Brand (ed.), *Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen von Solvency II*, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft, Karlsruhe 2012.

¹⁹ F. J. Püttgen, *Europäisiertes Versicherungsvertragsschlussrecht*, Baden-Baden 2010; R. M. Beckmann, *ZEuP 1999*, 809 i dalje, „Auswirkungen des EG-Rechts auf das Versicherungsvertragsrecht“.

²⁰ U. Mönnich u A. Matusche-Beckmann/R. M. Beckmann (ed.), *Versicherungsrechtshandbuch*, München 2009, § 2 napomena 17 i dalje; J. Basedow u F. Reichert-Facilides (ed.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, Basel 2000, „Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik“, 13 i dalje.

²¹ A. McGee, *The single market in insurance – breaking down the barriers*, Aldershot 1998; M. Dreher, *EuZW 1994*, 743 i dalje, „Ratsprotokolle, nationale und europäische Publizität und die Umsetzung von EG-Richtlinien“; L. Brittan, *VW 1990*, 754 i dalje, „Der Europäische Binnenmarkt der Versicherungen: Was noch zu tun bleibt?“; W.-H. Roth, *NJW 1993*, 3028 i dalje, „Die Vollendung des europäischen Binnenmarkts für Versicherungen“.

²² F. J. Püttgen, *Europäisiertes Versicherungsvertragsschlussrecht*, Baden-Baden 2010, 32 i dalje; R. Merkin/A. Rodger, *EC Insurance Law*, London 1997; U. Hübner/A. Matusche-Beckmann, *EuZW 1995*, 263 i dalje, „Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das Versicherungsrecht“.

²³ H. Müller, *Versicherungsbinnenmarkt*, Die europäische Integration im Versicherungswesen, München 1995; W. Römer u K. Geiß/K. Nehm/H. E. Brandner/H. Hagen (ed.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Köln 2000, „Die Umsetzung der Europäischen Gemeinschaftsrecht-Richtlinien im Versicherungsrecht“, 375 i dalje.

osiguranjima. Ovaj prijedlog direktive nikada nije usvojen u predloženom obliku, ali je Komisija već tada predviđala elemente izjednačenja interesa.²⁴ Ovdje se prepoznaje da je Evropska Zajednica započela kao miravna, ekonomska zajednica prema nacionalnim interesima. Unija je 1994. godine postigla liberalizaciju osiguravačkog tržišta.²⁵ Otklonjeno je nacionalno odobrenje opštih uslova osiguranja kroz državne institucije da bi se razvilo slobodno tržište konkurencije.²⁶ Ukidanje odobrenja na nacionalnom nivou je od tada izjednačeno jačom pravnom kontrolom opštih uslova osiguranja. Ova kontrola se u Njemačkom pravu izvršava prema §§ 305 i dalje, 242 GZ.²⁷ Time je preventivna državna kontrola pretvorena u represivno nadziranje.

Direktive za zaštitu od antidiskriminacije sve jače utiču na uslove i tarife osiguranja. Po ovim direktivama se prepoznaje povezanost osnovnih sloboda sa osnovnim pravim. Sud EU je dogmatsku povezanost osnovnih sloboda i prava istaknuo u presudi ‘*Schmidberger*’.²⁸ Ovo se u literaturi opisuje kao ‘*konvergencija međusobnih kriterija*’ (Njem. ‘*Konvergenzkriterien*’).²⁹ Privatno i javno pravo stoje u sve jačem međusobnom odnosu. Javno-pravne vrijednosti i načela postavljaju okvir za tumačenje privatnog prava, pojedinačno utiču neposredno na privatne odredbe. Izvanrednu ulogu iz ustavnog prava zauzima načelo proporcionalnosti.³⁰ Za primjenu ovog načela je od dogmatskog ključnog

²⁴ N. Reich, *Europäisches Verbraucherrecht, Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 1996.

²⁵ F. Reichert-Facilides (ed.), *Aspekte des internationalen Versicherungsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum*, Tübingen 1994; A. K. Schnyder, *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, Heidelberg 2005; H. Heiss u P. Pohlmann (ed.), *Veröffentlichungen der Münsterischen Forschungsstelle für Versicherungswesen an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster*, Issue 99, Karlsruhe 2005, „Stand und Perspektiven der Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der eG“.

²⁶ H. Schirmer, *VersR 1996*, 1045 i dalje, „Änderungen des VVG nach der Deregulierung mit den Schwerpunkten: Abschluß des Versicherungsvertrages und Einbeziehung von AVB“.

²⁷ W. Römer u W. Römer/Th. Langheid, *VVG*, München 2013, Vor § 1 napomena 4 i dalje.

²⁸ Sud EU, „*Schmidberger*“, 2003, I-5659, tacka 81 i dalje.

²⁹ Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske Unije I*, Sarajevo 2012, 305 i dalje, 307 i dalje.

³⁰ H. Heiss, *Erasmus Law Review 2012*, 105 i dalje, „*Proportionality in the new German Insurance Contract Act 2008*“.

značaja poznavanje načela pravne države i metode tumačenja.³¹ Kod ovih metoda se u smislu Evropskog prava, kao supranacionalnog prava, mora istaknuti metoda tumačenja u skladu sa načelom nadređenosti. Tumačenje u skladu sa Evropskim pravom je uporedljivo tumačenju u skladu sa ustavnim pravom. Svejedno postoje pravne specifičnosti koje dovode do različitih rezultata. Tako se može objasniti da se unutar tumačenja u skladu sa Evropskim pravom specifično primjenjuje metoda tumačenja u skladu sa direktivama.³²

Pored direktiva su izrađene referencije za jedinstveno Evropsko ugovorno pravo osiguranja kao 'PEICL' ('*Principles of European Insurance Contract Law*')³³. PEICL konkretizuje opšte obligaciono pravo po osnovi 'DCFR' ('*Draft Common Frame of Reference*').³⁴ Evropski zakonodavac nije u položaju da ujedini pravo država članica, ali je PEICL postavio dalju podlogu harmonizacije.³⁵

Poslije ekonomskih kriza zadnjih decenija zakonodavac je povećao nadzor osiguranja finansijskih instituta i proizvoda. Početna liberalizacija tržišta se sada sve više stavlja u ravnotežu sa ostalim vrijednostima primarnog prava. Time se jača položaj potrošača. Nadzor finansijskih institucija je započeo u oblasti banaka. Ovo se prepoznaje po direktivama BASEL.³⁶ Ovaj razvoj se u oblasti osiguranja prepoznaje po direktivama „*Solvency I, II*“.³⁷ *Solvency II* posebno specijalizuje

³¹ Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske Unije I*, Sarajevo 2012, 237 i dalje.

³² M. Wandt, *Versicherungsvertragsrecht*, Köln 2010, 70.

³³ C. Armbrüster, ZEuP 2008, 775 i dalje, „Das Versicherungsrecht im Common Frame of Reference“; J. Basedow/J. Birds/M. Clarke/H. Cousy/H. Heiss (ed.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Munich 2009; L. D. Loacker, *VersR* 2009, 289 i dalje, „Insurance soft law?“, J. Gal, *VersR* 2009, 190 i dalje, „Entwurf des Common Frame of Reference für Versicherungsverträge“.

³⁴ F. J. Püttgen, *Europäisiertes Versicherungsvertragschlussrecht*, Baden-Baden 2010, 88 i dalje; H. Heiss u A. Fuchs (ed.), *European Contract Law – ERA Forum Special Issue* 2008, Heidelberg 2008, 95 i dalje, „The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law“, Munich 2008, 229 i dalje, „The Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law“, E.-K. Kim, *HUFS Law Review* 2009, 23 i dalje, „Study on Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law“.

³⁵ H. Heiss, *VersR* 2005, 1 i dalje, „Europäischer Versicherungsvertrag“, D. Weber-Ray u S. Vogenauer/S. Weatherill (ed.), *The Harmonisation of European Contract Law*, 2006, 207 i dalje, „Harmonisation of European Insurance Contract Law“.

³⁶ A. K. Schnyder, *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, Heidelberg 2005.

³⁷ J. Bürkle u VW 2012, 878 i dalje, „Europarechtliche Vorgaben für die interne Governance im Versicherungssektor“, J. Bürkle u U. Fahr/D. Kaulbach/G. W. Bähr/P.

‘*menadžment rizika*’ (Njem ‘*Risikomanagement*’)³⁸ osiguranja.³⁹ Ovaj javno-pravni nadzor ujedno izaziva uređenje intenzivnije infrastrukture za procjenu, saopštenje i obrađivanje rizika, čime se postavlja pitanje ko snosi sve ove troškove. Osiguravači koriste ovaj argument da bi ukazali na preokupaciju kao na mogućnost ili potrebu povećavanja premija. Ovdje se uspostavlja korelacija među posljedicama pravne regulacije i prirodnih tržišnih zakona među ekonomskim akterima.

2. Unapređivanje opštih vrijednosti i pravnih načela kroz EU

Opšte vrijednosti i pravna načela primarnog prava su temelji cjelokupnog pravnog sistema.⁴⁰ Načelo privatne autonomije doživljava time novo tumačenje kroz opšte vrijednosti, pravna načela i osnovna prava drugih osoba.⁴¹ Sud EU je za ojačanje osnovnih prava posebno unapređivao načelo ravnopravnosti.⁴² Tako tarife osiguranja, premije i naknade ne zavise od pola, nego od vrste rizika (uporedi čl. 21, 23 POP ili direktivu 2004/113 sa ciljem ravnopravnosti žena i muškaraca). Kod kolizije primarnih normi klasično načelo hijerarhije normi nije ubjedljivo. Da bi sva prava dostigla optimalno dejstvo unutar pravnog sistema se

Pohlmann, *VAG*, München 2012, 919 i dalje; S. Gödeke, *VersR 2010*, 10 i dalje, „Das (neue) Governance-System nach Solvency II“; P. Präve, *VersR 2007*, 1380 i dalje, „Aufsicht auf neuem Fundament“; J. Bürkle, *VersR 2007*, 1595 i dalje, „Die rechtliche Dimension von Solvency II“.

³⁸ G. J. Krämer u G. W. Bähr (ed.), *VAG*, München 2011, § 10.

³⁹ M. Dreher/M. Wandt (ed.), *Solvency II in der Rechtsanwendung*, Karlsruhe 2009; F. Romeike/M. Müller-Reichhart, *Risikomanagement in Versicherungsunternehmen*, Weinheim 2008; T. Nguyen, *Handbuch der wert- und risikoorientierten Steuerung von Versicherungsunternehmen*, Karlsruhe 2008.

⁴⁰ Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske Unije I*, Sarajevo 2012, 39 i dalje.

⁴¹ E. Lorenz *VersRdsch 2005*, 265 i dalje, „Reform des Versicherungsvertragsrechts in Deutschland: Grundsätze und Schwerpunkte“; P. Präve, *VersR 2006*, 1190 i dalje, „Das Individuelle und das Kollektive in der Privatversicherung – dargestellt am Beispiel der Lebensversicherung“; B. Kagelmacher, *Die Beschränkungen der Privatversicherungsfreiheit im Hinblick auf das Allgemeininteresse sowie auf Rechte Dritter*, Frankfurt am Main 1997.

⁴² Stav generalnog advokata (Sud EU, 30.09.2010, C-236/09, Test-Achats) J. Kokott, *VersR 2010*, 1571 i dalje; napomene Ch. Armbrüster, *VersR 2010*, 1578 i dalje; D. Looschelders, *VersR 2011*, 421 i dalje, „Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung“.

primjenjuje metoda ‘*praktične konkordacije*’ (‘*praktische Konkordanz*’).⁴³

B. Položaj osiguranika u ZUO po dogmatici prava osiguranja

I. Opšta pravna načela u privatnom pravu osiguranja

Savezni ustavni sud Njemačke je ograničenje načela privatne autonomije smatrao prekomjernim tek kada dolazi do faktično jednostranog određenja ugovornih uslova.⁴⁴ Po tome se samoodređenje prava ne smije pretvoriti u određivanje drugim osobama. Pravo na samoodređenje i pravo na informaciono samoodređivanje u Njemačkoj potiče iz člana 1. (pravo na ljudsko dostojanstvo) sa članom 2. (pravo na slobodno djelovanje) Ustava.⁴⁵ Kao normativni instrumenti u privatnom pravu za rješenje pojedinih slučajeva služe opšte klauzule građanskog zakonika poput §§ 134, 138, 242 ili 305 i dalje.

Sudovi ojačavaju prava na jednakost iz javnog prava priznanjem neposrednog dejstva u privatnom pravu i individualnom intenzitetu. Sud EU konstantno razvija razumijevanje o načelu ravnopravnosti.⁴⁶ Tako tarife osiguranja, premije i naknade ne smiju zavisiti od spola, nego od vrste rizika (uporedi čl. 21, 23 POP ili direktivu 2004/113 sa ciljem ravnopravnost žena i muškaraca).

Njemački zakonodavac u ZUO razlikuje nedispozitivne, poludispozitivne i dispozitivne norme.⁴⁷ Od ovog pravnog karaktera normi zavisi dejstvo načela privatne autonomije i intenzitet ispitivanja po §§ 305 i dalje GZ.⁴⁸ Zaštita potrošača se prepoznaje po poludispozitivnim

⁴³ D.Looschelders u D. Looschelders/P. Pohlmann (ed.), *VVG*, Köln 2011, Vorbemerkung A napomena 60.

⁴⁴ Savezni ustavni sud Njemačke, 26.7.2005, 80/95, *VersR* 2005, 1127 i dalje.

⁴⁵ Savezni ustavni sud Njemačke, 15.2.2006, 1317/96, *VersR* 2006, 957 i dalje.

⁴⁶ Stav generalnog advokata (Sud EU, 30.09.2010, C-236/09, *Test-Achats*) J. Kokott, *VersR* 2010, 1571 i dalje; napomene Ch. Armbrüster, *VersR* 2010, 1578 i dalje; D. Looschelders, *VersR* 2011, 421 i dalje, „Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung“.

⁴⁷ D. Klimke, *Die halbzwingenden Vorschriften des VVG*, Berlin 2004; M. Weber, *VersR* 2010, 1253 i dalje, „Halbzwingende Vorschriften des neuen VVG und Inhaltskontrolle“.

⁴⁸ B. Kagemacher, *Die Beschränkungen der Privatversicherungsfreiheit im Hinblick auf das Allgemeininteresse sowie auf Rechte Dritter*, Frankfurt am Main 1997; P. Präve, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, München 1998.

normama ZUO koje se ne mogu mijenjati naprotivno zaštićenim pravima potrošača.⁴⁹ Interesantno je proširenje zaštićenih osoba. Zakonodavac se kod reforme ZUO u ime potrošača nije pridržavao definicije potrošača iz § 13 ZG. Pojam potrošača je posebno proširen na slobodno zanimanje i kompanije. Cilj zaštite nije bio potrošač nego zaštita „modernog potrošavstva“⁵⁰. Ovdje se prepoznaje dogmatsko razlikovanje objektivnog i subjektivnog prava, ciljeva i zadataka država na jednoj strani i individualizirano pravo pojedinaca. U smislu zaštite potrošača pravo osiguranja se opisuje kao 'posebno senzitivna oblast'.⁵¹

Konačno možemo prepoznati da se sve intenzivnije vrijednosti i načela javnog prava povezuju sa privatnim pravom, u oblasti osiguranja u svrhu uspostavljanja ravnoteže javnih, društvenih, ekonomskih i individualnih (potrošačkih) interesa. Evropski zakonodavac se trudi da izjednači liberalne ideje sa zaštitnim uslovima tržišta. Načelo pravne države sa podnačelima hijerarhije normi, nadređenost višeg prava, pravne sigurnost ili povjerenja zahtijevaju izjednačenje interesa. Zato je za sudsko rješenje slučajeva neophodna dogmatika o opštim pravnim načelima i priznatim metodama tumačenja.

II. Obavezno (prinudno) zaključenje ugovora ili zaključenje ugovora po određenim ugovornim uslovima

U državama članicama EU se kvantitet i kvalitet obaveznih (prinudnih) osiguranja razlikuje. Prinuda se izražava naprimjer u vrsti osiguranja (npr. osiguranje vozila), osiguranim objektima (npr. osiguranje zgrada od požara) ili imovinskim interesima (npr. osiguranje od nesposobnosti obavljanja profesije).⁵² Dok u Francuskoj postoje oko 90 obaveznih privatnih osiguranja, irski zakonodavac predviđa samo jedno

⁴⁹K. Johannsen u H. Baumann/R. M. Beckmann/K. Johannsen/R. Johannsen (ed.), *VVG I*, Berlin 2008, § 18 napomena 5; drugo mišljenje J. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), München 2010, Vorbem. I napomena 4.

⁵⁰ Ch. Brömmelmeyer u W. Ruffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, Einleitung napomena 29.

⁵¹ R. Schmidt/P. Präve u E. R. Prölss (ed.), *VAG*, München 2005, Vorbem. napomena 38.

⁵² Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens (ed.), *Pflichtversicherung – Segnung oder Sündenfall (Symposium)*, Karlsruhe 2005; M. Wandt/C. Laux/N. Morscheid, *Pflicht-Haftpflichtversicherungen im gewerblichen Land- und Luftverkehr*, Karlsruhe 2008.

obavezno osiguranje, zato što je propisano pravom EU.⁵³ Švedski zakonodavac osnažuje potrošački vid.⁵⁴ Po švedskom zakonu o potrošačima osiguravač ne može odbiti zaključak ugovora, ako se takva vrsta osiguranja uobičajno takođe nudi drugim potrošačima.

Sekundarno pitanje je da li postoje obavezni (prinudni) uslovi zaključenja ugovora. Jer sama obaveza zaključenja ugovora nije garancija za kvalitet prava potrošača. Kod nacрта ZUO je navedena ideja usvajanja standardnog ugovora o osiguranju, ali ova ideja nije pronašla većinsku podršku. Naročito osiguranja su se pozvali na načelo privatne autonomije, fleksibilitet djelovanja i prosperitet osiguranja rizika.

III. Obaveze i dužnosti

1. Uzajamne obaveze

Njemački zakonodavac se nije usudio da uspostavi legalnu definiciju osiguranja.⁵⁵ Osnovni pojmovi kao osiguravač, osiguranik, osigurana osoba, osigurana stvar ili vrijednost osiguranja se nadalje razmatraju iz raznih uglova.⁵⁶ Zato § 1 ZUO samo opisuje uzajamne obaveze bez namjere potpunosti.⁵⁷ Osiguranik je obavezan da plati premiju.⁵⁸ Premija se određuje po tarifi, čija kalkulacija je djelimično regulisana ZNO (§ 11, 12 a)⁵⁹. U oblasti zdravstvenog osiguranja postoje specifične uredbe za kalkulaciju premije, koje počivaju na ZNO. *Telos*

⁵³ S. Völker u J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, „Frankreich“, 458.

⁵⁴ J. M. Scherpe u J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, „Schweden“, 907 i dalje.

⁵⁵ M. Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen 1994; C. Armbrüster, *VersR 2008*, 853 i dalje, „Versicherung des Finanzinteresses in internationalen Versicherungsprogrammen“; B. Berliner, *Limits of Insurability of Risks*, Zürich 1982; R. Koch, *Versicherbarkeit von IT-Risiken*, Berlin 2005.

⁵⁶ C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2013, 19 i dalje; W. Kisch, *Handbuch des Privatversicherungsrechts, III, Die Lehre vom Versicherungsinteresse*, München 1992; U. Schweitzer, *Das versicherte Interesse*, Krause 1990; M. N. Krause, *Der Begriff des versicherten Interesses und seine Auswirkungen auf die Versicherung für fremde Rechnung*, Karlsruhe 1998.

⁵⁷ W. Römer u W. Römer/Th. Langheid (ed.), *VVG*, München 2013, § 1 napomena 5 i dalje; H. Baumann u H. Baumann/R. M. Beckmann/K. Johannsen/R. Johannsen (ed.), *VVG I*, Berlin 2009, § 1.

⁵⁸ B. Ganster, *Die Prämienzahlung im Versicherungsrecht*, Karlsruhe 2008.

⁵⁹ Ch. Brömmelmeyer, *Der verantwortliche Aktuar in der Lebensversicherung*, Baden-Baden 2000, 171 i dalje.

osiguranja zahtijeva da je osiguravač u svakom trenutku sposoban i spreman da snosi naknadu.⁶⁰ Osiguranik nije opunomoćen da određuje način i vrstu upotrebe kapitala.⁶¹ Osiguranik ima samo pravo na naknadu, ne na procjenu, kvalifikacije i odluke o osiguranju rizika.⁶²

Zato se ugovor o osiguranju dogmatski smatra kao ugovor *sui generis*⁶³. Alternativno se u literaturi ugovor kvalifikuje kao *„ugovor o obavljanu posla“* (Njem. *‘Geschäftsbesorgungsvertrag‘*).⁶⁴ Ovo je dogmatski vrlo izazovna kvalifikacija, jer se postavlja pitanje definicije *‘posla‘* (Njem. *‘Geschäft‘*), prava i obaveza među ugovornicima.⁶⁵ Time bi osiguranik postao *‘principal poslovnog ugovora‘* (Njem. *‘Geschäftsherr‘*), a osiguranje *‘agent poslovnog ugovora‘* (Njem. *‘Geschäftsnehmer‘*). Osiguranik u ovom okviru osiguravaču može davati obavezujuća naređenja za procjenu rizika i ulaganje kapitala. To se većinski smatara kao protivriječno duhu ugovora o osiguranju i načelu privatne autonomije.

a) Nepisani uslovi

Koliko je pojam osiguranja izazovan prepoznaje se po *‘nepisanim uslovima činjeničnog stanja‘* (*‘ungeschriebene Tatbestandsmerkmale‘*). Priznato je da je preduslov ugovora po § 1 ZUO privatno-pravni odnos ugovorenika. Time se razgraničavaju ovi ugovori od socijalnih ugovora o

⁶⁰ H.-W. Sinn, ZVersWiss 1988, 1 i dalje, „Gedanken zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Versicherungswesens“; H.-P. Schwintowski, JZ 1996, 702 i dalje, „Die Rechtsnatur des Versicherungswesens“.

⁶¹ M. Ebers u H.-P. Schwintowski/Ch. Brömmelmeyer (ed.), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, Münster 2009, § 1 napomena 9.

⁶² J. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), VVG, München 2010, § 1 napomena 80 i dalje; S. Thomas/M. Dreher, VersR 2007, 731 i dalje, „Der Kautionsversicherungsvertrag im System des Privatversicherungsrechts“; H. Baumann u H. Baumann/R. M. Beckmann/K. Johannsen/R. Johannsen (ed.), VVG I, Berlin 2008, § 1 napomena 44 i dalje; P. Pohlmann u D. Looschelders/P. Pohlmann (ed.), VVG, Köln 2011, § 1 napomena 24 i dalje.

⁶³ Ch. Brömmelmeyer u W. Ruffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 1 napomena 41; P. Pohlmann u D. Looschelders/P. Pohlmann (ed.), VVG, Köln 2011, § 1 napomena 72.

⁶⁴ W. B. Schünemann, JZ 1995, 430 i dalje, „Rechtsnatur und Pflichtenstruktur des Versicherungsvertrags“; P. Präve ZfV 1992, 337 i dalje, „Nebenkosten im Zusammenhang mit der Regulierung eines Kfz-Schadens“.

⁶⁵ Protiv ove kvalifikacije H.-P. Schwintowski, JZ 1996, 702 i dalje, „Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages“; M. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), VVG, München 2010, § 1 napomena 85 i dalje.

osiguranju. Dalje osiguranik kod privatno-pravnog ugovora ima pravo na naknadu, ne samo na osiguranje rizika.⁶⁶

Njemački savezni sudovi karakterizuju privatno-pravne ugovore osiguranja daljim kriterijama. Vrhovni sudovi Njemačke (upravni kao civilni) zahtijevaju kalkulaciju rizika po ‘zakonu velikog broja’ (*‘Gesetz der großen Zahl’*).⁶⁷ Time se uspostavlja povjerljiva statistička osnova za izračunavanje premija i naknada koje se mogu matematički verifikovati.⁶⁸ Ovo razumijevanje počiva na ideji ‘zajednice rizika’ (*‘Risikogemeinschaft’*).⁶⁹ Iz ove ideje proizlazi razumijevanje međusobnog odnosa kolektiva prema pojedincima. Ali ideja zakona velikog broja ne smatra se kao neophodnom za definiciju osiguranja.⁷⁰ Npr. osiguravač može osigurati pojedinačne rizike. Nadalje Njemački sudovi kod životnih osiguranja zahtijevaju izjednačenje interesa unutar zajednice rizika. Ustavni sud Njemačke podnosi svoj zahtjev na izračunavanje učešća u raspodijeli viška, a Savezni sud Njemačke u civilnim pitanjima na izračunavanje otkupne vrijednost.

Pored toga, Savezni sud Njemačke (upravni, kao i civilni) zahtijevaju samostalnost ugovora. Osigurani rizik ne smije načelno

⁶⁶ G. Winter, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, Karlsruhe 2007, § 4, 182 i dalje; napomene na sudsku praksu, D. Kaulbach, *VersR* 2010, 889 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“.

⁶⁷ Savezni administrativni sud Njemačke, 11.11.1986, 1 A 45/83, *VersR* 1987, 273 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“; Savezni administrativni sud Njemačke, 25.11.1986, 1 C 54/81, *VersR* 1987, 273 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“; Savezni administrativni sud Njemačke, 24.02.1987, 1 A 49/83, *VersR* 1987, 453 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“; Savezni administrativni sud Njemačke, 19.05.1987, 1 A 88/83, *VersR* 1987, 701 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“.

⁶⁸ E. Lorenz, *Gefahrgemeinschaft und Beitragsgerechtigkeit aus rechtlicher Sicht*, Karlsruhe 1983; J. C. Scherpe, *Das Prinzip der Gefahrgemeinschaft im Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2011; E. Deutsch, *Versicherungsvertragsrecht*, Karlsruhe 2008, napomena 113; P. Präve, *VersR* 2006, 1190 i dalje, „Das Individuelle und das Kollektive in der Privatversicherung“.

⁶⁹ J. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), *VVG*, München 2010, Vorbem. II napomena 1 i dalje; J. C. Scherpe, *Das Prinzip der Gefahrgemeinschaft im Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2011; M. Haller, *Gefahrgemeinschaft oder Sicherungsteam?*, St. Gallen 1985; H. Heiss, *Treu und Glauben im Versicherungsvertragsrecht*, Wien 1989; P. Jung, *VersR* 2003, 282 i dalje, „Privatversicherungsrechtliche Gefahrgemeinschaft und Treuepflicht des Versicherers“; M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln 2010, 39 i dalje.

⁷⁰ M. Dreher, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, Frankfurt am Main 1991, 34 i dalje; W. Karten, *Versicherungsbetriebslehre*, Karlsruhe 2000, 343 i dalje.

zavisiti od drugog ugovora.⁷¹ Komisija za reformu ZUO je obrazložila, da se ovakav preduslov ne može postaviti u normi jer se premije u oblasti zdravstvenog i životnog osiguranja specifično upotrebljavaju kao kapital na slobodnom tržištu. Ugovori za investiciju kapitala moraju biti dopušteni. U literaturi se navodi da se miješani ugovori mogu po svome jezgru kvalifikovati tako da je jasno da li se radi o ugovoru o osiguranju ili drugoj vrsti ugovora.

b) Nepotrebni preduslovi i razgraničenje od drugih vrsta ugovora

Tačna procjena rizika i obuhvatanje homogenih rizika unutar jedne riziko zajednice nisu preduslovi za zaključenje ugovora o osiguranju.⁷² Tačna procjena može biti vrlo teška ili nemoguća. Dalje bi obavezna procjena rizika ili naknade bez neizvjesnosti bila protivriječna ideji 'neizvjesnog slučaja' (Njem. 'ungewisses Ereignis')⁷³. Homogenitet rizika kao prvo izaziva pitanje kriterija homogeniteta. Kao drugo se ograničava sloboda osiguravača da procijeni riziko unutar jedne riziko zajednice. Osiguranja se time razlikuju od proste 'klađe'⁷⁴, 'garancije za održavanje'⁷⁵, 'životnog osiguranja bez biometrijskog rizika' ili 'životnog osiguranja u obliku fondova sa ograničenim transferom rizika'.⁷⁶

2. Razgraničavanje obaveza i dužnosti

U njemačkom pravu se samo premija i naknada karakterizuju kao glavne obaveze.⁷⁷ Ova kvalifikacija je ključna jer se subjektivna prava i

⁷¹ Savezni administrativni sud Njemačke, 19.06.1969, I A 3/66, VersR 1969, 819 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“; Savezni sud Njemačke, 29.09.1994, I ZR 172/92, VersR 1995, 344 i dalje, „Haustürgeschäfte“.

⁷² G. Winter, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Karlsruhe 2007, § 4, 137 i dalje; W. Karten, *Versicherungsbetriebslehre*, Karlsruhe 2000, 343 i dalje; drugačije E. Hofman, *Privatversicherungsrecht*, München 1998, 7 i dalje.

⁷³ J. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), *VVG*, München 2010, § 1 napomena 7 i dalje;

⁷⁴ M. Henssler, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen 1994, 419 i dalje.

⁷⁵ Savezni administrativni sud Njemačke, 19.06.1969, I A 3/66, VersR 1969, 819 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“; Savezni administrativni sud Njemačke, 19.05.1987, I A 88/83, VersR 1987, 701 i dalje, „Versicherungsaufsichtsrecht“; G. Winter, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Karlsruhe 2007, § 4, 137 i dalje.

⁷⁶ M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln 2010, 9.

⁷⁷ G. Rühl, *Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht*, Tübingen 2004; H. Heiss u Bruck/Möller (ed.), § 28 *VVG* napomena 32 i dalje; H. Eichler, *Versicherungsrecht*, Karlsruhe 1976, 40 i dalje; R. Schmidt, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe 1953.

pravne posljedice razlikuju. Sve ostale obaveze nisu ‘uzajamne’ (*‘synallagmatisch’*)⁷⁸ u smislu *do ut des*⁷⁹. Zato se u njemačkom pravu razlikuju ‘(glavne) obaveze’ (*‘(Hauptleistungs-) Pflichten’*) od ostalih ‘dužnosti’ (*‘Obliegenheiten’* ili *‘Nebenpflichten’*)⁸⁰. Dužnosti se dalje mogu podijeliti na zakonske i ugovorene dužnosti.⁸¹ Različitost pravnih posljedica dovodi do mnogobrojnih dogmatskih pitanja plaćanja premije, naknade ili prava raskida ugovora. Povreda dužnosti je do 2008. godine opunomoćavala osiguravača na posljedice kao da je glavna obaveza povrijeđena: pravo otkaza, raskida ili neisplate naknade. Ovo razumijevanje se opravdalo načelom ‘Sve-ili-Nista’ (*‘Alles-oder-Nichts-Prinzip’*)⁸². Ovo načelo je reformom otklonjeno idejom proporcionalnosti kod koje se razni stepeni odgovornost priračunavaju odgovarajućom kvotom krivice (npr. kod djelimične krivice se određuje odgovornost od 10, 20 ili 30%).⁸³ Sada se razlikuje jednostavna nepažnja, gruba nepažnja, namjera i podmukla prevara. Npr. kod povrede dužnosti prijeugovorne prijave povećanja rizika poput jednostavne nepažnje osiguravač osiguraniku može u toku od mjesec dana dati otkaz. Raskid ugovora je tek moguć kada je dostignut stepen grube nepažnje ili namjere.

⁷⁸ M. Dreher, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, Frankfurt am Main 1991, 89 i dalje; W. Schmidt-Rimpler, *Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag*, Stuttgart 1968; drugačije H.-P. Schwintowski, JZ 1996, 702 i dalje, „Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages“.

⁷⁹ R. Schulze u H. Dörner/I. Ebert/Th. Hoeren/R. Kemper/I. Saenger/K. Schreiber/H. Schulte-Nölke/R. Schulze/A. Staudinger (ed.), *BGB*, Baden-Baden 2014, Vor §§ 320-326, § 320; M. Stürner/D. Medicus u H. Prütting/G. Wegen/G. Weinreich (ed.), Köln 2014, Vorbem. Vor §§ 320 ff BGB, § 320 BGB.

⁸⁰ S. Hähnchen, *Obliegenheiten und Nebenpflichten*, Tübingen 2010; H. Tschersich, r+s 2012, 53 i dalje, „Rechtsfragen der vorvertraglichen Anzeigepflichtung und der vertraglichen Obliegenheit“; C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2013, 430 i dalje; U. Schütte, *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Frankfurt am Main 1991.

⁸¹ M. Wandt, *Versicherungsvertragsrecht*, Köln 2010, 208 i dalje.

⁸² H. Baumann, r+s 2010, 51 i dalje, „Der Streit um die Quote“; R. Heß/M. Burmann, NZV 2009, 7 i dalje, „Die Quote bei grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung – Vom Alles oder Nichts zum Mehr oder Weniger“; H. Hiort, *Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht und die Neuregelung durch die VVG-Reform*, Baden-Baden 2010; A. Kutschera, *VuR 2008*, 409 i dalje, „Quotelung bei der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles nach neuem Recht“; M. Nugel, *Kürzungsquoten nach dem VVG*, Bonn 2012; H. Schirmer, *VersR 2011*, 289 i dalje, „Offene Fragen nach dem Ende des Alles-oder-Nichts-Prinzips“.

⁸³ G. Rühl, *Obliegenheiten im Versicherungsrechtsrecht*, Tübingen 2004; Heiss u Bruck/Möller (ed.), § 28 VVG napomena 32 i dalje, fusnota 551.

Takođe se može postaviti pitanje naknade štete iz vida osiguravača. Osiguravač se dogmatski može smatrati kao oštećen tako da može po opšte privatno-pravnim normama obligacionog prava zahtjevati naknadu radi povrede dužnosti. Ovo se većinski smatra kao nedopušteno.⁸⁴

IV. Zaštita ličnih podataka potrošača

Po starim ZUO zaštita ličnih podataka nije bila normirana. Savezni ustavni sud Njemačke je u mnogim odlukama istaknuo značaj ‘osnovnog prava na informacionsko pravo samoodređenja’, člana 2. zajedno sa članom 1. Ustava.⁸⁵ Njemačka je Direktivu za zaštitu podataka 95/46/EZ implementirala putem reforme ‘Saveznog zakona za zaštitu podataka’ (‘*Bundesdatenschutzgesetz*’) 2001. godine. Saglasnost za predavanje zdravstvenih podataka na temelju ugovora o osiguranju je regulisan §§ 3, 4 a I zakona za zaštitu podataka. Savezni ustavni sud Njemačke je naročito kritično ocijenio upotrebu podataka životnog osiguranja. Zakonodavac je reagovao sa novim § 213 ZUO. Iz vida zaštite potrošača se § 213 ZUO smatra kao suviše rezervisana norma. Osiguravači tvrde da za takvu regulaciju nije postojala pravna potreba, dok su zastupnici na strani potrošača kritikovali da zaštita nije dovoljno obimna.

§ 213 ZUO ne obuhvata sve lične podatke u smislu § 3 saveznog zakona za zaštitu podataka, nego isključivo lične zdravstvene podatke. Dalje je ovom normom krug opunomoćenih osoba za podizanje ličnih zdravstvenih podataka prema § 203 ‘*Krivičnog zakona*’ (‘*Strafgesetzbuch*’) proširen. Proširenom krugu opunomoćenih pripadaju takođe zdravstvena zakonska osiguranja i državni organi.

Zakonodavac u § 213 ZUO koristi pojam prikladnost. Ovo je klasični izraz načela proporcionalnosti. Djelovanje se stavlja u odnos prema riziku. Zahtjev za podacima je proporcionalan ako je prikladan za

⁸⁴ R. Schmidt, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe 1953.

⁸⁵ Savezni ustavni sud Njemačke 23.10.2006, 1 BvR 2027/02, VersR 2006, 1669 i dalje, „*Versicherungsvertragsrecht*“; J.Schwabe, JZ 2007, 579 i dalje, „*Datenschutz im Privatversicherungsrecht*“; M. Egger, VersR 2007, 905 i dalje, „*Schweigepflichtentbindung in privater Berufsunfähigkeits- und Krankenversicherung*“.

procjenu rizika ili naknade.⁸⁶ Osiguravač mora imati pravo na podatke za sprečavanje zloupotrebe (uporedi takođe §§ 19 i dalje, 28 III 2, 39 I 2 ZUO). Saglasnost je ‚*esencijalno lično pravo*‘ (Njem. ‚*höchstpersönliches Recht*‘) osiguranika. Ovo pravo nije kongruentno sa ‚*izjavom o razrješenju obaveze šutnje*‘

(Njem. ‚*Schweigepflichtentbindungserklärung*‘) iako se može zajedno izraziti.⁸⁷ Kod maloljetnika ne odlučuje formalni kriterijum poslovne sposobnost, nego sposobnost rasuđivanja.⁸⁸ Drugačije nego po § 4 a Saveznog zakona za zaštitu podataka saglasnost se ne mora davati za svaki pojedinačni podatak nego se smatra dovoljno generalna saglasnost kod zaključenja ugovora o osiguranju.⁸⁹ Još opširnija pitanja nastaju ako se posmatra mogućnost opravdanja, da se saglasnost izjavi još prije zaključenja ugovora kao po staroj metodi police. Onda se ujedno odmah postavlja pitanje prikladnog informisanje prije zaključenja.

Zakonodavac nije jasno regulisao ko snosi troškove skupljanja, upotrebe, ispitivanja ili poništenja podataka. Izgleda da je prenošenje troskova na potrošače odobreno. Ali je Savezni ustavni sud Njemačke izrekao da važi granica neprimjerenosti.⁹⁰

⁸⁶ H.-J. Fricke, VersR 2009, 297 i dalje, ‚Die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten bei Dritten‘.

⁸⁷ W. Voit u E. R. Prölss/A. Martin, VVG, München 2010, § 213 napomena 33 i dalje.

⁸⁸ H.-J. Fricke, VersR 2009, 297 i dalje, ‚Die Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten bei Dritten‘.

⁸⁹ J. Muschner u W. Rüffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 213 napomena 28 i dalje.

⁹⁰ Savezni ustavni sud Njemačke 23.10.2006, 1 BvR 2027/02, VersR 2006, 1669 i dalje, ‚Versicherungsvertragsrecht‘.

C. Prava, obaveze i dužnosti kod zaključenja ugovora

I. Metode zaključenja ugovora u svjetlu zaštite potrošača i opštih pravnih načela

1. Savjetovanje i informisanje iz ugla načela transparentnosti i proporcionaliteta

a) § 6 ZUO, Savjetovanje po direktivi EU o posredovanju osiguranja

§ 6 ZUO⁹¹ je posljedica direktive 2002/92/EZ za posredovanje osiguranja, koja je kodificirana §§ 60 i dalje ZUO za posrednike osiguranja: to su zastupnici i brokeri. Cilj direktive je uspostavljanje jedinstvenih standarda za odobrenje i izučavanje zapošljenja posrednika za osiguranja. § 6 ZUO želi redukovati ‘snažnu diskrepanciju informacija’ (Njem. ‘erhebliches Informationsgefälle’)⁹² među osiguravačima i osiguranicima. Osiguranje je teže razumljiv proizvod koji se opisuje kao ‘pravni produkt’ (Njem. ‘Rechtsprodukt’). § 6 ZUO je izazovna norma, jer koristi neodređene pojmove i generalne klauzule.

Prema § 6 II ZUO osiguranik ima mogućnost odricanja.⁹³ U pravnoj praksi ovdje može nastati zaobilaženje normativnog *telosa* iz stava I. Odricanje se može standardizovati na način da se postavlja u opšte uslove osiguranja. Ali ako je odricanje zamišljeno kao izuzetak, onda se postavlja pitanje da li je uopšte dopuštena standardizacija.⁹⁴ Ovakvi pokušaji se moraju ispitivati po načelima §§ 305 i dalje GZ.⁹⁵ U teškim slučajevima i dalje ostaje primjenjivo opšte načelo

⁹¹ C. Armbrüster, ZVersWiss 2008, 425 i dalje, „Beratungspflichten des Versicherers nach § 6 VVG: Grundlagen, Reichweite, Rechtsfolgen“.

⁹² Th. Münkler u W. Ruffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 6 napomena 2.

⁹³ D. Blankenburg, *VersR* 2008, 1446 i dalje, „Verzicht auf Beratung und Informationsrechte nach dem neuen VVG“.

⁹⁴ K. Markwardt, *Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge*, Baden-Baden 1999.

⁹⁵ H. Baumann, *r+s* 2005, 313 i dalje, „Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung von Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen“; K. Pils, *Mißverständliche AGB*, Berlin 2010; P. Präve, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, München 1998.

‘savjesnosti i poštenja‘ (Njem. ‘Treu und Glauben’) iz § 242 GZ.⁹⁶ Konačno je odredba § 6 ZUO poludispozitivna (§ 18 ZUO). To znači da se ona ne smije izmijeniti na štetu pravnog položaja osiguranika.

Obaveza savjetovanja po § 61 ZUO važi za posrednika osiguranja prije zaključenja ugovora. Za osiguravača je ova obaveza obimnija. Ona važi prije (§ 6 I, II ZUO) kao i poslije (§ 6 IV ZUO) zaključenja ugovora. Osiguravač ostaje pravno odgovoran za savjetovanje, ne osoba koja vrši savetovanje. Djelovanje trećih osoba mu se ‘*priračunava*‘ (Njem. ‘*Zurechnung*’) kroz opšta pravila obligacionog prava (§ 278 GZ).

Razlika u odnosu na opšte informisanje osiguranika je ta da savjetovanje predstavlja izvršavanje izučavanje obaveza. Osiguravač je obavezan da savjetuje osiguranika zavisno od ‘*težine situacije*‘ (Njem. ‘*nach der Schwierigkeit*’) i po ‘*povodu*‘ (Njem. ‘*Anlass*’). Osiguravač mora procijeniti osiguranje zavisno od težine situacije i ispitivati osiguranika, ako ličnost osiguranika i njegova situacija daju povod za to. Sa neodređenim pojmom ‘povoda’ zakonodavac je izazvao razna pitanja u praksi osiguranja. Da li mora osiguravač prepoznati ili analizirati da li postoji povod?⁹⁷ Šta je ukoliko povod nije bio prepoznatljiv ili prepoznatljiv, ali ne prepoznat?

Drugi izazovni pojam je ‘težina osiguranja’. Ovdje se postavlja pitanje da li je savjetovanje bespotrebno ukoliko osiguranik posjeduje posebno znanje? Dalje se postavljaju pitanja da li obaveze informisanja međusobno utiču jedna na drugu ili se suspenduju? Većinski se zastupa mišljenje da kao mjerilo služi prosječni osiguranik.⁹⁸ Osiguravač je pored savjetovanja (§ 6 ZUO) obavezan da informiše osiguranika po § 7 I ZUO i da isporuči posebne informacije o proizvodu prema uredbi o informisanju o zakonu o ugovorima o osiguranju (§ 7 II ZUO). Ali je savjetovanje individualno primanje i davanje informacija. Ono pored

⁹⁶ J. Prölss u E. Prölss/A. Martin, *VVG*, München 2010, Vorbem. II napomena 8 i dalje; D. Looschelders u D. Looschelders/P. Pohlmann (ed.), *VVG*, Köln 2011, Vorbem. A napomena 66 i dalje.

⁹⁷ P. Pohlmann u D. Looschelders/P. Pohlmann (ed.), *VVG*, Köln 2011, § 6 napomena 36 i dalje.

⁹⁸ M. Ebers u H.-P. Schwintowski/Ch. Brömmelmeyer (ed.), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, Münster 2008, § 6 napomena 15; J. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), München 2010, § 6 napomena 6.

pripremljenih informacija obuhvata okolnosti osiguranja i karakteristika proizvoda. Životna i zdravstvena osiguranja često zahtijevaju posebno tehničko, finansijsko ili ekonomsko znanje. Procjena rizika za proizvod jače zavisi od individualnih preduslova. Primarno pitanje potrebe savjetovanja dovodi do sekundarnog pitanja obima savjetovanja i tercijarno do pitanja dokaza i dokumentacije. § 6 I ZUO zahtijeva da se za svaki savjet navedu razlozi koji su dati. Sistematsko tumačenje §§ 6, 7 ZUO ukazuju na vremensku razliku. Dok § 7 ZUO zahtijeva blagovremeno informisanje prije zaključenja ugovora, § 6 ZUO samo govori o savjetovanju prije zaključenja ugovora.⁹⁹

§ 6 V ZUO obavezuje osiguravača na naknadu štete ako povrijedi obaveze iz § 6 ZUO. Ovo pravo na naknadu je nezavisno od zaključenja ugovora. Ukoliko osiguranik nema pravo naknade štete po § 6 V ZUO, preostaju opšte pravne podloge obligacionog prava *culpa in contrahendo* i pozitivna povreda ugovora po §§ 280 I, 311 II, 241 II GZ.¹⁰⁰ Za obrazloženje povrede kriteriji iz § 6 I ZUO su od ključnog značaja. Teret dokaza snosi osiguranik. Ali osiguravač mora navedene dokaze ‘*supstancijelno otkloniti*’ (‘*substantiiert bestreiten*’)¹⁰¹. Krivica osiguravača se po § 6 V 2 ZUO ‘*pretpostavlja*’ (Njem- ‘*vermutet*’).

⁹⁹ W. Römer, *VersR* 2006, 743, „Zu ausgewählten Problemen der VVG-Reform nach dem Reformentwurf vom 13. März 2006 (Teil I)“.

¹⁰⁰ E. B. Franz, *VersR* 2008, 300, „Das Versicherungsvertragsrecht im neuen Gewand,

¹⁰¹ Th. Münkel, *VersR* 8/2010, „Beratungspflicht des Versicherers bei konkretem Versicherungswunsch“.

b) § 7 I ZUO, Informisanje poslije reforme obligacionog prava

aa) § 7 I ZUO, Informisanje

aaa) Tumačenje preduslova

§ 7 ZUO počiva na osnovi § 312 c I GZ. § 7 ZUO popriječuje osiguravače od dalje primjene metode police za zaključenje ugovora.¹⁰² Cilj zakonodavca je unapređivanje načela transparentnosti koje treba potrošača onesposobiti da slobodno donese svoju odluku.

Osiguravač svoje obaveze informisanja mora ispuniti u trenutku kada osiguranik daje izjavu za zaključenje ugovora, ne tek kada se ugovor zaključuje. Ovo svakako ne bi bilo blagovremeno informisanje.¹⁰³ Pojam izjave o ugovoru je opširan. Time su sve izjave obuhvaćene koje dopunjavaju ili izmjenjaju ugovor. Ovom ekstenzivnom tumačenju se prilagođavaju obaveze informisanja. Osiguravač samo snosi obavezu u okviru dopune ili izmjene.

Teško određiv preduslov je blagovremenost informisanja. Blagovremenost se apstraktno ispituje u smislu primjerenosti za potrošača, da bi se potrošači zaštitili od prebrzih ili manjkavih odluka.¹⁰⁴ Ovaj neodređeni pojam nije legalno definisan, nego se određuje tumačenjem raznim kriterijama. Ovdje se mogu odmjeravati kriteriji iz § 6 ZUO: Vrsta osiguranja, okolnosti ugovora, kompleksnost proizvoda, potrebe i znanje osiguranika, etc.¹⁰⁵

¹⁰² Ch. Brömmelmeyer, *VersR* 2009, 584 i dalje, „Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers – insbesondere in der Lebensversicherung“; W. Römer, *VersR* 2007, 618 i dalje, „Zu den Informationspflichten nach dem neuen VVG – Ein Vorblatt zu den AVB oder: weniger ist mehr“.

¹⁰³ P. Schimikowski u W. Ruffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 7 napomena 3 i dalje; K. Leverenz u E. Lorenz (ed.), *Vertragsabschluss nach der VVG-Reform*, Karlsruhe 2008, 24 i dalje; J. Prölls u E. R. Prölls/A. Martin (ed.), *VVG*, München 2010, § 7 napomena 7 i dalje.

¹⁰⁴ A. Fuchs, *ZIP* 2000, 1276 i dalje, „Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzes“.

¹⁰⁵ P. Schimikowski, *r+s* 2007, 133 i dalje, „VVG-Reform“: „Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers und das Rechtzeitigkeitserfordernis“; S. Kamanabrou, *WM* 2000, 1423, „Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie“.

Po § 7 I 3 ZUO osiguranik se može odreći informacija po § 7 I ZUO.¹⁰⁶ Analogno § 6 III ZUO ovdje nastaje mogućnost zaobilaženja zakonske svrhe. § 7 I 3 ZUO je predviđen kao izuzetak od principa zaštite potrošača.¹⁰⁷ Ukoliko osiguravači standardizuju odricanje u opštim uslovima osiguranja ovaj odnos se preokreće. Opšti uslovi osiguranja se onda ispituju po §§ 305 i dalje, 242 GZ.¹⁰⁸ Dalje se ovdje prepoznaje uticaj javnog na privatno pravo. § 81 zakona o nadzoru osiguranja odobrava državi postupanje protiv osiguravača ukoliko nastaju takvi standardi.¹⁰⁹

bbb) Posljedice povrede

Osiguranik ima pravo na opoziv poslije zaključenja ugovora.¹¹⁰ Ali ovaj rok po § 8 II ZUO ne počinje da teče, prije nego sto osiguranik nije primio sve informacije po § 7 ZUO.¹¹¹ Zato se ovo pravo u literaturi opisuje kao ‘*vječito pravo opziva*’ (Njem. ‘*ewiges Widerrufsrecht*’)¹¹².

§ 7 ZUO se tumači kao odredba za zaštitu potrošača. Kod povrjede ovakve norme osiguranik ima pravo na suzdržavanje § 2 UKlaG, Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (paralelno po §§ 8, 3 UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), ukoliko osiguravač npr. ne dostavi informacije, ne dostavlja

¹⁰⁶Ch. Brömmelmeyer, *VersR 2009*, 584 i dalje, „Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers – insbesondere in der Lebensversicherung“; C. Kins, u M. Wandt/C. Laux (ed.), *Der Abschluss des Versicherungsvertrags*, Karlsruhe 2010, 349 i dalje.

¹⁰⁷P. Albrecht/H.-J. Bartels/O. Brand (ed.), *Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen von Solvency II*, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft, Karlsruhe 2012.

¹⁰⁸K. Leverenz u E. Lorenz (ed.), *Vertragsabschluss nach der VVG-Reform*, Karlsruhe 2008, 76; E. B. Franz, *VersR 2008*, 300, „Das Versicherungsvertragsrecht im neuen Gewand“; C. Kins, u M. Wandt/C. Laux (ed.), *Der Abschluss des Versicherungsvertrags*, Karlsruhe 2010, 355 i dalje; drugačije D. Blankenburg, *VersR 2008*, 1446 i dalje, „Verzicht auf Beratung und Informationsrechte nach dem neuen VVG“; P. Ulmer/H. E. Brandner/H.-D. Hensen/H. Schmidt (ed.), *Kommentar zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Köln 1997.

¹⁰⁹Kritično W. Römer, *VersR 2006*, 742, „Zu ausgewählten Problemen der VVG-Reform nach dem Referentenentwurf vom 13. März 2006 (Teil I)“.

¹¹⁰C. Armbrüster, *r+s 2008*, 493 i dalje, „Das allgemeine Widerrufsrecht im neuen VVG“.

¹¹¹H. Dörner/A. Staudinger, *WM 2006*, 1713 i dalje, „Kritische Bemerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts“.

¹¹²C. Armbrüster, *VersR 2012*, 513 i dalje, „Ewige“ Widerrufsrechte und ihre Rechtsfolgen“.

informacije blagovremeno ili standardno se služi odricanjem prava na informisanje.¹¹³

Nije jasno da li osiguranik ima pravo na naknadu štete.¹¹⁴ Ovakvo pravo se može oslanjati na opšte osnove iz obligacionog prava prema § 280 GZ. Konkretno pravo na naknadu štete nastaje iz §§ 9, 10 UWG u slučaju § 3 UWG.

Konacne postoje javnopravne posljedice. Ukoliko povreda § 7 ZUO predstavlja zloupotrebu u smislu § 81 ZNO, država je opunomoćena da poduzima nadzorne mjere.

bb) § 7 II ZUO, Uredba informisanja o zakonu o ugovorima o osiguranju (UI-ZUO)

UI-ZUO prati harmonizacija obaveza infomisanja za sve pristupe osiguravača prema osiguranim.¹¹⁵ Prema UI-ZUO i načelu transparentnosti moraju se prikazati pojedini elementi troškova iz kojih se premija sastoji. Pored troškova zaključenja ugovora to su ostali troškovi kao jedinstveni troškovi ili troškovi iz posebnog povoda.

Prema§ 4 UI-ZUO osiguranici moraju primiti dokument sa ‘*informacijama o proizvodu*’ (Njem. ‘*Produktinformationsblatt*’). To su, pored pravnih informacija, stvarne informacije o osiguranju.

2. Metode police, zahtjeva i *invitatio*

Od trenutka zaključenja ugovora zavise esencijalna prava potrošača.¹¹⁶ Po klasičnom razumijevanju ugovornici moraju biti saglasni šta se tiče *essentialia negotii*. Po načelu transparentnosti potrošač treba biti svjestan svih značajnih informacija da bi svjesno mogao zaključiti ugovor. U dogmatici prava osiguranja se zastupaju različiti stavovi u

¹¹³ H. Hoffmann, ZIP 2005, 834, „Spezielle Informationspflichten im BGB und ihre Sanktionierung“.

¹¹⁴ H. Dörner/A. Staudinger, WM 2006, 1713 i dalje, „Kritische Bemerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts“; H. Hoffmann, ZIP 2005, 836, „Spezielle Informationspflichten im BGB und ihre Sanktionierung“.

¹¹⁵ P. Präve, VersR 2008, 151 i dalje, „Die VVG-Informationspflichtenverordnung“.

¹¹⁶ C. Kins, u M. Wandt/C. Laux (ed.), *Der Abschluss des Versicherungsvertrags*, Karlsruhe 2010; K. Leverenz u E. Lorenz (ed.), *Vertragsabschluss nach der VVG-Reform*, Karlsruhe 2008; H. Stockmeier, VersR 2008, 717 i dalje, „Das Vertragsabschlussverfahren nach neuem VVG“.

kojem trenutku se zaključuje ugovor.¹¹⁷ Grubo se ovi stavovi mogu podijeliti na metode police, zahtjeva i *invitatio(ad offerendum)*.¹¹⁸

Kod metode police osiguranik postavlja zahtjev. Ukoliko osiguranje pozitivno odgovori nastaje ugovor. Osiguranik često prima ostale informacije i uslove ugovora zajedno sa policom. Ali prema novom članu 7 I ZUO osiguranik mora primiti informacije blagovremeno prije zaključenja ugovora.¹¹⁹ Time metoda police koja je važila 100 godina nije više dopuštena. Nije dovoljno da se potrošaču prepuštaju uslovi, nego da potrošač na vrijeme može razumjeti uslove. Utoliko postoji protivrječnost sa modelom police.¹²⁰ Po starom zakonu o osiguranju do 2008. godine osiguranik je imao od trenutka primanja police pravo na opoziv u roku od 14 dana, ali maksimalno godinu dana poslije plaćanja prve premije. Po starom pravu je rok od godinu dana takođe istekao kada osiguranik ostale uslove nije uopšte primio. Rok je bio fiksiran ne obazirajući se na obaveze osiguravača i zaštitu potrošača. Po novom ZOU rokovi započinju tek kada potrošač primi sve informacije. Prema § 8 II ZUO rok za opoziv ne započinje ukoliko osiguraniku nisu dostavljeni svi uslovi (to znači svaki). Zaštita potrošača u pravu osiguranja je time obimnija nego u obligacionom pravu po građanskom zakoniku (§ 355 II GZ). U ovom smislu osiguranik ima 'vječito pravo opoziva', jer ono ne zastarijeva ako nije nikada započelo.

kljnhjoholholuhgdalje, „Zum Abschluss des Versicherungsvertrages – Alternativen zum Antragsmodell?“, B. Honsell, *VW 2007*, 359 i dalje, „Vertreterdirekteingabe nach Abschaffung des Policenmodells“, H. Baumann, *VW 2007*, 1955 i dalje, „Es gibt den dritten Weg – Ein zusätzliches Vertragsmodell für das neue VVG“.

¹¹⁸ U. Spuhl u S. Marlow/U. Spuhl (ed.), *Das neue VVG, Karlsruhe 2010*, 19 i dalje; H. Schirmer/H.-L. Sandkühler, *ZfV 2007*, 771 i dalje, „VVG-Reform: Vertragsschlussmodelle und ihre Bedeutung für das Maklergeschäft“, J. Basedow/T. Fock, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I, Tübingen 2002*, 15 i dalje; P. Schimikowski, *VW 2007*, 715 i dalje, „Vertragsschluss nach der Invitatio-Lösung und das neue VVG“.

¹¹⁹ H. Schirmer/H.-L. Sandkühler, *ZfV 2007*, 771 i dalje, „VVG-Reform: Vertragsschlussmodelle und ihre Bedeutung für das Maklergeschäft“, K. Leverenz u E. Lorenz (ed.), *Vertragsabschluss nach der VVG-Reform, Karlsruhe 2008*, napomena 3/60.

¹²⁰ W. Römer, *VersR 2006*, 740 i dalje, „Zu ausgewählten Problemen der VVG-Reform nach dem Reformentwurf vom 13. März 2006 (Teil I)“, drugačije K. Leverenz u E. Lorenz (ed.), *Vertragsabschluss nach der VVG-Reform, Karlsruhe 2008*, napomena 3/92-94.

Metoda zahtjeva i *invitatio* se prema metodi police mogu uskladiti sa § 7 I ZUO ukoliko se osiguranik blagovremeno informiše.¹²¹ Kod metode zahtjeva osiguranik prima informacije prije postavljanja zahtjeva. Kod metode *invitatio* ugovor se može dosta kasnije zaključiti čime je ujedno trenutak zaštite u pitanju.¹²² Osiguranik zahtjevom samo izjašnjava *invitatio ad offerendum*.¹²³ Poslije *invitatio* izostaje zahtjev osiguravača koji osiguranik napokon mora prihvatiti. U državama članicama EU zastupaju se razni stavovi. Dok se pojedinačno svaki zahtjev osiguravača smatra kao dovoljan, u pojedinim pravnim sistemima je isporučenje police preduslov da bi osiguranik mogao pristati na ugovor. Osiguranik zahtjev može konkludentno iskazati plaćanjem prve premije.¹²⁴ Radi kompleksnosti i dugotrajnosti zaključenja postoje sumnje u praktičnost modela *invitatio*.¹²⁵ U Francuskoj se zbog zaštite potrošača zahtijeva da osiguranik mora primiti zahtjev sa svim *essentialia negotii*.¹²⁶ Po tome osiguranik samo može donijeti odluku o zahtjevu koji sadrži sve osnovne informacije uključujući izračunatu premiju. Zakonodavac u Belgiji i Luksemburgu je još zahtjevniji.¹²⁷ Ovdje tek izrađena polica predstavlja zahtjev koji osiguranik može potpisati da bi izjasnio saglasnost.

Od zaključenja ugovora se mora razlikovati početak zaštite. U Njemačkoj, nezavisno od ugovorne volje stranaka, zaštita osiguranja

¹²¹ P. Schimikowski u W. Rüffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 7 napomena 2; Ch. Brömmelmeyer u Rüffer/Halbach/Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 1 napomena 45 i dalje.

¹²² E. Gaul, *VersR* 2007, 21 i dalje, „Zum Abschluss des Versicherungsvertrages – Alternativen zum Antragsmodell?"; P. Schimikowski, *VW* 2007, 715 i dalje, „Vertragsschluss nach der Invitatio-Lösung und das neue VVG“.

¹²³ P. Schimikowski, *VW* 2007, 715 i dalje; D. Klimke, *VersR* 2011, 1244 i dalje, „Analoge Anwendung des § 5 VVG bei Vertragsschlüssen nach dem *Invitatio-Modell*“.

¹²⁴ K. Leverenz u E. Lorenz (ed.), *Vertragsabschluss nach der VVG-Reform*, Karlsruhe 2008, napomena 4/42,78.

¹²⁵ Pregled kod Ch. Brömmelmeyer u W. Rüffer/D. Halbach/P. Schimikowski (ed.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden 2011, § 1 napomena 54 i dalje.

¹²⁶ S. Völker u J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, „Frankreich“, 466.

¹²⁷ T. Fock u J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, „Belgija“, 237 i dalje; S. Völker u J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, „Luxemburg“, 766 i dalje.

počinje tek plaćanjem prve premije.¹²⁸ Dodatno osiguranik snosi odgovornost za uspješnu uplatu premije kod osiguravača. Slično se u Belgiji praktikuje početak zaštite plaćanjem prve premije. Ali ovo nije normativno regulisano tako da ugovornim stranama preostaje mogućnost da početak zaštite individualno ugovore.¹²⁹

II. Dogmatski uticaj ugovornog roka na ostale pravne institute

1. Kraći rokovi izučavanja prava i subjektivni element definicije ostvarivanja prava

Pojedini rokovi izučavanja prava potrošača su prošireni. Osiguranik ima pravo na raskid ugovora umjesto poslije pet, sada poslije tri godina trajanja ugovora. Pravo otkaza poslije tri godine je Komisija EU predvidjela već 1979. u prijedlogu direktive za harmonizaciju prava osiguranja.¹³⁰ Dalje, zahtjevi ne zastarijevaju više poslije dvije, nego poslije tri godine. Time se na zastaru primjenjuju opšta civilna prava prema § 195 i dalje GZ. Ključni element time nije sam rok, nego početak roka, koji se određuje po objektivnom i subjektivnom vidu.

2. Dejstvo rokova u raznim pravnim kulturama zavisno od kratko- i dugotrajnost ugovora

Rokovi imaju dublji dogmatski značaj za ugovorna prava.¹³¹ Kod kratkotrajnih ugovora su prava na opoziv, obaveze povećanja rizika, informisanja i savjetovanja često jednostavnija, jer se ugovornici brže mogu razdvojiti.¹³² Kod dugotrajnih ugovora zakonodavci pružaju

¹²⁸ U. Spuhl u S. Marlow/U. Spuhl (ed.), *Das neue VVG*, Karlsruhe 2010, 190 i dalje; M. Wandt/B. Ganster, *VersR* 2007, 1034 i dalje, *Zur Harmonisierung von Versicherungsbeginn und Prämienfälligkeit durch AVB im Rahmen des VVG 2008*“.

¹²⁹ T. Fock u J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, „Belgija“, 237 i dalje; uporedi M. Wandt/B. Ganster, *VersR* 2007, 1034 i dalje, „Zur Harmonisierung von Versicherungsbeginn und Prämienfälligkeit durch AVB im Rahmen des VVG 2008“.

¹³⁰ J. Muschner/D. H. Wendt, *MDR 2008*, 317 i dalje, „Die Verjährung im Versicherungsvertragsrecht“; R. Steinbeck/H. Schmitz-Elvenich, *VW* 2009, 1251 i dalje, „Die vorzeitige Kündigung mehrjähriger Altverträge im Meinungsstreit“.

¹³¹ F. Reichert-Facilides u U. Hübner/E. Helten/P. Albrecht (ed.), *Recht und Ökonomie der Versicherung, Festschrift für E. Lorenz zum 60. Geburtstag*, Karlsruhe 1994, „Lang- und Kurzfristigkeit von Versicherungsverträgen: Rechtsvergleichende Anmerkungen“; J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I*, Tübingen 2002, 119 i dalje.

¹³² K. S. Kühnle, *Bindung an den Versicherungsvertrag*, Baden-Baden 1998.

moćnosti promjene ili raskida ugovora. To potvrđuje komparativni pogled u pravne sisteme država članica Evropske unije.¹³³ Npr. u Francuskoj i Luksemburgu je moguće ugovore o osiguranju godišnje otkazati, nezavisno da li se radi o kratko- ili dugotrajnim ugovorima. Države sa liberalnim shvatanjem često predviđaju jednogodišnje ugovore, tako da ugovornici poslije godinu dana sa novim ugovorom mogu reagovati na tržišne ili pravne promijene. Osiguravači su često usmjereni na dugotrajnije ugovore, jer se riziko jedanput procjenjuje i osiguravač dugotrajnije može računati ulaganjem kapitala.

Sukcesivno pitanje kod rokova je, da li se ugovori samostalno produžavaju. Dogmatski nastaje pitanje da li se kod samostalnog produženja ugovora 'novi' ugovor kvalifikuje kao novo zaključenje ili produženje starog ugovora po tadašnjim uslovima? Je li potrebna ili moguća nova procjena rizika i premije? Da li se obaveze savjetovanja i informisanja moraju izučavati iznova ili prilagođeno novim okolnostima? Time se plaćanje slijedeće premije može smatrati kao opšta premija ili prva premija sa strožijim posljedicama.

D. Nadzor osiguranja kao posredni instrument zaštite potrošača

Pravo nadzora osiguranja je dio javno-ekonomskog prava.¹³⁴ Nadzorne odredbe ograničavaju liberalno tržišno shvatanje i načelo privatne autonomije.¹³⁵ Zaonodavac sve intenzivnije zahtijeva saopštenja o upotrebi kapitala, povećanje sopstvenog udjela kapitala i menadžment

¹³³ H. Müller, *Versicherungsbinnenmarkt*, Die europäische Integration im Versicherungswesen, München 1995; F. Reichert-Facilides/A. K. Schnyder (ed.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, Basel 2000; J. Basedow/T. Fock (ed.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht I, II, III*, Tübingen 2002.

¹³⁴ H. Müller, *Versicherungsbinnenmarkt*, München 1995, 344 i dalje; E. Lorenz u R. M. Beckmann/A. Matusche-Beckmann (ed.), *Versicherungsrechtshandbuch*, München 2009, § 1 napomena 35 i dalje; D. Kaulbach/P. Pohlmann u D. Kaulbach/G. W. Bähr/P. Pohlmann/J. Bürkle/S. Göertz (ed.), *VAG*, München 2012, Vor. § 1.

¹³⁵ X. Ernst u D. Looschelders/L. Michael (ed.), *Rechtsstaatlichkeit im Versicherungsaufsichtsrecht*, Karlsruhe 2013; C. Armbrüster, *ZVersWiss* 2011, 639 i dalje, „Auswirkungen der Neuregelungen im Versicherungsaufsichtsrecht auf das Gesellschaftsrecht“.

rizika.¹³⁶ Zakonodavci povećavaju uslove za vodeće organe i osobe kao predsjedništvo i savjet.¹³⁷ Cilj nadzora je da osiguravač bude sposoban da u svakom trenutku isplati naknadu štete.¹³⁸

Sa direktivama *Basel* EU je postavila temelje za harmonizaciju finansijskih struktura.¹³⁹ Sa direktivama *Solvency* je ovo razumijevanje prošireno na osiguranja. Nadzor osiguranja je arhitektonski razdijeljen na tri stuba. Prvi stub obuhvata kvantitativne kriterije sopstvenog kapitala. Stub dva se sastoji iz kvalitativnih kriterija koji su usmjereni na *governance* osiguravačkih kompanija i njihov menadžment rizika.¹⁴⁰ Treći stub osnažuje načelo transparentnosti, obaveze saopštenja i izvještavanja. Dogmatski se kod *Solvency II* prepoznaje zakonodavski ‘*pristup na podlozi načela*’ (Njem. ‘*prinzipienbasierter Ansatz*’) i ‘*neodređenih pravnih pojmova*’ (Njem. ‘*unbestimmte Rechtsbegriffe*’). Time se zahtijeva znanje o opštim pravnim načelima i metodama tumačenja.

Iz ZNO se mogu istaknuti odredbe o odobrenju (§§ 5 i dalje)¹⁴¹, o opštim ugovornim uslovima (§ 10 i dalje), tekućem pravnom i finansijskom nadzoru (§§ 81 i dalje). Osiguravači se ne smiju baviti poslovima koji ‘*ne pripadaju oblasti osiguranja*’ (Njem. ‘*versicherungsfremde Geschäfte*’), § 7 II ZNO.¹⁴² Generalna klauzula 81 i dalje ZNO služi nadzoru osiguravača poslije odobrenja. Ovdje se prepoznaje volja zakonodavca da tržište ne prepusti otvorenoj igri snaga. Generalne klauzule 81 i dalje ZNO se opisuju kao najvažnije odredbe

¹³⁶ J. Bürkle, *VersR* 2009, 866 i dalje, „Die rechtlichen Auswirkungen der MARiskVA auf die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen“; M. Dreher, *VersR* 2008, 998 i dalje, „Das Risikomanagement nach § 64 a VAG und Solvency II“.

¹³⁷ M. Dreher, *VersR* 2012, 1061 i dalje, „Die aufsichtsbehördliche Kontrolle der Inhaber von Schlüsselfunktionen nach Solvency II und künftigem VAG“.

¹³⁸ C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen 2013, 8.

¹³⁹ B. Egbers, *Die Solvabilitätsvorschriften im Banken- und Versicherungsrecht*, Frankfurt am Main 2002; G. Winter, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Karlsruhe 2007; A. K. Schnyder, *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, Heidelberg 2005.

¹⁴⁰ M. Dreher/M. Lange, *Die Vollharmonisierung der Versicherungsaufsicht durch Solvency II*, *VersR* 2011, 825 i dalje; M. Zöbisch u E. Helten/A. Richter (ed.), *Solvency II*, Karlsruhe 2009.

¹⁴¹ Th. Langheid/J. Grote u Th. Langheid/M. Wandt (ed.), *Systematische Einführung in das Aufsichtsrecht*, München 2010, 121 i dalje.

¹⁴² P. Präve u Th. Bielefeld/S. Marlow (ed.), *Ein Leben mit der Versicherungswissenschaft, Festschrift für H. Schirmer*, Karlsruhe 2005, 489 i dalje.

ZNO.¹⁴³ Po § 81 I 4 ZNO država takođe ispituje da li se osiguravači pridržavaju svojih ‘poslovnih planova’ (Njem. ‘Geschäftsplan’)¹⁴⁴. Biznis kraj strateških odluka obuhvata investicije, solventnost, knjigovodstva, budžet i ‘sistem unutrašnje kontrole’ (Njem. ‘internes Kontrollsystem’), § 81 I 5 ZNO. Nadalje država ima pravo da nadzire opšte uslove ugovora, iako ih više ne smije preventivno odobravati.

Za nadzor je zadužena ‘Državna institucija za nadzor finansijskih usluga’ (‘Bundesanstalt für die Aufsicht von Finanzdienstleistungen’)¹⁴⁵. Nadzor finansijskih instituta je sve jače određen Evropskim pravom. Paralelno uz nadzorne institucije država članica su ojačana prava EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority)^{146, 147}. Po § 81 I 2 ZNO ova institucija štiti interese osiguranih. Pojedine mogućnosti ili obaveze zaštite potrošača nisu jasno riješene u ZNO. Tako se postavlja pitanje da li je država obavezana da informiše potrošače kada sazna o značajnim informacijama.¹⁴⁸

¹⁴³ G. W. Bähr u U. Fahr/D. Kaulbach/G. W. Bähr (ed.), *Versicherungsaufsichtsgesetz*, München 2007, § 81 VAG.

¹⁴⁴ J. Prölss u E. Prölss/A. Martin (ed.), *VVG*, München 2010, Vorbem. I napomena 145; D. Kaulbach u G. W. Bähr (ed.), *VAG*, München 2011, § 2 napomena 15 i dalje.

¹⁴⁵ M. Fricke, *NVersZ* 2002, 337 i dalje, „Versicherungsaufsicht unter dem Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht“.

¹⁴⁶ N. Sasserath-Alberti/H. Hartig, *VersR* 2012, 524 i dalje, „EIOPA Verordnung: Rechtliche Herausforderungen für die Praxis“.

¹⁴⁷ J. Goldmann/K. P. Purnhagen, *VersR* 1012, 29 i dalje, „EIOPA – Die neue europäische Versicherungsaufsicht“.

¹⁴⁸ J. Bürkle, *DStR* 2006, 910 i dalje, „Behördliche Anordnungspflicht und Strafbarkeit wegen unterlassener Information durch Lebensversicherungsunternehmen?“, drugačije P. Schwintowski, *DStR* 2006, 429 i dalje, „Lebensversicherung – quo vadis?“.

REZIME

Vrste osiguranja su karakterizovana raznim rizikama. Životna ili zdravstvena osiguranja zahtijevaju individualnu procjenu rizika, dok se drugi rizici mogu standardno procijenjivati. Zato se mogu zahtijevati različite premije i nuditi razne naknade štete. Ovaj individualni obim proizvoda osiguranja određenu naknadu štete. Dalje usluge ili modifikacije uslova su individualni elementi. Ali osiguranje uglavnom ostaje osiguranje. Essentiali negotii su premija i naknada štete. Cilj ravnoteže snaga se sklapa sa ciljevima zaštite potrošača. Sigurno pravne osnove ne mogu regulisati ekonomske zahtjeve i ponude u idealnom smislu. Da bi se postiglo što optimalnije izjednačenje snaga u tržištu načela transparentnosti i proporcionaliteta pružaju podloge koje služe svima.

Na prvi pogled je zaštita potrošača u njemačkom privatnom pravu osiguranja osnažena. Ali pogled u pravne sisteme drugih država članica ukazuje na razne mogućnost regulacije, na širu liberalnost kao intenzivniju zaštitu potrošača. Pravni instituti zavise od pravne kulture, načina zaključenja ugovora i ugovornih rokova. Tako se mogu objasniti razlike u pravu na opoziv ili otkaz, na plaćanje premije ili naknadu ili na zastaru prava. Primjetno zakonodavac putem načela transparentnosti, obaveza savjetovanja i informisanja želi izjednačiti razlike u nivou znanja. Sumnjivo je da li se time može postići ravnopravnost snaga. Cilj razumnog, profesionalnog potrošača je već izazovan. Mogućnost individualnog pregovaranja uslova osiguranja kao odricanja prava otvara mogućnost zloupotrijebe. Krajnji rizik ‘*information overload*’ može naprotiv načela transparentnosti poremetiti potrošače ili dovesti do protivriječne reakcije. Odlučujuće pitanje će biti, kako se informacije mogu uporediti i ispitati. Dodatna administracija, konsultacija i troškovi mogu negativno uticati na transparentnost i premije.

Jedno je jasno: Privatno pravo osiguranja postaje ukupno izazovnije. Privatno pravo se više ne može posmatrati iz jednog ugla. Prosto pozivanje na načelo privatne autonomije dostiže svoje granice, jer javno pravo postavlja osnove i granice koje utiču na privatno pravo. Liberalizacija tržišta i osiguravanje individualnih interesa nisu protivni ciljevi, nego zahtijevaju ispitivanje pravnih položaja u velikoj matrici

interesa svih aktera. Ispitivanje opštih pravnih načela kao transparentnosti i proporcionaliteta zahtijeva širi pristup. Više nije dovoljno znanje nacionalnog prava, jer EU sa svojim direktivama u sektoru finansija postavlja nova mjerila, iako ograničene kompetencije trenutno ne dozvoljavaju intenzivniju harmonizaciju ugovornog prava. Heterogenitet pravnih sistema kao sličnost raznih odredbi ukazuje na nepotreban obim pozitivnog prava. Sa Evropskim pravom su nastala specifična načela nadređenosti, lojaliteta ili *effet utile*. Ova supranacionalna dimenzija prava zahtijeva poznavanje metoda tumačenja, naročito u skladu sa primarnim pravom.

STÄRKUNG DER RECHTSSTELLUNG DES VERBRAUCHERS IM DEUTSCHEN VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHT ?

ZUSAMMENFASSUNG

Der deutsche Gesetzgeber benötigte 100 Jahre, um das VVG nach hundertjährigem Bestehen zu reformieren. Diese Kontinuität wirft im Blick auf den Verbraucherschutz einige Fragen zu den divergierenden Marktpositionen auf. Während die Versicherer mit ihren Kalkulationen faktisch das Risikomanagement steuern, erhalten die Verbraucher lediglich die nach außen dringenden Informationen. Einen normativen Hinweis auf die Eigenständigkeit der Versicherungsmaterie geben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die neben der originären Vertragsvereinbarung wesentlich Pflichten und Ansprüche bestimmen. Die Versicherer berufen sich hierbei auf das Zivilrecht und privatrechtliche Grundsätze wie die Vertragsautonomie. Inzwischen wird jedoch immer deutlicher, dass ein isoliertes Verständnis nicht angemessen sein kann, da das Privatrecht mit dem öffentlichen Recht verbunden ist.

Diese Verbindungen werden immer wechselseitiger, da neben dem nationalen Recht das Europäische Recht immer mehr Bedingungen setzt. Das Europäische Recht war der Initiator der letzten umfassenden Schuldrechtsreform im deutschen Zivilrecht. Erst danach erfolgte dann als *lex specialis* das Versicherungsvertragsrecht, das trotz einzelner Anlehnungen eine Spezialmaterie geblieben ist. Vor allem mit Richtlinien durchdringt die EU das Banken- und Versicherungswesen. Der Harmonisierungsgrad ist durch die begrenzten Kompetenzen der EU in diesen Bereichen beschränkt. Die Heterogenität der staatlichen Rechtssysteme sowie die Gemeinsamkeiten zeigen jedoch auf, dass der einzelstaatliche Umfang der positiven Versicherungsregelungen extensiv ist. Mit dem Recht der Europäischen Union sind zudem spezifische Grundsätze entstanden wie der Vorrang des Primär- und Sekundärrechts, der Loyalitätsgrundsatz oder das *effet utile*-Prinzip. Diese supranationale Dimension erfordert vertiefte Kenntnisse in der Rechtsdogmatik wie den Methoden der Auslegung im Einklang mit vorrangigem Recht.

Das öffentliche Recht mit seinen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Transparenz stellt differenzierte Anforderungen

an das Versicherungsvertragsrecht. Der Gesetzgeber hat diese Grundsätze im neuen VVG gerade durch Informations- und Beratungspflichten umgesetzt, um dem Verbraucher eine Rechtsposition zu verschaffen, die vernünftige, selbstbestimmte Verbraucherentscheidungen ermöglicht. Bereits beim Verbraucherleitbild entstehen Abweichungen, da der EuGH von einem anderen Leitbild ausgeht als die Mitgliedstaaten. Entscheidend wird die grundlegende Erfolgsfrage sein, ob der Verbraucher die Quantität und Qualität der Informationen verarbeiten kann. Der Transparenzgrundsatz kann wenn er überdehnt wird gegenteilige Wirkungen hervorrufen. Der Verbraucher wird von der Menge derart überwältigt, dass Administration und Unübersichtlichkeit das Geschehen beherrschen (sog. information overload und Datenqualität).

Infolge der aufgeführten Reformanstöße sind im Versicherungsvertragsgesetz die Informationsrechte deutlich gesteigert worden. Dies ist auch an der neuen Informationsverordnung zu erkennen. Weit greifende Tatbestandsvoraussetzungen lösen Beratungspflichten aus. Das sog. Prinzip 'Alles oder Nichts' ist durch den Verhältnismäßigkeitsgedanken ersetzt worden. Dies erfordert bei der Bewertung der Verantwortlichkeiten eine mehrfache Differenzierung des Verschuldens. In diesem Artikel werden einige entscheidende Entwicklungen aufgezeigt, Hintergründe und Wechselwirkungen. Für eine kohärente Anwendung des Versicherungsvertragsrechts ist es erforderlich, die dogmatische Struktur des Versicherungsrechts zu verstehen. Das gilt gerade in einem ökonomisch so bedeutsamen Handlungsfeld, das auf mathematisch-statistischen Kalkulationen beruht. Die Rechtswissenschaft ist hier mit Querschnittsmaterien und Eigeninteressen konfrontiert.

Schlüsselbegriffe: Versicherungsvertragsgesetz; Versicherungsaufsichtsgesetz; Europäisches Recht; Privatrecht; öffentliches Recht; Rechtsdogmatik; Auslegungsmethoden; Grundsatz 'Alles oder Nichts'; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Transparenzgrundsatz; Informationspflichten; Beratungspflichten; persönliche Daten; Pflichten; Obliegenheiten; Synallagma; Vertragsdauer; Risikomanagement.