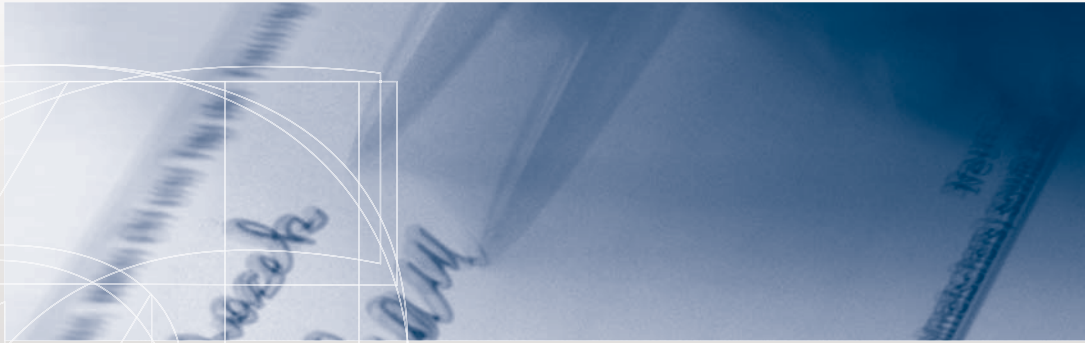


Mario Zinnert

Recht und Praxis des Versicherungs- maklers



Mario Zinnert
Recht und Praxis des Versicherungsmaklers

Mario Zinnert

Recht und Praxis des Versicherungs- maklers

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2008 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Leider ist es kaum vermeidbar, dass Buchinhalte aufgrund von Gesetzesänderungen in immer kürzer werdenden Abständen schon bald nach Drucklegung nicht mehr dem neuesten Stand entsprechen. Beachten Sie bitte daher stets den Aktualisierungsservice im Downloadbereich auf unserer Homepage www.vvw.de. Dort halten wir für Sie wichtige und relevante Änderungen und Ergänzungen zum Download bereit.

Umschlagfoto: www.photocase.de

Gestaltung und Satz: eiche.eckert° | Werbeagentur GbR, Achern

Herstellung: fgb freiburger graphische betriebe

ISBN 978-3-89952-133-7

Vorwort

Die Welt des Versicherungsmaklers musste für lange Zeit auf ein stabiles rechtliches Fundament in Form von Gesetzesvorschriften verzichten. Und selbst die für diesen singulären Vermittlertyp in Betracht kommende Plattform des Handelsmaklerrechts mit den Vorschriften der §§ 93 – 104 HGB, die grundsätzlich auch für den Versicherungsmakler gelten, ist schmal. Ohne Unterstützung von anderer Seite war in der Vergangenheit nicht auszukommen. Die Praxis mit ihren Ortsübungen, Usancen und Handelsbräuchen sowie, dem folgend, Schrifttum und Rechtsprechung haben daher – die gesetzliche Regelung der §§ 93 ff HGB hinter sich lassend – ein eigenständiges Recht des Versicherungsmaklers entwickelt. Angesichts dieser sich über viele Jahrzehnte erstreckenden Historie stand nicht zuletzt auch dem Gesetz- und Verordnungsgeber der Jahre 2006/2007 neben den europarechtlichen Vorgaben ein reichhaltiger Fundus als Grundlagenmaterial zur Verfügung.

Das vorliegende Buch unternimmt es, die wesentlichen Entwicklungen im Recht des Versicherungsmaklers unter Betonung der rechtspraktischen Gesichtspunkte in den Grundzügen nachzuzeichnen. Seine Eigentümlichkeit liegt in der Tatsache, dass es sich, gestützt vom Schrifttum, weit überwiegend um Rechtsprechungsrecht handelt und hier eine Entwicklung sichtbar wird, die eine Verwandtschaft zum angloamerikanischen Case Law aufzeigt. Urteilen des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichte wird daher in diesem Buch ein breiterer Raum zur Verfügung gestellt. Sie haben auf dem Gebiet des Maklerrechts nach wie vor ihre Bedeutung, auch wenn das neue gesetzliche Vermittlerrecht der Jahre 2007/2008 dieser Materie wichtige Konturen gegeben hat.

Verglichen mit anderen Rechtsmaterien unterliegt auch das Recht des Versicherungsmaklers einem dynamischen Prozess. Allerdings ist dies mit Rücksicht auf die maßgebliche Rolle der Rechtsprechung für dieses Rechtsgebiet in einem höheren Maß der Fall. Denn das vergleichsweise schwerfälligere Handeln des Gesetzgebers spielte in den letzten hundert Jahren für dieses spezifische Rechtsgebiet keine wesentliche Rolle. Eher kann von Untätigkeit gesprochen werden. Erst in den Jahren 2006/2007 ist der Gesetz- und Verordnungsgeber tätig geworden und hat so spektakuläre Neuerungen wie Sachkundenachweis und Registrierung des Vermittlers eingeführt und erstmals den Versicherungsvertreter und den Versicherungsmakler gesetzlich definiert. Dennoch – trotz dieses markanten Einschnitts werden auch in der Zukunft die Akte der Rechtsprechung für eine flexible und zeitnahe Anpassung des Maklerrechts an Zeitumstände und sich ändernde Rahmenbedingungen unverzichtbar sein.

Von einigen Ausnahmen abgesehen wurde der Text für dieses Buch im März 2008 abgeschlossen.

Schenefeld, im September 2008

Dr. Mario Zinnert

Zu diesem Buch

Das Buch ist in sechs Teile gegliedert und soll insbesondere für den Praktiker von Nutzen sein. Es verzichtet auf allzu weiträumig angelegte Theoriediskussionen, lässt aber gleichwohl in den bedeutsamen Streitfragen die Gegenmeinungen zu Wort kommen. Die Randnoten geben, was Rechtsprechung und Schrifttum angeht, nur die wichtigsten Fundstellen an.

Das Kernstück des Buches bilden Teil 1 (Allgemeiner Teil) mit der Darstellung der wichtigsten maklerrechtlichen Fragen und Teil 2, in dem den Versicherungsmakler berührende Sonderthemen behandelt sind. In Teil 3 wird skizzenhaft die Bedeutung der Vorschriften der §§ 93 – 104 HGB für den Versicherungsmakler erläutert.

In Teil 4 sind 26 Urteile aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichte mit einer kommentierenden Erläuterung abgedruckt. Durch dieses eigenständige Kapitel des Buches soll mit Nachdruck unterstrichen werden, welchen außerordentlichen Einfluss die Rechtsprechung auf das Recht des Versicherungsmaklers im Laufe der Zeit ausgeübt hat und trotz der gesetzlichen Regelung grundlegender vermittlerrechtlicher Eckdaten in den Jahren 2007/2008 auch in der Zukunft ausüben wird.

Die Erläuterungen der Gerichtsentscheidungen sollen größtenteils einen Rückgriff auf den Allgemeinen Teil des Buches entbehrlich machen. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die nach wie vor nachhaltig diskutierten Fragen der Haftung des Versicherungsmaklers und möglicher Haftungsbeschränkungen in Teil 1 wie in Teil 4 der gebührend breite Raum zur Verfügung gestellt wurde. Der wachsenden Bedeutung wettbewerbsrechtlicher Fragen wurde dadurch Rechnung getragen, dass der entsprechende Abschnitt in Teil 1 (dort Nr. IX) durch den kommentierten Abdruck mehrerer einschlägiger Urteile in Teil 4 vertieft wird.

Die Kerntexte von Teil 5 sind der Versicherungsmaklervertrag, die Maklervollmacht und das Beratungsprotokoll. Diese und weitere Mustertexte sind auf der beiliegenden CD dokumentiert. Die Daten im RTF-Format ermöglichen zusätzlich einen individuell angepassten Einsatz der Mustertexte im Geschäftsverkehr.

In Teil 6 (Dokumentation) werden mit einer kurzen inhaltlichen Einführung für den Versicherungsmakler relevante oder auch generell für das Vermittlerrecht wichtige Originaltexte präsentiert. Sie sind bis auf kürzere Gesetzestexte vollständig auf der beiliegenden CD dokumentiert.

Die Wiedergabe von Gesetzesvorschriften im Buchtext soll dem Leser die Recherche bzw. das zeitaufwändige Nachschlagen in Gesetzessammlungen ersparen. Das Literaturverzeichnis, das teilweise auch nicht zitiertes Schrifttum einschließt, ermöglicht die Vertiefung einzelner Rechtsfragen.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Abbildungsverzeichnis	XVII
Teil 1 Allgemeiner Teil	1
Einführung	5
I Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers	17
1. Einleitung	17
2. Rechtliche Grundlagen	25
3. Doppelrechtsverhältnis – die Rechtsbeziehungen des Versicherungsmaklers zum Kunden/VN und zum Versicherer	53
4. Vertretungsmacht	63
5. Abgrenzung Versicherungsmakler – Versicherungsvertreter	79
6. Versicherungsmakler – kein Repräsentant des Versicherungsnehmers	103
II Die Funktion des Versicherungsmaklers	107
1. Das Versicherungsmaklerrecht – ein Mosaik	107
2. Versicherungsschutz – Funktion und Attraktion	110
3. Versicherungsvertrieb – Versicherungsverkauf – Versicherungseinkauf	112
4. Informationsbeschaffung und Informationsverarbeitung	114
5. Zusammenfassung	115
III Der Versicherungsmaklervertrag	119
1. Zustandekommen des Maklervertrags	121
2. Rechtsnatur und Rahmenbedingungen	129
3. Maklervertrag und Punktekatalog	135
4. Grundgerüst eines Versicherungsmaklervertrags	141
5. Versicherungsmaklervertrag und Vollmacht	147
6. Maklervertrag und Vertragsfreiheit	151

7. Pflichten des Versicherungsmaklers	157
8. Anzuwendende Sorgfalt	215
9. Best Advice	225
10. Rechte des Versicherungsmaklers	233
11. Rechte und Pflichten des Maklerkunden	241
12. Leistungsstörungen	247
13. Beendigung des Maklervertrags	253
 IV Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers	 279
1. Grundsätzliches zur Maklervergütung	281
2. Rechtsgrundlage des Courtageanspruchs	287
3. Elemente der Courtage	293
4. Courtage: die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen	301
5. Höhe der Courtage	307
6. Arten der Courtage	315
7. Geteilter Vermittlungserfolg	319
8. Courtage bei Vermittlerwechsel	323
9. Provisionsabgabeverbot	331
10. Wegfall des Courtageanspruchs	339
11. Behandlung von Courtagevorschüssen	353
12. Verjährung des Courtageanspruchs	359
13. Honorarberatung durch Versicherungsmakler	363
 V Die Haftung des Versicherungsmaklers	 371
1. Grundsätzliches zur Maklerhaftung – Überblick	373
2. Der Versicherungsmakler als Angehöriger eines Expertenberufs	379
3. Haftung: Versicherungsmakler – Versicherungsvertreter im Abgleich	381
4. Tendenz Verbraucherschutz	385
5. Maklerhaftung und Best Advice	387
6. Die Rechtsgrundlagen der einzelnen Haftungstatbestände	393
7. Mitverschulden des Geschädigten	411
8. Der von einem Versicherungsberater unterstützte Maklerkunde	417

9. Die Haftung des Versicherungsmaklers bei Hinzuziehung Dritter	421
10. Die Haftung des Versicherungsmaklers bei Inanspruchnahme sonstiger Drittleistungen: Ratings	427
11. Der Versicherungsmakler als Vermittler von Kapitalanlageprodukten	435
12. Haftung des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherer	445
13. Beratungsprotokoll, Dokumentation	451
14. Einzelne Haftungsmodelle oder Berufshaftung?	459
 VI Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	 465
1. Nutzen gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsformen	467
2. Geschäftsfeldbeschränkung	477
3. Anbieterbegrenzung	479
4. Verschulden und Freizeichnung	485
5. Summenmäßige Haftungsbeschränkung	493
6. Maßnahmen im Umfeld der Berufsausübung	501
7. Hinweispflicht des Versicherungsmaklers auf Ansprüche gegen ihn selbst?	509
 VII Versicherungsmakler und Beweislast	 515
1. Allgemeine Regeln	517
2. Beweislast	517
3. Versicherungsmakler und Beweislast	519
4. Dokumentationspflicht des Versicherungsmaklers	521
5. Fazit	523
 VIII Die Selbstorganisation des Versicherungsmaklers	 525
1. Allgemeines	525
2. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	529
3. Maklerpools und andere Verbundsysteme	535
 IX Der Versicherungsmakler und das Wettbewerbsrecht	 539
1. Allgemeines	539
2. Regulierung des Wettbewerbs	543

3. Wettbewerb: Fälle aus der Praxis	551
4. Fazit – Einschätzungen – Tendenzen	563

Teil 2 Besonderer Teil **567**

I Relation Makler – Versicherer	571
1. Einleitung	571
2. Pflicht des Versicherers zur Stornogefahrmitteilung an Versicherungsmakler?	573
3. Ist die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung auf Versicherungsmakler anwendbar?	581
4. Pflicht des Versicherers zur Zusammenarbeit mit einem Makler?	589
5. Direkter Kontakt des Versicherers zum Maklerkunden/VN und Korrespondenzpflicht	597
6. Maklerklauseln	609
7. Kündigung, Kündigungsvollmacht und Vertretungsmacht	615
8. Prämieninkasso durch den Versicherungsmakler	621
9. Informationspflichten des Versicherers im Doppelrechtsverhältnis	627
10. Schlechtleistung des Versicherers und Schadenersatzanspruch des Versicherungsmaklers?	633
11. Versicherer: Leistungs- und Servicequalität aus der Sicht der Makler	637
II Relation Makler – Kunde/VN	641
1. Für wen verwaltet der Versicherungsmakler die Verträge?	643
2. Versicherungsmakler und Doppelvertretung	647
3. Versicherungsmakler als Unternehmensberater	651
4. Makler und Maklerkunde – das Innenverhältnis	655
5. Sonderfall: Nettotarife, Vergütungsvereinbarung mit dem Kunden und Schicksalsteilungsgrundsatz	659
6. Fristlose Kündigung des Maklervertrags durch den Klienten und mögliche Verpflichtung zum Schadenersatz	669

III Sonderfragen im Rahmen der Maklertätigkeit	677
1. „Maklereinbruch“ – ein Problem für den Makler?	677
2. Makler und Maklerverbundsysteme	681
3. Versicherungsmakler und Versicherungsaufsicht	685
4. Vermittlerbetriebe: Unternehmensveräußerung, Unternehmensbewertung, Bestandsbewertung	695
5. Gerichtsstand bei von einem Versicherungsmakler vermittelten Versicherungsverträgen	703
6. Die Gründung einer Versicherungsmakler-GmbH	709
7. Vergaberecht: Zulässigkeit der Einschaltung von Versicherungsmaklern in Ausschreibungsverfahren	717
Teil 3 Anmerkungen zu den §§ 93 – 104 HGB	725
Teil 4 Maklerurteile	741
Teil 5 Mustertexte Anlagen auf beigefügter CD	917
Teil 6 Dokumentation Anlagen auf beigefügter CD	961
Literaturverzeichnis	1013
Stichwortverzeichnis	1021

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Ag.	Antragsgegner/in
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), aufgehoben durch das SMG
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
ARB	Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung
Ast.	Antragsteller/in
Aufl.	Auflage
AVAD	Auskunftsstelle über Versicherungs-/Bausparkassenaußendienst und Versicherungsmakler in Deutschland e.V.
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BDVM	Bundesverband Deutscher Versicherungsmakler e.V.
Bekl.	Beklagte/r
BerG	Berufungsgericht
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH-Report	(Zeitschrift)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berliner Kommentar
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVK	Bundesverband Deutscher Versicherungskaufleute e.V.
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
D&O-Versicherung	Managerhaftpflichtversicherung
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EC-Deckung	(engl.: Extended Coverage) Erweiterte Deckung
EG	Europäische Gemeinschaft
EG BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EU	Europäische Union

EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Publikation)
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f, ff	folgende
FIMBRA	(engl.: Financial Intermediaries, Managers and Brokers Regulatory Association) Selbstregulierungsorganisation für Finanz- und Versicherungsmakler
GB	Geschäftsbericht
GB BAV	Geschäftsbericht des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
HansGRZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
HRV	Handelsregisterverordnung
JRPV	Juristische Rundschau für die Privatversicherung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KH	Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung
Kl.	Kläger/in
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen
KWG	Kreditwesengesetz
LAUTRO	(engl.: Life Assurance and Unit Trust Regulatory Organisation) Selbstregulierungsorganisation für Lebensversicherungsunternehmen
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MaklerG	Maklergesetz (Österreich)
MBO-Ä	Muster-Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

PKV	Private Krankenversicherung
r + s	Recht und Schaden (Zeitschrift)
r. Sp.	rechte Spalte
Rbeistand	Der Rechtsbeistand (Zeitschrift)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rdn., Rdnr., Rn.	Randnummer
S.	Satz, Seite
s.	siehe
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
StBerG	Steuerberatungsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VDVM	Verband Deutscher Versicherungsmakler e.V.
VerAfP	Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersRAI	Versicherungsrecht, Beilage Auslandsinformation (Zeitschrift)
VersVermV	Versicherungsvermittlungsverordnung
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz (Österreich)
VGA	Bundesverband der Assekuranzführungskräfte e.V.
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Versicherung und Recht kompakt - Aktueller Informationsdienst für Schadensbearbeitung
VMV	Versicherungsmaklerverband
VN	Versicherungsnehmer
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VVG-InfoV	Informationspflichtenverordnung
VW	Versicherungswirtschaft (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Revision in Zivilsachen (Bundesgerichtshof)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Abbildungsverzeichnis

1	Vertriebssysteme der Versicherer	6
2	Tätigkeitszyklus des Versicherungsmaklers bei der Risikoeindeckung	11
3	Risiko und Risikobewältigung. Vom Risiko zur Versicherung des Risikos (beispielhafte Annahmen)	13
4	Handlungsmaximen für den Versicherungsmakler	14
5	Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Versicherungsmakler	22
6	Rechtliche Struktur des Versicherungsmaklervertrags	30
7	Tätigkeitskatalog des Versicherungsmaklers und Rechtsberatung	45
8	Der Versicherungsmakler im Doppelrechtsverhältnis	55
9	Dreiecksverhältnis Versicherer – Versicherungsmakler – Kunde/VN	60
10	Rechtsgrundlagen der klassischen Versicherungsvermittler	82
11	Positionierung von Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter	83
12	Klassische Vermittlertypen und Marktbesezung	117
13	Versicherungsmaklervertrag: Regelungsgrundsätze nach dem Punktekatalog	137
14	Phasen des Versicherungsvertrags und dazugehörige Maklerpflichten	178
15	Die Architektur des Sachwalterurteils	217
16	Leistungsstörungen im Vertragsverhältnis Makler – Kunde und ihre rechtliche Bewältigung	250
17	Mögliche Rechtsgrundlagen der Maklerhaftung	409
18	Ratingagenturen	430
19	Die tragenden Säulen eines Maklerunternehmens	475
20	Maklerunternehmen und Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	499
21	Mittelbare und unmittelbare aufsichtsbehördliche Maßnahmen gegenüber Versicherungsvermittlern nach dem VAG	690
22	Gründung einer „Versicherungsmakler-GmbH“	715

Sie sind ja doch die allerreizendsten Menschen,
sie geben Gesetze, wie wir sie oben beschrieben,
und erneuern sie, immer im Glauben, ein Ende
zu finden für Vertragsverletzungen und Ähnliches,
wie ich es eben aufzählte, und wissen nicht, dass
sie in Wahrheit eine Hydra köpfen.

Platon, Der Staat, 4. Buch



Teil 1

Allgemeiner Teil

Im Allgemeinen Teil des Buches wird das Recht des Versicherungsmaklers in seinen Grundzügen dargestellt. Wegen der starken Abhängigkeit von der Rechtsprechung und auch, um die Stimmen des Schrifttums einzubeziehen, wurde der Bogen hier weiter gespannt. Ein zusätzlicher Grund für die ausführliche Darstellung der Spezialmaterie war das Fehlen einer wegweisenden Grundstruktur in Gestalt eines kompakten, alle einschlägigen Rechtsfragen regelnden Vermittlerrechtsgesetzes. Das Neuregelungsgesetz von 2006/2007 und, ihm nachfolgend, das VVG 2008 setzen für diese Materie zwar wichtige Eckdaten, erfüllen indessen diesen Anspruch nicht flächendeckend. Ein wichtiger Bezugspunkt für Maklerpflichten und Maklerhaftung einschließlich in diesem Kontext auftauchender Beweisfragen ist nach wie vor das berühmt gewordene Sachwalterurteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1985. Überhaupt stellt die Rechtsprechung auf diesem Gebiet, auch diejenige der Instanzgerichte, nach wie vor einen unverzichtbaren Bestandteil des Maklerrechts dar. Gewohnheitsrecht, Handelsbräuche und Usancen sind für das Maklerrecht auch heute noch von Bedeutung. Ein Blick über die Grenzen, nach Großbritannien, hat den Gedanken des Best Advice für die Sorgfaltsanspannung des Versicherungsmaklers auch für den deutschen Rechtskreis nutzbar gemacht.

Einführung

Bedeutung der Versicherung und der Versicherungsvermittlung in stürmischen Zeiten

Versicherung ist eine spröde, aus sich selbst heraus wenig attraktive ‚unsichtbare Ware‘, in der Form ein juristisches Konstrukt und in ihrem materiellen Gehalt einzuordnen in den umfassenderen Bereich der Finanzdienstleistungen. Abstrakt und buchstäblich nicht begreifbar, fehlen der Versicherung Glanz und Anziehungskraft gegenständlicher Produkte. Mangelt es dem Thema ‚Versicherungsschutz‘ für den Jedermann schon an vom Äußeren ausgehender Attraktivität und ist ihm das Etikett eines Low-Interest-Product angeheftet, kommen Akzeptanz- und Sympathieschranken hinzu. Intransparenz von Angeboten und Preisen, schwierige Bedingungstexte und eine oft komplizierte Produktausstattung mit Ein- und Ausschlüssen und sonstigen fachspezifisch formulierten Klauseln stellen den Normalverbraucher vor nur schwer lösbare Verständnisaufgaben. Das Ergebnis ist eher Aversion statt Attraktion. Für die Anbieter des Versicherungsschutzes, die Versicherer, ist das eine fatale Situation.

Ist die Ware ‚Versicherungsschutz‘ per se schwer abzusetzen, muss umso intensiver für den Versicherungsgedanken geworben werden. Das ist die Aufgabe der Versicherungsvermittlung – so der allgemeine Ansatz in der klassischen Versicherungsliteratur. Es wäre jedoch einseitig und damit unrichtig, die Vermittlung von Versicherungsschutz ausschließlich absatzorientiert, das heißt unter den Gesichtspunkten von Marketing und Vertrieb zu betrachten, mithin als eine Interessenwahrnehmung der auf Umsatz, Marktanteile und Gewinn ausgerichteten Versicherungsunternehmen zu behandeln. Dadurch würde die Tatsache verdrängt, dass Versicherungsbedarf objektiv vorhanden ist und gesellschaftspolitisch ein überragendes Interesse daran besteht, dass dieser Bedarf durch Weckung der Privatinitiative auch befriedigt wird. Andernfalls würde bei Fehlen einer dergestalt angelegten, auf Privatinitiative beruhenden Absicherung von Leben, Gesundheit und Wirtschaftsgütern letztendlich das staatliche Sozialsystem zusätzlich belastet.

Ob Privatkunde oder Wirtschaftsunternehmen – jede Einzelwirtschaft sieht sich den in der Zukunft liegenden Unwägbarkeiten ausgesetzt, die, neben zu nutzenden Chancen auch Entwicklungen und Ereignisse umfassen, die ihre wirtschaftliche Existenz bedrohen und äußerenfalls vernichten können. Dieses Risiko ist ständiger Wegbegleiter. Der Arzt, der berufsunfähig wird, der Handwerksbetrieb, der einen schweren Brandschaden erleidet – sie sind oft nicht in der Lage, die wirtschaftlichen Folgen derartiger Ereignisse aus eigener Kraft zu bewältigen.

Diese und ähnliche desaströse Bedrohungen gaben, blickt man in die Historie, den Anstoß zu Überlegungen der Risikobewältigung und führten – über die Jahrhunderte hinweg betrachtet – zu unterschiedlichen Formen ihrer Umsetzung in die Praxis. In neuerer Zeit bildeten sich Gilden und Genossenschaften, die, beruhend auf dem Gegenseitigkeitsprinzip bzw. auf dem Gedanken der Gemeinschaft, ihren Mitgliedern durch gemeinschaftlich aufzubringende Mittel Unterstützung bei Tod, Brand, Viehsterben und Schiffbruch leisteten. Im kommerziellen Bereich, den Geschäften der Kaufleute, dem Handel, dem Transport von Gütern zu Lande und zu Wasser, entwickelte sich der Versicherungsgedanke zügig. Den Vorreiter bildeten, einige Jahrhunderte zurückliegend, Seeversicherungspolice an den Seehandelsplätzen des europäischen Kontinents. Der Versicherungsgedanke im Privatkundenbereich, der Versicherung des Jedermann gegen die Wechselfälle des Lebens, bewegte sich lange Zeit im Wesentlichen auf

dem schmalen Grat der Lebensversicherung. Aus dieser Tatsache heraus, der – insgesamt betrachtet – nur punktuell vorhandenen Absicherung durch Versicherung, erwuchs der zunehmenden Zahl von Versicherungsgesellschaften und der von ihnen eingesetzten Vermittlerschaft die Aufgabe, in der Allgemeinheit die Sensibilität für die eigene Risikosituation zu wecken, für den Versicherungsgedanken zu werben, Hilfe zur Selbsthilfe zu bieten und schließlich die Realisierung dessen bestmöglich zu bewerkstelligen. Im Interesse der historischen Wahrheit darf nicht verschwiegen werden, dass dies nicht immer zum Nutzen der Kunden geschah.

Diese Aufgabe der Eigensicherung durch Versicherung hat an Aktualität nicht verloren, im Gegenteil. In einer unruhigen, von Konflikten geprägten Zeit, die auch die staatlichen Sozialsysteme bis an die Grenzen ihrer Belastbarkeit anspannt, ist die Eigeninitiative jedes Einzelnen mehr denn je gefordert. An der Spitze des Prioritätenkatalogs stehen Altersversorgung und Krankenversicherungsschutz. Den Vermittlern, deren fachliche Kompetenz hier besonders verlangt wird, eröffnet sich ein breites Betätigungsfeld von Dauer. Denn die Tendenz, den Versorgungsstaat zunehmend zugunsten der Eigeninitiative des Bürgers mit staatlicher Förderung zu ersetzen, wird, wie die aktuellen Diskussionen belegen, mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in der Zukunft anhalten.

Deutscher Versicherungsmarkt: Vielfalt der Vermittlertypen

Den deutschen Versicherungsmarkt kennzeichnet eine Vielfalt der Vermittlertypen: Mehrfachvertreter, Einfirmenvertreter, Versicherungsmakler, nebenberufliche Vertreter, angestellter Außendienst. Hinzu treten noch die produktakzessorischen Vermittler, die neben ihrer gewerblichen Haupttätigkeit auch Versicherungen vermitteln. Mit jedem Typus sind rechtliche Besonderheiten verbunden. Sie betreffen den persönlichen Status des Vermittlers, die Beziehungen zu den Versicherern als den Produktgebern, und sie spielen schließlich eine Rolle bei der Frage, ob und ggf. welches rechtliche Verhältnis zu den Kunden, den späteren Versicherungsnehmern, besteht. Rechnet man die Strukturvertriebe und die verschiedenartigen Vermittlervereinigungen, -verbünde und sonstigen Zusammenschlüsse hinzu, so ist das Bild der Vermittlerschaft noch vielgestaltiger und für die Verbraucher, die Adressaten der Vermittleraktivitäten, noch undurchschaubarer. So nimmt die Konsequenz nicht Wunder: In den Augen des Jedermann handelt es sich bei einer derart vielgestaltigen Vertriebsmacht, der er sich gegenüber sieht, durchweg um einen Versicherungsverkäufer. Und der Versicherungsmakler, der Anwalt des Nachfragers und Versicherungskunden, droht – jedenfalls für nicht wenige von ihnen – in dieser verwirrenden Vielfalt unterzugehen.

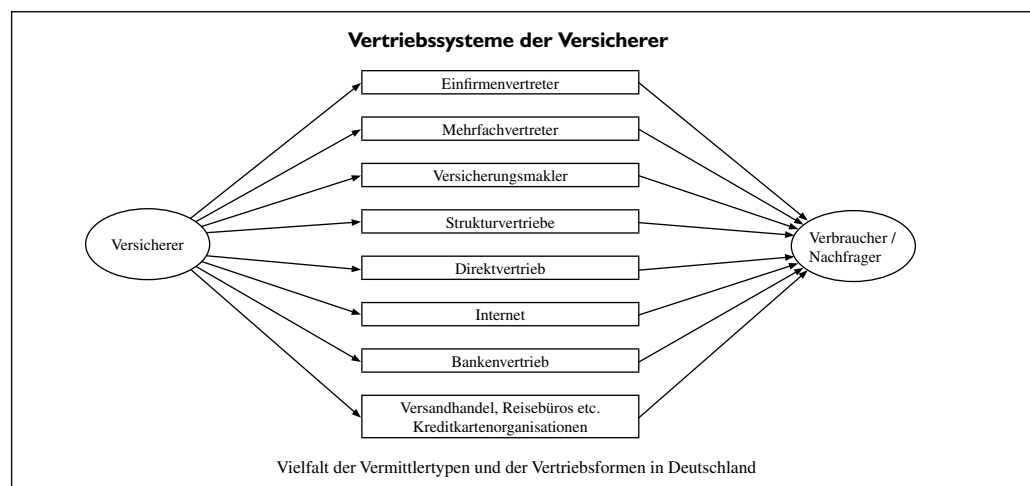


Abbildung 1

Für diese sich auf dem deutschen Versicherungsmarkt darstellende Situation gibt es eine historische Erklärung. Die Rechtstatsachen, die in der Pionierzeit der Versicherung dabei eine entscheidende Rolle spielten, gelten nahezu unverändert fort. Als gegen Ende des 19. Jahrhunderts und am Anfang des 20. Jahrhunderts die Gründung von Versicherungsgesellschaften einen stürmischen Verlauf nahm und der erfolgreiche Vertrieb von Versicherungsprodukten damals wie heute die Positionierung des Unternehmens im Marktgeschehen bestimmte, hatte der Versicherungsaußendienst einen entsprechend hohen Stellenwert. Die Nachfrage auf Versichererseite nach geeigneten Personen für das Betreiben der Versicherungsvermittlung war groß. Dieser zu befriedigende Bedarf der Versicherer traf auf eine Rechtslage, die für Versicherungsvermittler keine gesetzlichen Berufszugangs- und -ausübungsregelungen kannte und für die Aufnahme der Vermittlungstätigkeit lediglich die gewerberechtliche Anzeige voraussetzte. So war der Zustrom auch von berufsfremden, versicherungsfachlich nicht vorgebildeten Personen in die Außendienstorganisationen der Versicherer die zwangsläufige Folge. Es kam gleichzeitig zum Heranwachsen einer Vielzahl unterschiedlicher Vermittlertypen, zumal den Gesellschaften daran gelegen war, alle vertriebslichen Möglichkeiten auszuschöpfen – heute vorzugsweise bezeichnet als Multi-Channel-Strategie. Angesichts dieser für den Außenstehenden schwer überschaubaren Vielfalt des Versicherungsvertriebs hat es der Versicherungsmakler, abgesehen von der professionellen Klientel, schwer, sein Profil als einziger im Lager des Versicherungskunden stehender Vermittler gegenüber dem versicherungsuchenden Publikum deutlich werden zu lassen.

Dieser Tatbestand verlangt, durch breit angelegte Aufklärung die Rollenverteilung derer, die betriebswirtschaftlich vorzugsweise und besitzergreifend als Absatzorgane der Versicherer bezeichnet werden, dem Versicherungsschutz suchenden Publikum klarzumachen: Welcher Vermittler als am Vertragsabschluss wesentlich Beteiligter vertritt die Interessen des Versicherers, welcher die des Kunden? Eine klare Grenzziehung gibt es zwar im Grundsatz. Doch es würde den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht, die vorhandenen Unterschiedlichkeiten nach der Schwarz-Weiß-Methode beurteilen zu wollen. Auch der vertraglich gebundene, zur Wahrnehmung der Interessen des Versicherers verpflichtete Vertreter wird die Interessen des Kunden mit berücksichtigen, will er ihn als dauerhaften Kunden bewahren. Die Grenzen der Interessenwahrnehmung sind fließend, und es finden sich in der Praxis nicht selten Fälle, die nicht in das von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte, auf größtmögliche Präzision bedachte und inzwischen Gesetz gewordene Ordnungssystem passen. Derartige Erscheinungen, zu denen auch solche Fälle gehören, in denen ein Versicherungsmakler den Pfad der Tugend verlässt und eigene Interessen oder Interessen der Versicherer über die von ihm primär wahrzunehmenden Kundenbelange stellt, verlockt durch gut dotierte Courtagen und attraktive Bonifikationen, verwischen das im Interesse der Öffentlichkeit anzustrebende klare Bild und lassen an der Rolle des jeweiligen Vermittlers zweifeln – auch eine Folge der Typenvielfalt in der Vermittlerschaft.

Blick in die Historie: Das Auftreten des Versicherungsmaklers

Lange bevor der heute dominierende Vermittlertyp des Versicherungsververtreters in Erscheinung getreten ist, nämlich zum Anfang des 19. Jahrhunderts, war der Versicherungsmakler als derjenige tätig, der Versicherer und Versicherungsuchenden zusammenführt. Er war als historisch erster Vermittler in die Versicherungsgeschäfte eingeschaltet¹. Altherwürdige, aus dem späten Mittelalter stammende Versicherungsdokumente – Seeversicherungspolicen – sind der Beleg für das Wirken von Versicherungsmaklern, die in ihren Ursprüngen in den oberitalienischen Städten Genua, Florenz und Pisa anzutreffen sind. Sie entwickelten schon frühzei-

¹Zur geschichtlichen Entwicklung der Versicherungsvermittlung vgl. z.B. Möller, *Recht und Wirklichkeit*, S. 5 ff.

tig ein ausgeprägtes Standesbewusstsein, indem sie Wert darauf legten, sich von den Waren- und Schiffsmaklern abzugrenzen.

Von Italien führte der Weg der Versicherungsmakler, folgt man den aufgefundenen Versicherungsdokumenten und den historischen Darstellungen, über Spanien (Barcelona) und Portugal (Lissabon) nach Großbritannien (London), in die Niederlande (Amsterdam) und von dort nach Deutschland (Hamburg). Ebenfalls dokumentarisch nachgewiesen ist ihr ursprüngliches Wirken in den Bereichen Handel und Seetransport, Geschäftsgebiete, in denen sich der Bedarf nach Versicherungsschutz aufdrängte: Den Gefahren bei Transporten über See mit dem Risiko des Verlusts von Schiff und Ladung durch Sturm und Piraterie oder des Verlusts von Ladung aus anderen Gründen, wie z.B. durch Seewurf, um das Transportmittel, das Schiff, aus gefährlicher Lage zu befreien, musste mit einer geeigneten Lösung begegnet werden. Auf diesem Gebiet wirkten die Makler kreativ bei der Gestaltung des dazu erforderlichen Versicherungsschutzes.

²Das Privatversicherungsrecht, S. 151; s. auch von Gierke, Versicherungsrecht, S. 124; Möller, Recht und Wirklichkeit, S. 7; derselbe, Die Rechtsstellung des deutschen Versicherungsmaklers speziell in der internationalen Wirtschaft, VW 1970, 1004.

³Bruck, a.a.O.

⁴Spalte 834, Stichwort ‚Makler‘; derselbe, Grundzüge des Versicherungswesens (1932), S. 44.

⁵Spalte 835

⁶S. Möller, Die Rechtsstellung des deutschen Versicherungsmaklers speziell in der internationalen Wirtschaft, VW 1970, 1004 (1005).

⁷Dazu nachstehend unter I („Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers“), Ziff. 3.

⁸Spalte 836.
⁹Einführung in die Versicherungswirtschaft, S. 324.

Insofern stellt Bruck², was die versicherungsfachliche Literatur angeht, als das ureigene Tätigkeitsgebiet des Versicherungsmaklers die See- und Transportversicherung fest. Die Versicherungsmakler seien seit jeher an den Mittelpunkten des internationalen Seeverkehrs, in Deutschland in Hamburg und Bremen, im Ausland namentlich in London sowie in Rotterdam und Amsterdam, „bodenständig.“ In seiner im Jahre 1930 erschienenen Monografie verweist er aber immerhin bereits auf die Ausweitung der Maklertätigkeit in Richtung Feuerversicherung für kaufmännische und industrielle Risiken sowie Rückversicherung. Das sind Spezialgebiete, die fachkompetente Beratung erfordern³. Darüber hinaus deutet Bruck schon zu jenem Zeitpunkt die Verbreitung des Maklerwesens an, von den Küstenstädten ausgehend, sich ins Binnenland hinein erstreckend. Zuvor hat Manes in seinem im Jahre 1909 in Tübingen erschienenen Versicherungslexikon die Transport- und die Rückversicherung als die fast ausschließlichen Betätigungsgebiete des Versicherungsmaklers beschrieben⁴, wobei sich die Abwicklung der Geschäfte auf die Assekuranzbörsen in Hamburg und Bremen konzentrierte. Hier finden sich auch erste Anklänge an eine Entwicklung, die den Versicherungsmakler in erster Linie als den Interessenvertreter des Verbrauchers sieht. Er sei vorzugsweise in der Lage, mit Erfolg die Interessen der Versicherten bei Vereinbarung der Prämien und Versicherungsbedingungen wahrzunehmen⁵. Die Schritte des Maklers in Richtung Lager des Versicherungsnehmers, einhergehend mit einer stetig an Intensität wachsenden Wahrnehmung seiner Versicherungsinteressen, markieren einen längst als historisch zu bezeichnenden Tatbestand, als der Makler noch eine öffentlich-rechtliche Stellung innehatte, bestallt und beedigt wurde und als Insignie dieser berufsständischen Macht und Würde über einen Maklerstab verfügte⁶. Diese ursprüngliche Positionierung war Ausdruck der auf Neutralität bzw. Unparteilichkeit angelegten Mittlerstellung des Versicherungsmaklers, die inzwischen Geschichte geworden ist und durch die Bundesgenossenschaft mit dem Versicherungsnehmer abgelöst wurde. Dabei wird nicht übersehen, dass der Makler auch heute noch zu der anderen Partei des Versicherungsvertrages, also zum Versicherer, im Rahmen des so genannten Doppelrechtsverhältnisses⁷ in gewissen, wenn auch schwach ausgeprägten rechtlichen Bindungen bzw. Verpflichtungen steht.

Wie Manes weiter feststellt, werde in Hamburg wie auch in Bremen seit 1868 die Courtage allein vom Versicherer gezahlt⁸, eine Handhabung, die sich im Laufe der Zeit auf alle Sparten ausdehnte, auf die die Versicherungsmakler ihr Tätigkeitsgebiet ausgeweitet hatten.

Die Zuordnung des Versicherungsmaklers in das Lager des Klienten/VN wird sodann von Mahr⁹ mit klaren Worten herausgestellt. Dieser sei nämlich „aufgrund seiner besonderen

Marktkennntnis in der Lage, für seinen Klienten die äußersten Zugeständnisse hinsichtlich der Prämie sowie der Bedingungen herauszuholen.“ Aber auch die Verlockungen, denen ein Makler erliegen kann, werden nicht unterschlagen. Das ist der unübersehbare Anreiz, die Versicherung bei dem Versicherer zu nehmen, der die höchste Courtage bietet, und auf diesem Weg das aus dem Mandatsverhältnis folgende Günstigkeitsprinzip zum Nachteil des Klienten aus den Augen zu verlieren, in ihn gesetztes Vertrauen zu enttäuschen und sich der Gefahr der Haftung auszusetzen.

Einhergehend mit dem Wachsen der Wirtschaft in Form von Expansion und Diversifikation erweiterten nicht nur die Versicherer als Risikoträger Versicherungsarten und Deckungsformen. Es dehnten sich parallel die Geschäftsfelder des Versicherungsmaklers aus, dessen Dienstleistungen sich jedoch nach wie vor auf den kommerziellen Bereich konzentrierten, sich nunmehr, ausgehend von den Küstenstädten, den so genannten Seeplätzen, zunehmend auch auf die Klientel im Binnenland – Handel und Industrie – erstreckten.

Firmenverbundene Versicherungsvermittler, aber auch die zahlenmäßig zum Beginn des 20. Jahrhunderts immer stärker in Erscheinung tretenden Versicherungsagenten bedrängten in der Folgezeit den Versicherungsmakler in seiner angestammten Domäne. Die Folge war, dass er sich seinerseits, den wirtschaftlichen Zwängen folgend, im weiteren Verlauf dem mittleren Geschäft – kleines und mittleres Gewerbe, Handwerk und freie Berufe – und schließlich auch dem Privatkundengeschäft zuwandte. Gegenwärtig hat sich der Versicherungsmakler, dessen Zahl im deutschen Versicherungsmarkt, grob geschätzt, mit etwa 8000 bis 10.000 anzunehmen ist, inmitten einer Vielzahl von Vermittlertypen und Vertriebsorganisationen als Anbieter hochwertiger Dienstleistungen zu behaupten. Das ist ein Unterfangen, das zwar nicht leicht zum Erfolg geführt werden kann, das andererseits jedoch durch die Attraktivität des Maklers als einzigem im Lager des Versicherungsuchenden stehendem Vermittler mit der vom Bundesgerichtshof attestierten Eigenschaft eines treuhänderähnlichen Sachwalters nachhaltig begünstigt wird.

Der Versicherungsmakler als Anwalt des Verbrauchers

Wenn man einmal von der Wahrnehmung in der breiten Öffentlichkeit und den Fällen in der Grauzone absieht – aus dieser Vermittlervielfalt hebt sich der Typus des Versicherungsmaklers markant heraus. Er steht als Einziger im Lager des Kunden, des Versicherungsnehmers. Ihn verbindet kein Vertrag mit dem Versicherer; er ist – von ihm – unabhängig. Er fungiert als Bundesgenosse des Versicherungsnehmers und hat die Pflichtenstellung eines treuhänderähnlichen Sachwalters. Er vertritt die Interessen des Versicherungsnehmers und ist im Bereich der Versicherungsangelegenheiten – nach Maßgabe der ihm erteilten Vollmacht – dessen Stellvertreter gegenüber den Versicherern. Er ist der Einkäufer von Versicherungsschutz, den er vielfach selbst maßgeblich gestaltet hat, und ist typischerweise nicht der Verkäufer vorgefertigter Versicherungsprodukte.

Dieses Maklerbild gründet sich auf zwei Grundtatsachen: zum einen auf mangelnde versicherungsfachliche Kenntnisse und Informationsdefizite des Versicherungsinteressenten und Klienten, zum anderen auf das Expertenwissen und die Marktkennntnis des Versicherungsmaklers, gepaart mit dessen Geschäfts- und Verhandlungserfahrung im Umgang mit den Versicherern. Das so zu beschreibende, auf verschiedenen Ebenen herrschende Gefälle zwischen Klient und Makler weist Letzterem zwangsläufig die Rolle eines versicherungsfachlichen Anwalts gegenüber dem auf vielfältige Unterstützung angewiesenen Klienten zu. Durch

kontinuierliche Aufklärung seitens der Medien und der Verbraucherschutzorganisationen wird der Versicherungsmakler von der Öffentlichkeit zunehmend in dieser Rolle wahrgenommen, und in der Folge wird diese Entwicklung zu einer wachsenden Bedeutung dieses Vermittlertypus' im Versicherungsmarkt führen.

Eine weitere signifikante Besonderheit ist die rechtliche Grundlage der Maklertätigkeit im Verhältnis zu den betreuten Kunden. Von der klassischen Position eines zwischen den Parteien stehenden und agierenden Maklers abweichend, verbindet unter den heute geltenden Vorzeichen der Maklervertrag als rechtlich enges Band den Versicherungsmakler mit seinem Kunden. Diesem gegenüber obliegt ihm ein ganzes Bündel von Pflichten, teils gesetzlich fixiert, teils vertraglich vereinbart. Werden sie – in welcher Weise auch immer – verletzt, liegt die Konsequenz nahe. Der Makler hat für von ihm verursachte Fehler und Versehen einzustehen. Nur er, der dem Klienten durch den Maklervertrag verbundene Versicherungsmakler, nicht der Versicherer, haftet dem von der fehlerhaften Dienstleistung betroffenen Klienten, seinem Vertragspartner, für die daraus erwachsenden wirtschaftlichen Nachteile. Mit Blick auf diese Konsequenzen reiht er sich ein in den Kreis typischer Expertenberufe wie Steuerberater, Rechtsanwälte und Architekten, zu deren kennzeichnenden Merkmalen das Entstehen müssen für etwaige Fehlleistungen gehört.

Der Versicherungsmakler als Gestalter des Versicherungsschutzes

¹⁰*Zu dieser Thematik vgl. z.B. Groh, Gedanken zur Rolle des Versicherungsmaklers bei der Produktgestaltung, in: Beiträge über den Versicherungsmakler, S. 95 ff.*

Schließlich – hier löst er sich aus der Funktion des bloßen Vermittelns vorgefertigter Versicherungsprodukte – kann und soll der Makler, wie nochmals hervorzuheben ist, die Rolle des Gestalters von Versicherungsschutz übernehmen¹⁰. Das zur Absicherung Notwendige, vom Interesse und Willen des Auftraggebers gedeckt, ist in das Versicherungskonzept aufzunehmen, Überflüssiges ist zu vermeiden. Standardisierte Produkte mit ihrer für die individuellen Umstände des Einzelfalls fehlenden Passgenauigkeit stehen der individuellen Versicherungslösung zumeist entgegen. Dann verhandelt der Makler mit dem Versicherer über Art und Umfang der Deckung, also entweder über die bedarfsgerechte Umgestaltung des vorhandenen Versicherungsprodukts oder mit dem Ziel einer kreativen Neukonzeptionierung des Versicherungsschutzes, ausgerichtet am Bedarf seines Kunden, des späteren Versicherungsnehmers. Zuweilen verwendet der Makler – das ist namentlich der nachfragestarke Großmakler – eigene Bedingungen, nimmt dem Versicherer damit letztlich die Kompetenz zur Produktgestaltung ab und weist ihm die bloße Risikoträgerschaft zu. Mit anderen Worten: Der Makler wird besonders in diesem Fall seiner Aufgabe als Gestalter und Einkäufer maßgeschneiderten Versicherungsschutzes zugunsten des ihm vertraglich verbundenen Kunden gerecht.

Rechtliche Grundlage für das Handeln des Versicherungsmaklers ist seine Rolle als autorisierter Stellvertreter des Klienten, dem Nachfrager von Versicherungsschutz. Die für die Realisierung der Produktgestaltung erforderliche Durchsetzungskraft bemisst sich entweder nach seiner mehr oder weniger starken Position als respektierter Geschäftspartner des Versicherers und als gewichtiger Produzent von Versicherungsgeschäft oder nach seiner Eigenschaft als Vertreter eines nachfragemächtigen Großkunden – oder nach beiden Kriterien. Wenn nicht schon aus eigenem Antrieb und gewonnener Einsicht folgend, sind es diese Momente, die es dem Versicherer ratsam erscheinen lassen, sich bei an ihn herangetragenen produktbezogenen Gestaltungswünschen kooperativ und im Rahmen des Vertretbaren Änderungsbereit in Richtung nachfragegerechten Versicherungsschutzes zu zeigen.

Es geht bei der Tätigkeit des Versicherungsmaklers, der die Interessen des Klienten bestmöglich wahrzunehmen hat, nicht nur darum, vorhandene Versicherungsprodukte im Einzelfall

dem Bedarf des Kunden anzupassen. Mindestens in gleichem Maße ist die Rolle des Maklers hervorzuheben, im Produktbereich Neuland zu betreten, sich Einflüssen ausländischer Märkte gegenüber offen zu zeigen und derartige Anstöße zum Anlass eigener kreativer Gestaltungsarbeit zu nehmen. Daran anschließend ist es seine Aufgabe, einen zeichnungsbereiten Versicherer für die auf diese Weise geschaffenen Innovationen im deutschen Markt zu finden. Beispiele für eine solche Zielsetzung sind die aus den USA und Großbritannien stammende EC-Deckung, die D&O-Versicherung und weitere Neuerungen aus dem Transportversicherungsbereich¹¹. Man kann durchaus davon ausgehen, dass es für den Versicherungsmakler eine Art Innovationsverpflichtung gibt, wenn anders den Belangen des Klienten nicht Rechnung getragen werden kann bzw. die Pflichten aus dem Maklervertrag nur auf diese Weise angemessen zu erfüllen sind.

¹¹S. hierzu Groh, a.a.O., S. 101 ff.

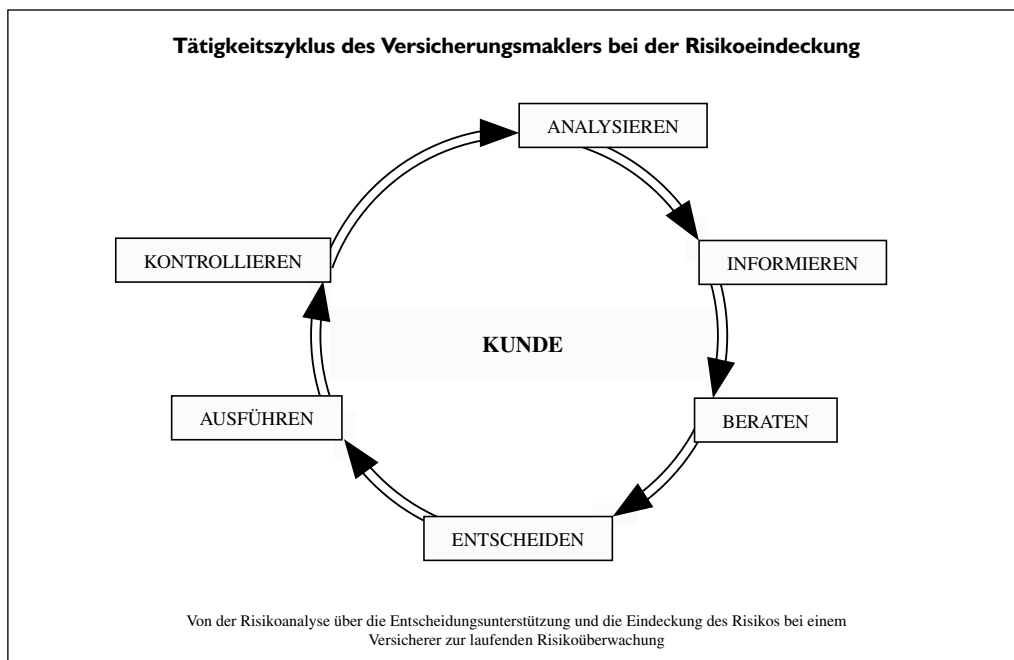


Abbildung 2

Sieht man einmal von den Standardprodukten ab, die zu vermitteln auch einem Versicherungsmakler nicht verwehrt ist, so ist die den Versicherungsschutz gestaltende Dienstleistungskomponente für den Versicherungsmakler wesentypisch. Er ist dazu aufgerufen, und es ist Bestandteil seines Pflichtenkatalogs, nur den im Einzelfall tatsächlich benötigten Versicherungsschutz zu beschaffen, mit anderen Worten Überflüssiges, da den Kunden mit Kosten belastend, zu vermeiden – eine kontinuierlich zu erfüllende Aufgabe, die andererseits ebenso die Verpflichtung einschließt, bei Ausweitung des versicherten Risikos für die notwendige Anpassung des Versicherungsschutzes zu sorgen. Er ist schließlich verpflichtet, wie schon hervorgehoben, auch innovativ tätig zu werden, also bei der Gestaltung von adäquatem Versicherungsschutz, soweit dies aus Nachfragersicht notwendig und gewünscht ist, Neuland zu betreten.

Der Versicherungsmakler als Informationsproduzent

Für den Nachfrager von Versicherungsschutz bestehen auf mehreren Feldern von Fall zu Fall in ihrer Art unterschiedlich stark ausgeprägte Informationsdefizite bzw. Informationsunsicherheiten. Das gilt zum einen im Sinne einer Beurteilungsunsicherheit für die eigene Risikosituation. Es treten ferner die Preisunsicherheit und die Qualitätsunsicherheit hinzu, wobei sich Letzteres auf die Güte des Versicherungsproduktes und/oder auf die Bonität des Risikoträgers bezieht¹².

¹²Zur gesamten Thematik vgl. z.B. Traub, *Marktfunktion und Dienstleistung des Versicherungsmaklers*, Karlsruhe 1995.

Aus diesen Informationsunsicherheiten resultiert die Entscheidungsunsicherheit des Nachfragers. Dieses Manko zu beheben, ist eine der zentralen Aufgaben des Versicherungsmaklers und zugleich ein Teil seiner Dienstleistung, der als Vorgang der Informationsbeschaffung mit nicht unbeträchtlichen Kosten verbunden ist. So wird der Makler, um seine Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden zu erfüllen, zum Teilnehmer auf den Informationsmärkten, wo er sich Kenntnis über Preise, Qualitäten, Konditionen, Bonität von Risikoträgern etc. verschafft. Diese Informationen hat er zu sammeln, zu überprüfen, verarbeitungsgerecht aufzubereiten sowie dabei ständig ihre Aktualität zu kontrollieren und auf Dauer zu gewährleisten. Der so geschaffene und auf Dauer aktuell zu unterhaltene Informationsfundus bildet die Grundlage für die Entwicklung maßgerechter Deckungskonzepte für den Kunden.

In der allgemeinen Wahrnehmung wird dieser eigenständigen Leistung des Maklers, die man als Informationsprodukt bezeichnen kann, kaum die ihr zukommende Beachtung zuerkannt, weil sie überlagert ist von dem alles andere in den Schatten stellenden Vorgang der Vermittlung des Versicherungsschutzes bzw. der Herbeiführung des Versicherungsabschlusses. Die unterschwellige Beurteilung sieht sie als schlichte Vorbereitungshandlung und als Annex zum Vorgang der Vermittlung, die zudem von den nicht professionellen Maklern häufig ohne die gebotene Ernsthaftigkeit und Sorgfalt wahrgenommen wird. Auf dem Gebiet der Informationsbeschaffung und -verarbeitung sowie – „gebrauchsfertig“ aufbereitet – dem Transfer zum Kunden liegt besonders nach der neuen Gesetzeslage ein beträchtlicher Einsatz von Kapazitäten des Maklers. Daher ist es verständlich, wenn gerade von Seiten derjenigen Makler, die hier ernsthaft und aufwändig tätig werden, immer wieder aufs Neue die Forderung erhoben wurde, dass diese Dienstleistung dann separat zu vergüten sei, wenn es nicht zum Abschluss kommt. Was bisher an den Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes scheiterte, ist nunmehr als Teil der Beratungsleistung durch die Neuregelung in § 34d Abs. 1 GewO einer grundsätzlich befriedigenden Lösung zugeführt worden.

¹³Vgl. hierzu z.B. Werber, *Alte und neue Informations- und Beratungspflichten des Versicherers und des Vermittlers*, ZVersWiss 1994, 321 (345).

¹⁴Vgl. im Übrigen zur Informationspflicht des Versicherungsmaklers Teil 1, Abschnitt III („Der Versicherungsmaklervertrag“), Ziff. 7c (5).

Neben der ihm originär obliegenden Pflicht zur sachgerechten Information des ihm anvertrauten und ihm vertrauenden Klienten fällt dem Versicherungsmakler darüber hinaus die Rolle eines Informationsvermittlers insofern zu, als der Versicherer seine Informationspflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer auch in der Weise erfüllen kann, dass er den Makler als dessen Vertreter im weiteren Sinn entsprechend unterrichtet, vorausgesetzt, dass dieser dafür mit einer ausreichend bemessenen Vollmacht ausgestattet ist¹³. Diese Funktion beschränkt sich vor dem Hintergrund des Berufsbildes eines Versicherungsmaklers nicht auf eine schlichte Informationsweitergabe, sondern schließt die Verpflichtung ein, die Versicherungsinformation zu prüfen, ggf. zu ergänzen, auf jeden Fall jedoch gegenüber seinem Klienten mit einer begleitenden erläuternden Kommentierung zu versehen¹⁴.

Der Versicherungsmakler als Risikomanager

Die Aussage, dass der Versicherungsmakler nach dem Bedarf seines Klienten den Versicherungsschutz gestaltet und beim Versicherer beschafft, beleuchtet nur eine Facette seiner Dienstleistung. Die Betrachtung der vor dem Akt der Vermittlung liegenden Phase zeigt noch eine weitere wichtige Komponente. Es ist das Teilstück aus dem breit angelegten Tätigkeitsspektrum des Maklers, in dem es um entscheidende Weichenstellungen geht. Hier hat der Makler im Rahmen des ihm erteilten Mandats die Funktion eines Risikomanagers zu erfüllen. Konkret sind dies die Risikoanalyse, die darauf aufbauende Entwicklung eines Deckungskonzepts, die Beratung des Kunden, zu der unter anderem auch die Auswahl des Risikoträgers gehört.

Es wäre also eine unzulässige Verengung des Blickfeldes, die Tätigkeit eines Versicherungsmaklers zu stark auf die Vermittlung von individuellem Versicherungsschutz auszurichten. Das ist zwar eine seiner wesentlichen, seine Berufstätigkeit als Vermittler kennzeichnenden Funktionen und schließlich das auslösende Moment für die Vergütung der von ihm entfalten Bemühungen. Im Vorfeld der Vermittlung hat der Makler indessen auch zu prüfen, ob Teile des Risikos einer Einzelwirtschaft gänzlich unversichert bleiben können, eine auf den ersten Blick überraschende Facette seiner Tätigkeit, zumal sie in einem besonderen Maße das Zurückstellen der eigenen Courtageinteressen verlangt. Bei Unternehmen gehört ferner dazu die Frage, ob durch technische Maßnahmen (Risk Engineering – z.B. Brandschutz, Einbruchschutz) die Gefahrverwirklichung und mithin die Wahrscheinlichkeit, dass der Versicherungsfall eintritt, vermindert werden kann, um auf diese Weise den Versicherungsschutz preiswerter zu gestalten oder die Indeckungnahme eines Risikos durch den Versicherer überhaupt erst zu ermöglichen.

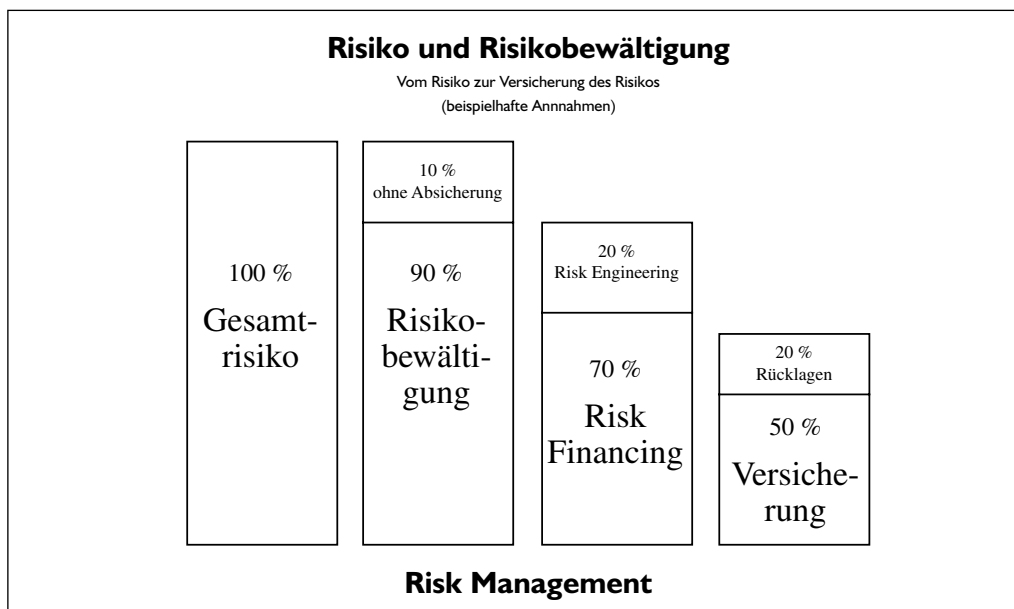


Abbildung 3

Erst jetzt wird das Gebiet der Risikofinanzierung (Risk Financing) betreten, das nicht zwangsläufig ‚Versicherung‘ bedeutet. So kann im Einzelfall der sachgerechte Rat des Maklers an den Klienten in der Empfehlung liegen, für einen Teil des wirtschaftlichen Gesamtrisikos finanzielle Rücklagen zu bilden, um im Schadenfall hierauf zurückgreifen zu können. Erst wenn diese Positionen des Prüfkatalogs abgearbeitet sind, stellt sich die Frage nach dem adäquaten Versicherungsschutz für den verbleibenden Risikobereich. Liegt mithin ein beträchtliches Gewicht im Vorfeld der Vermittlung von Versicherungsschutz und hat der Makler hierauf ein erhebliches Maß seiner Dienstleistungskapazität zu verwenden, nimmt es nicht Wunder, wenn auf Seiten der Maklerschaft immer wieder, wie bereits angemerkt, Versuche unternommen wurden, für diese anspruchsvolle und aufwändige Tätigkeit eine Vergütung in Form eines Honorars dann zu erhalten, wenn es nicht zum Versicherungsabschluss kommt und es daher an dem auslösenden Moment für das Entstehen des Courtageanspruchs fehlt.

Idealtyp des Maklers und das vielfältige Maklerbild in der Praxis

In der Maklerschaft sind die typspezifischen Eigenschaften unterschiedlich stark ausgeprägt. Es gibt auf der einen Seite den vertretergleichen Makler, der die Berufsbezeichnung ‚Makler‘ kaum verdient. Er bindet sich, wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch, wirtschaftlichen Zwängen oder anderen Motiven folgend, in der Zuführung von Versicherungsgeschäft an einige wenige Versicherer. Auf der anderen Seite steht der (Groß-) Makler, der – sich seiner von ihm gebündelten Nachfragemacht bewusst – als der verhandlungsstarke Gegenpart den Versicherern gegenübertritt. Er ist in der Lage, Bedingungen weitgehend zu diktieren und die Preisbildung wesentlich zu beeinflussen. Auf einer sicheren Plattform agierend, ist er einem Herrschaftsdruck der Versicherer nicht ausgesetzt. Zu Gunsten der ihm anvertrauten Kunden hat er vielfältige Möglichkeiten, die in seiner Hand gebündelte Nachfragemacht wirkungsvoll gegenüber den Risikoträgern einzusetzen. So betrachtet nimmt das Machtgefälle zwischen Nachfrager und Anbieter einen vom sonst üblichen Schema abweichenden Verlauf.

HANDLUNGSMAXIMEN für den Versicherungsmakler

☐ **EINDEUTIGKEIT**

des Vermittlerstatus in der Außendarstellung
(→ Transparenz)

☐ **KLARHEIT**

der Absprachen mit dem Kunden
(→ Vertrag, → Vollmacht)

☐ **BESCHRÄNKUNG**

auf das, was man leisten kann
(→ Kompetenz)

☐ **SCHRIFTLICHKEIT**

der getroffenen Vereinbarungen
(→ Maklervertrag)

☐ **BEWEISSICHERUNG**

Protokollierung der Kundenberatung
(→ Streitvermeidung)

☐ **KONTROLLE**

des betreuten Risikos: laufend/ungefragt
(→ Verpflichtung, → Haftungsvermeidung)

Abbildung 4

Zwischen diesen Polen der Maklerpositionierung liegt ein breites Band unterschiedlicher Schattierungen. Das gilt auch für das Selbstverständnis der Angehörigen dieses Berufsstandes. Neben dem Makler, der sich seiner Funktion und Pflichtenstellung in vollem Umfang bewusst ist und danach handelt, ist ein ganz anderer Typus anzutreffen. Er setzt sich, des beeindruckenden Klanges und des höheren Ansehens wegen, den „schönen Hut“ des Maklers auf, jedoch ohne konkrete Vorstellungen über die spezifischen Berufsmerkmale zu besitzen, die diesen Vermittlertypus auszeichnen – geschweige denn, dass er ihnen in der Praxis gerecht wird.

Zu den kritischen Positionen des Maklerbildes gehört die nicht selten anzutreffende Übernahme bestimmter Verwaltungsaufgaben vom Versicherer, wie z.B. Prämieninkasso, Schadenregulierung, und auch die vom Versicherer übertragene Befugnis, in bestimmtem Umfang Deckung zu erteilen. Je mehr Aufgaben dieser Art in der Hand des Maklers vereint sind, desto stärker bedrängt ihn die Gefahr, vom Versicherer abhängig zu werden, die konsequente Bundesgenossenschaft mit dem ihm anvertrauten Klienten aus den Augen zu verlieren und dessen Vertrauen zu enttäuschen¹⁵. Dazu reicht oft schon der äußere Anschein eines – vermeintlichen – Lagerwechsels.

¹⁵In diesem Sinn mit Recht Sieg, *Entwicklungslinien des Versicherungsvermittlerrechts*, ZVersWiss 1982, 143 (161).

Makler, die diese Doppelrolle auf sich nehmen, haben eine oft schwierige Gratwanderung vor sich: Auf der einen Seite liegt die primäre Verpflichtung zur Wahrnehmung der Kundenbelange, auf der anderen Seite befindet sich das Obligo, im Rahmen der vom Versicherer übernommenen Aufgaben bei ihrer Erledigung dessen Interessen gebührend zu berücksichtigen.

Wenn von dem Berufsbild des Versicherungsmaklers die Rede ist, darf ein Blick in die Vergangenheit nicht fehlen, würde doch ein historisch außerordentlich interessantes Kapitel seines Werdegangs leichtfertig überschlagen. Denn durch den Blick zurück wird deutlich, wie facettenreich und wechselvoll Position und Funktion des Maklers, über die Zeit hinweg betrachtet, sich darstellen. Neben seiner Eigenschaft als ältester Vermittlertypus, der schon im 14. Jahrhundert dokumentarisch nachweisbar ist¹⁶, ragt als besonders bemerkenswerte Phase seines Wirkens ein Zeitraum von etwa 200 Jahren heraus, in dem der Versicherungsmakler eine beamtenähnliche Stellung innehatte und den von ihm ausgestellten Urkunden dieselbe Beweiskraft zukam wie denjenigen der Notare. Seine Vergütung richtete sich nach hoheitlicher Taxe¹⁷. Generell herrschte zu jener Zeit ein strenger Ausleseprozess, bevor jemand zur Maklerschaft zugelassen wurde. Die Vereidigung des Versicherungsmaklers – vorgesehen z.B. in der Hamburgischen Mäklerordnung von 1642 – , deren Geltung sich bis in das 19. Jahrhundert erhielt, unterstrich die strenge Handhabung eines Verfahrens, das die Zulassung nur „guter, tüchtiger Personen zu geschworenen Mäcklern“ gewährleisten sollte¹⁸. So hatte damals sein Status in gewisser Weise einen öffentlich-rechtlichen Charakter, eine Eigenschaft, die in der Folgezeit verloren gegangen ist und in neuerer Zeit, beginnend mit dem Anfang des 20. Jahrhunderts, abgelöst wurde durch die rechtsgeschäftlich angelegte und durch die Praxis verfestigte Sonderstellung eines Bundesgenossen des Versicherungsnehmers.

¹⁶Vgl. Möller, *Recht und Wirklichkeit*, S. 5.

¹⁷S. Sieg, a.a.O., S. 159 f. mit weiteren Hinweisen.

¹⁸Möller, a.a.O., S. 60.

Mängel beheben – Netzwerke bilden – Leistungsqualität steigern

Das kleine Maklerunternehmen herkömmlicher Art betrieb seine Geschäfte nach dem Einzelkämpferprinzip. Die großen und größeren Makler generierten den für die Beratung und Betreuung ihrer Kunden erforderlichen Dienstleistungsstandard über eine differenzierte Betriebsorganisation mit entsprechend unterlegter Fachkompetenz. Auf der anderen Seite konzentrierten sich die kleineren Betriebe – jeder für sich – auf bestimmte Geschäftsfelder und entwickelten dort ihre Expertise – allerdings deutlich entfernt vom Idealtyp des Maklers

als eines den Kunden ganzheitlich fachkompetent betreuenden Versicherungsexperten. Hinzu kommt noch die Gruppe der leistungsschwachen Makler, die, oft unzulänglich mit Informationen und kompetentem Fachpersonal ausgestattet, nicht über das erforderliche Leistungsniveau verfügt.

Diese nicht unbedeutende Zahl der im Markt tätigen Makler wurde in der Vergangenheit durch einen Kundentypus begünstigt, der – anders als heute – wenig aufgeklärt war und kaum etwas von den Möglichkeiten wusste, die er bei Schlechtleistungen im Sinne rechtlich durchsetzbarer Ansprüche gegenüber dem von ihm beauftragten Makler hätte ausnutzen können. Die Informationslage, das Wissen um Möglichkeiten des Schadenersatzes bei Fehlleistungen, wie auch das Anspruchsverhalten der Maklerkunden haben sich seit einiger Zeit deutlich geändert. Die Inanspruchnahme des Maklers auf Ersatzleistung durch geschädigte Kunden gehört heute nicht mehr zu den Ausnahmefällen.

Die Wirkung auf die Maklerschaft blieb nicht aus. Durch eine sich stärker herausbildende kritische Maklerrechtsprechung, namentlich zu haftungsrechtlichen Fragen, verunsichert und durch eine daran anknüpfende Fach- und öffentliche Diskussion angetrieben, suchten und suchen viele Makler nach Lösungen, um die Leistungsqualität zu steigern und damit letztendlich Haftungstatbestände zu vermeiden. So sind mit dieser Zielsetzung in den letzten Jahren und Jahrzehnten zahlreiche Maklerverbundsysteme und Netzwerke entstanden. Die für ihre Mitglieder entwickelten Leistungskataloge sind unterschiedlich angelegt. Verschaffen von Marktinformationen, Knowhow-Transfer, Beratung in Einzelfragen, Betrieb einer Makler-Hotline, Zurverfügungstellen von Deckungskonzepten, Bündeln von Nachfragemacht sind einige der bereit gehaltenen Dienstleistungsbausteine beziehungsweise Geschäftsansätze.

Stets sind diese Ziele ins Visier genommen: Verbesserung der allgemeinen Leistungsqualität, Steigerung der Kundenzufriedenheit und des eigenen Ansehens, verbunden mit Haftungsvermeidung und damit Absicherung der wirtschaftlichen Existenz des Maklers.

Noch wird die Maklerhaftung weithin als eine Last angesehen. Gewachsen auf dem Boden erkannter Leistungsschwäche und daraus resultierender Unsicherheit, wird sich diese ablehnende Grundeinstellung weiter Teile der Maklerschaft erst dann wandeln, wenn das allgemeine Leistungsniveau den zu fordernden Standard erreicht und sich das Bewusstsein, Angehöriger eines anspruchsvollen Expertenberufs zu sein, flächendeckend und generell durchgesetzt hat. Eigens auf den Versicherungsmakler mit seinen rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten zugeschnittene Berufszugangs- und -ausübungsregelungen, die die Spreu vom Weizen trennen, werden zu diesem Prozess beitragen. Das im Jahre 2007 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Versicherungsvermittlerrechts im Verbund mit der gleichzeitig ergangenen Versicherungsvermittlungsverordnung wird für die mittelfristige Zukunft eine entsprechende Wirkung erzielen. Am Ende steht die Leistungsgarantie des Maklers gegenüber dem Kunden, das selbstverständliche Einstehenmüssen und -wollen als das Gütesiegel für das eigene Tun in allen seinen Facetten.

I. Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers

1. Einleitung	17
2. Rechtliche Grundlagen	25
3. Doppelrechtsverhältnis – die Rechtsbeziehungen des Versicherungsmaklers zum Kunden/VN und zum Versicherer	53
4. Vertretungsmacht	63
5. Abgrenzung Versicherungsmakler – Versicherungsvertreter	79
6. Versicherungsmakler – kein Repräsentant des Versicherungsnehmers	103

1. Einleitung

a) Rolle und Erscheinungsbild des Versicherungsmaklers	18
b) Grundlagen des Maklerrechts im Überblick	21
c) Fazit	23

Wer die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers beschreiben will, bewegt sich auf einer nicht in jeder Hinsicht stabilen Plattform. Es fehlt trotz der gesetzgeberischen Aktivitäten in den Jahren 2006/2007 an einer kompakten, alle seine Rechte und Pflichten regelnden Kodifizierung. Daher muss derjenige, der über das rechtliche Maklerbild Aufschluss erlangen will, anstelle eines Blicks in eine solche kompakte Kodifikation sich mit der Tatsache arrangieren, dass er sich zu diesem Zweck mit auf mehrere Gesetze verstreuten Rechtsvorschriften beschäftigen muss. Das sind unter anderem die Normen der Gewerbeordnung, des VVG und der Versicherungsvermittlungsverordnung. Davon abgesehen gibt dieser historisch älteste Vermittlertypus mit seinen vielfältigen Aktivitäten mangels in allen Teilen exakter juristischer Definition seines Erscheinungsbildes immer wieder Anstoß zu rechtlichen Diskursen, und sei es über die zuweilen anzutreffende Behauptung, ein Versicherungsmakler könne zugleich Versicherungsvertreter sein¹⁹. Dennoch wäre es falsch, das Versicherungsmaklerrecht als ein weites Feld, offen für jedwede Diskussionen und ausgestattet mit beträchtlichem Änderungspotenzial, anzusehen. Denn im Laufe der vergangenen Jahrzehnte haben, auf der schmalen Plattform des Handelsmaklerrechts, Rechtsprechung und Schrifttum dem Versicherungsmakler deutlich wahrnehmbare rechtliche Konturen verschafft, die juristische Kontroversen auf diesem Gebiet in die Randzone abgedrängt haben. Durch die Gesetzgebung der Jahre 2006/2007 ist diese Entwicklung verstärkt worden und hat in den Grundzügen zu einer tragfähigen rechtlichen Plattform geführt.

So ist zu vermerken, dass in dieser Materie ein relativ stabiler, aus verschiedenen Komponenten zusammengesetzter rechtlicher Kern als Grundlage vorhanden, der Entwicklungsprozess im Versicherungsmaklerrecht jedoch noch nicht vollständig abgeschlossen ist und wohl letztlich – mit Blick auf sich ändernde Rahmenbedingungen – kaum jemals zu einem definitiven Ende geführt werden kann²⁰. Man kann, in Anlehnung an Reimer Schmidt²¹, drei große

¹⁹So schon fälschlich Bruck, *Das Privatversicherungsrecht*, S. 152.

²⁰Zu dieser Thematik vgl. z.B. Reiff, *Aspekte einer Neugestaltung des Rechtes der Versicherungsvermittlung*, *ZVersWiss* 2002, 103.

²¹Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in Deutschland, *Die Versicherungsgrundschau* 57, 69 (70).

rechtliche Szenarien, in deren Mittelpunkt der Versicherungsmakler steht, unterscheiden. Der Betrachter ist auf diese Weise in die Lage versetzt, unter den verschiedenen Blickwinkeln die Ausgestaltung des rechtlichen Maklerbildes möglichst nahe an der Praxis- bzw. Rechtswirklichkeit zu orientieren:

- rechtliche Beziehungen des Versicherungsmaklers zum Staat (Staatsaufsicht, Zulassung, Stellung)
- rechtliche Beziehungen des Versicherungsmaklers zu den Parteien des Versicherungsvertrags (Klient/VN, Versicherer)
- rechtliche Position des Versicherungsmaklers im Wettbewerb (Regelungsmaterie: UWG, GWB, BGB, VAG).

Die Aufteilung der umfassenden Themenstellung in diese drei Komplexe sieht den Versicherungsmakler in drei deutlich voneinander zu unterscheidenden Rollen:

- (1) unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten als einen gegenüber dem Staat Gewaltunterworfenen,
- (2) auf der privatrechtlichen Ebene zum einen als Vertragspartner des Auftraggebers bzw. des Versicherungsnehmers und Klienten sowie zum anderen als Geschäftspartner des Versicherers mit gewissen rechtlichen Verpflichtungen diesem gegenüber und schließlich
- (3) auf dem Gebiet des ordnungspolitisch konzipierten Wettbewerbsrechts als Mitbewerber im Versicherungsmarkt.

Aus diesen Komponenten ist ein vielmaschiges Netzwerk aus – auch hinsichtlich Intensität und Regelungsdichte – unterschiedlichen Rechtsmaterien entstanden, das von Rechtsprechung und Schrifttum gespannt und über Jahrzehnte hinweg stetig fortentwickelt und besonders durch die in den Jahren 2006/2007 erfolgten gesetzlichen Regelungen zunehmend stabilisiert worden ist. Dieser weit fortgeschrittene Prozess, der die rechtlichen Konturen des Versicherungsmaklers hat klarer hervortreten lassen, drängt die in der Vergangenheit gestellte Frage in den Hintergrund, ob es nicht an der Zeit sei, für diesen spezifischen Vermittlertypus, der sich von dem rechtlichen Erscheinungsbild des Handelsmaklers im Sinne der §§ 93 ff HGB weit entfernt hat, eine kompakte, in sich geschlossene gesetzliche Regelung zu schaffen²². Das wird angesichts der neueren Aktivitäten des Gesetzgebers, der mit dem „Aufteilungsprinzip“, der Verteilung maklerrechtlicher Vorschriften auf mehrere Gesetze, nicht gebrochen hat, eher nicht der Fall sein.

²²S. z.B. Reimer Schmidt, a.a.O., S. 72, schon für die damalige Zeit (1957).

a) Rolle und Erscheinungsbild des Versicherungsmaklers

Nicht das Gesetz prägt in der öffentlichen Wahrnehmung entscheidend den Vermittlertypus „Versicherungsmakler“, sondern es sind das tatsächliche Auftreten und die im Laufe der Zeit entwickelten Handlungs- und Verhaltensmuster dieses außergewöhnlichen, rechtlich nicht leicht fassbaren Finanzdienstleisters, die, durch Rechtsprechung und Schrifttum aufgearbeitet, zu seiner rechtlichen Definition geführt haben. Dieser durchaus nicht leichte Weg ist augenfällig nachzuverfolgen mit Blick auf die Inanspruchnahme unterschiedlicher Rechtsmaterien wie Handelsgesetzbuch, Versicherungsvertragsgesetz, Bürgerliches Gesetzbuch,

Gewohnheitsrecht, Handelsbräuche, Usancen. Dieser Katalog, aus dem das rechtliche Maklerbild wie ein Mosaik zusammengesetzt ist, lenkt zwangsläufig den Blick auf den historischen Werdegang des Versicherungsmaklers mit dem Schwerpunkt auf der Entwicklung der rechtlichen Eckdaten in der neueren Zeit. Sie hat nach langem Zögern des deutschen Gesetzgebers Bewegung in die Materie gebracht und bedeutsame gesetzliche Regelungen auf dem Gebiet des Versicherungsmaklerrechts, besonders mit Blick auf die schützenswerten Belange des Maklerkunden, in Kraft gesetzt.

Rechtliches und tatsächliches Erscheinungsbild des Versicherungsmaklers waren lange Zeit unscharf, so dass man mit Fug und Recht über diesen Vermittlertyp mit Shakespeare sagen konnte: „Du kommst in so fragwürdiger Gestalt“ – „Thou comest in such a questionable shape“²³. So jedenfalls der Eindruck in der Öffentlichkeit. Zu dieser Unschärfe in doppelter Hinsicht trugen bei das ursprünglich elitäre Geschäftsfeld des Versicherungsmaklers in Handel und Industrie und die damit verbundene Abwesenheit im Blickfeld der breiteren Öffentlichkeit sowie vor allem das Fehlen gesetzlicher Berufszugangs- und -ausübungsregelungen. Das sind Umstände, die zur allgemeinen Profilierung des Maklers nichts beisteuern konnten, im Gegenteil Missinterpretationen Vorschub leisteten und im Übrigen diesen Vermittlertypus in der für den deutschen Versicherungsmarkt eigentümlichen Vielfalt von Dienstleistern dieser Art eher untergehen ließ. Über viele Jahrzehnte hinweg bestand eine allgemeine verbraucherunfreundliche Intransparenz der Vermittlertypen.

Immerhin gab es in der, gemessen an der respektablen, mehrere Jahrhunderte umfassenden Tradition, jüngeren Vergangenheit wiederholte Ansätze, die Rolle des Versicherungsmaklers als eines Bundesgenossen und Interessenvertreters des Versicherungsnehmers herauszustellen und dadurch den Boden zu bereiten für das moderne Maklerbild als eines mit herausragender fachlicher Kompetenz, hoher Verantwortung und Vertrauenswürdigkeit sowie strenger Haftung ausgestatteten Vermittlers, der seinen Platz im Lager des Versicherungsnehmers gefunden hat.

Anknüpfungspunkt war die Überlegung, dass Versicherungsinteressenten und Versicherungsnehmer in der nicht nur für sie schwierigen Materie des Versicherungsrechts und der Versicherungstechnik der besonderen Hilfe und Unterstützung nicht nur in fachlicher Hinsicht bedürfen. Es sollte ihnen über das hinzugezogene Expertenwissen hinaus in der Person des Versicherungsmaklers jemand zur Verfügung stehen, der als Produzent von Versicherungsgeschäft die damit verbundene Verhandlungsmacht gegenüber den Versicherern zur Geltung bringt, indem er die Interessen seiner Klienten mit dem gebührenden Nachdruck vertritt und zum Erfolg führt. Das ist keine Entwicklung der neueren Zeit. Schon vor etwa hundert Jahren wurden durchsetzungsmächtige Versicherungsmakler ausgemacht, wahrhaft „königliche Kaufleute“, denen sich selbst gestandene Versicherungsgesellschaften beugten, wenn es um die Durchsetzung der Interessen der Maklerklientel ging. Die Platzierung des Versicherungsgeschäfts dort, wo die besten Zugeständnisse erreichbar sind – das ist somit keine Erfindung des modernen Maklerwesens²⁴.

Diese Entwicklung hat sich über einen längeren Zeitraum hinweg schrittweise vollzogen. Auch bereits lange vor dieser Zeit, im 15. Jahrhundert, waren sich die Makler als Angehörige eines altangesehenen Berufsstandes ihrer besonderen Rolle bewusst. Sie ist geprägt durch Spezialistentum, profunde Sachkunde und starke Verhandlungskompetenz gegenüber den Versicherern im Interesse der von ihnen vertretenen Klienten. So legten zu jener Zeit Genueser Versicherungsmakler Wert auf die Feststellung, dass sich ihre Tätigkeit, die sie als Kunst bezeichneten, deutlich von jener der Waren- und Schiffsmakler abhebe²⁵.

²³Hamlet, 1. Akt, 4. Szene; zitiert nach Sieger, *Die Rechtsstellung des englischen Versicherungsmaklers (Insurance Broker)*, S. 1, für den Versicherungsmakler in Großbritannien.

²⁴S. zu dieser Thematik z.B. „Maklerschaft oder Agenten?“ (o.V.), *Neumanns Zeitschrift für Versicherungswesen* 1914, Nr. 13, S. 174 f.

²⁵Möller, *Die Rechtsstellung des deutschen Versicherungsmaklers speziell in der internationalen Wirtschaft*, VW 1970, 1004.

²⁶Urteil vom 4.5.1934, JRPV
1934, 239.

²⁷LG Hamburg, a.a.O.

²⁸Zur Tätigkeit des Maklers in
der Großlebensversicherung,
VerBAV 1955, 229.

²⁹Arnold, a.a.O.

³⁰Der Versicherungsmakler und
seine Stellung in der Versiche-
rungswirtschaft, S. 41.

³¹VersR 1985, 930.

³²Gemeint: zwischen den Par-
teien stehend.

³³A.a.O., S. 40 ff.

³⁴S. 324 f.

³⁵A.a.O., S. 324.

³⁶Sachwalterurteil,
a.a.O., S. 931.

³⁷Dazu weiter unten.

Im Sinne einer rechtlichen wie auch moralischen Rechtfertigung stützt sich, betrachtet man die neuere Zeit, die Begründung für die besondere Stellung des Versicherungsmaklers in der Entscheidung des LG Hamburg aus dem Jahre 1934²⁶ weniger auf dessen Expertentum und Ansehen als vielmehr – mit Blick auf die komplizierte Versicherungsmaterie und die zumeist fehlende Verhandlungsmacht und Durchsetzungskraft – auf den dadurch hervorgerufenen besonderen Schutzbedarf des Versicherungsnehmers. Die Pflichten des Maklers gegenüber dem Versicherungsnehmer als seinem Auftraggeber seien, wie es noch vorsichtig heißt, „naturgemäß umfassendere als dem Versicherer gegenüber, der seines Schutzes weniger bedarf.“ Darüber hinaus findet sich in dem Urteil der schon in die Moderne hineinreichende, erste Ansätze des Grundsatzes von Best Advice andeutende Gedanke, dass der Makler „für eine größtmögliche Rentabilität des Versicherungsgeschäfts für den Versicherungsnehmer“ zu sorgen habe²⁷.

Einige Jahrzehnte später, im Jahre 1955, stellt beispielsweise Arnold²⁸ mit Blick auf die Kompliziertheit der Materie die besondere Sachkunde des Versicherungsmaklers heraus wie auch seine Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Versicherungsnehmers. Das Bedürfnis nach der beratenden Tätigkeit des Maklers sei gewachsen, besonders gelte dies für seine fachliche Kompetenz, Leistungsvergleiche hinsichtlich der Versicherungsangebote des Marktes zu erstellen²⁹.

Schon zuvor, im Jahre 1951, hat Gauer³⁰ den Versicherungsmakler als den Sachwalter und Interessenvertreter des Versicherungsnehmers bezeichnet. Das ist eine Positionierung und einprägsame Kennzeichnung, die der Bundesgerichtshof dann später in seinem „Sachwalter“-Urteil vom 22.5.1985³¹ aufgegriffen und hinsichtlich der darin eingeschlossenen rechtlichen und tatsächlichen Aussage ausgebaut und konsequent durch die eindeutige Zuordnung des Maklers in das Lager des Kunden/VN zu Ende geführt hat. Gauer hat demgegenüber noch davon gesprochen, der Versicherungsmakler sei in erster Linie Makler³² und dann erst Interessenvertreter des Versicherungsnehmers³³, und hat damit die Rolle des Maklers als eines Mittlers zwischen den Parteien betont.

Mahr, der sich in seinem im Jahre 1951 erschienenen Werk ‚Einführung in die Versicherungswirtschaft‘ ebenfalls mit dem Versicherungsmakler beschäftigt hat³⁴, beschreibt diesen Typus von Versicherungsvermittlern als „Personen oder Firmen, die in Verwertung ihrer Marktkenntnis und ihrer Berufserfahrung von den Versicherungsnehmern beauftragt sind, deren Versicherungsverträge zu den gewünschten Bedingungen bei einem oder mehreren Versicherern unterzubringen.“ Durch diese Umschreibung ist, und wie auch die weiteren Ausführungen erkennen lassen, im Ergebnis festgestellt, dass der Versicherungsmakler im Lager des Versicherungsnehmers, seines Kunden, angekommen ist. So heißt es z.B., diese Schlussfolgerung verstärkend, dass er aufgrund seiner besonderen Marktkenntnis in der Lage sei, für seinen Klienten „die äußersten Zugeständnisse hinsichtlich der Prämie sowie der Bedingungen herauszuholen“³⁵ – ebenfalls ein Anklang an das Prinzip des Best Advice.

Dieses Bild des Versicherungsmaklers als eines Anwalts des Versicherungskunden ist in der Folgezeit noch markanter herausgearbeitet worden. Als – wie der Bundesgerichtshof es bezeichnet³⁶ – treuhänderähnlicher Sachwalter mit entsprechenden weitreichenden Pflichten und einer strengen Haftung ist der Versicherungsmakler seither strikt dem Lager des Versicherungsnehmers zugeordnet, ohne dass er auf der anderen Seite, getragen von dem Doppelrechtverhältnis, gewisse Pflichten auch gegenüber dem Versicherer³⁷ verloren hätte. Dabei handelt es sich um rudimentäre Elemente der Maklerstellung in ihrer klassischen Form. Immerhin tritt die neue, durch konsequente Unabhängigkeit vom Versicherer gekennzeich-

nete Rolle des Maklers beispielsweise auch dadurch hervor, dass Makler versuchen, durch von ihnen kreierte Hausbedingungen günstige Vertragskonditionen für ihre Kunden gegenüber den Versicherern durchzusetzen³⁸. Das stellt eine Weiterentwicklung des Spektrums der Maklertätigkeit dar, die die Bundesgenossenschaft des Versicherungsmaklers im Verhältnis zu den von ihm betreuten Klienten nachdrücklich unterstreicht.

So hat das sich über Jahrzehnte erstreckende kontinuierliche Wirken von Rechtsprechung und Schrifttum die Konturen des Maklerbildes rechtlich und auch tatsächlich schärfer gezeichnet, ohne allerdings ein namentlich in der Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit vollständig stimmiges Bild erreichen zu können. Damit einhergehend ist es dem Makler im Laufe der Zeit mittels eigener Anstrengungen indessen gelungen, sein Profil in dieser zweifachen Hinsicht, namentlich als einziger dem Verbraucher verbundener Finanzdienstleister, für die Öffentlichkeit deutlicher hervorzukehren. Des Weiteren hat er es geschafft, in den anderen Marktsegmenten bis hin zum Privatkundengeschäft in seiner Eigenschaft als rechtlich wie auch tatsächlich von den Versicherern unabhängiger Vermittler Fuß zu fassen.

Weitere, noch zu bewältigende Schwierigkeiten stehen dem Makler auf einer anderen Ebene ins Haus, und zwar dann, wenn er seine Dienstleistungstätigkeit grenzüberschreitend im Bereich der EU zu erweitern gedenkt. Unterschiedliche verwaltungsrechtliche Regelungen in den Mitgliedstaaten der Union behindern derzeit die Aufnahme der Vermittlertätigkeit beträchtlich³⁹, und es dürfte, ausgehend von den Erfahrungen der Vergangenheit, der Wirklichkeit entsprechen, für den Abbau dieser Hemmnisse in den Staaten der EU einen längeren Zeitraum zu veranschlagen. Die Weiterentwicklung der Rechtsstellung des Versicherungsmaklers ist somit auch aus europäischer Sicht insofern ein noch schwebendes Verfahren.

b) Grundlagen des Maklerrechts im Überblick

Die Grundlagen des Versicherungsmaklerrechts sind durch die Gesetzgebung der Jahre 2006/2007 entscheidend verbreitert worden. Die erstmals in der Gewerbeordnung gesetzlich festgeschriebene Notwendigkeit der Zulassung des Versicherungsvermittlers zur gewerblichen Ausübung der Versicherungsvermittlung ragt aus den Neuregelungen der Jahre 2007/2008 als historisch bedeutsamer Umbruch heraus.

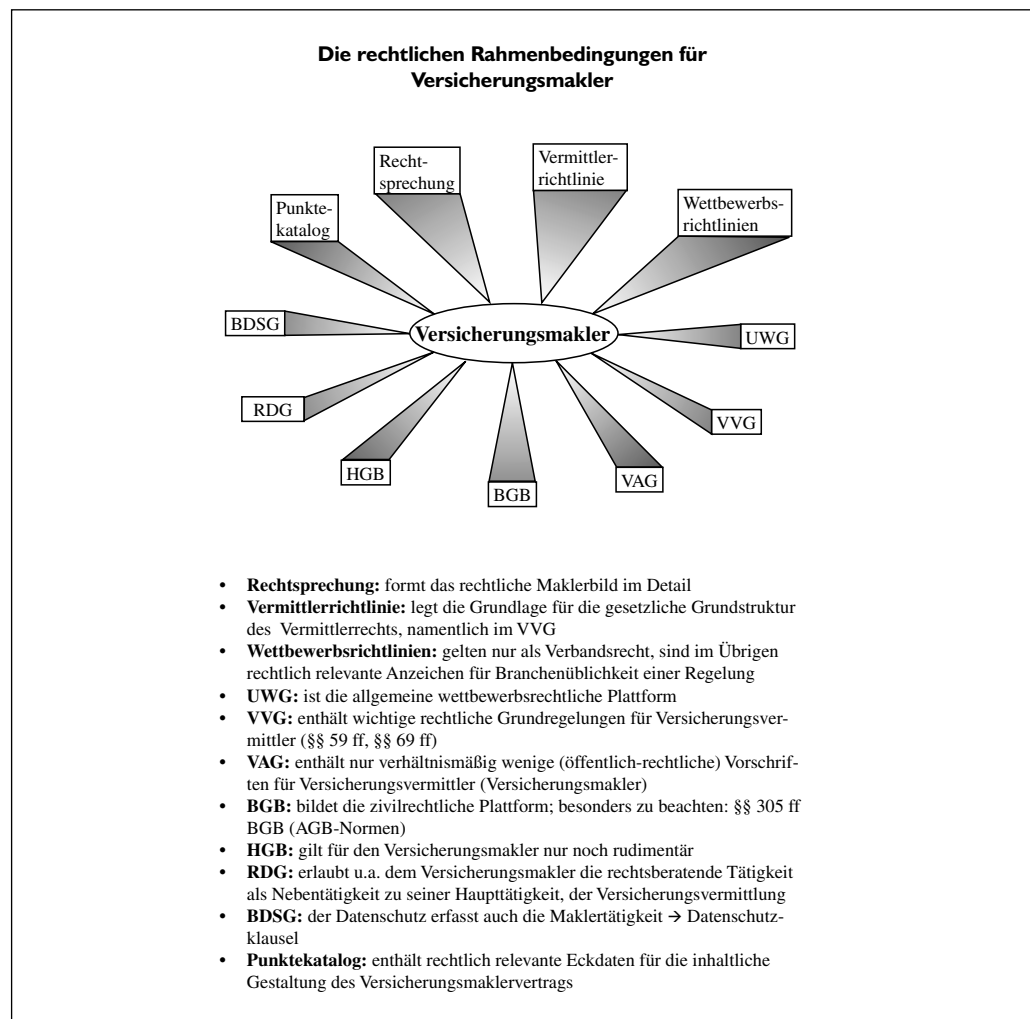
Trotz dieser und weiterer begrüßenswerter gesetzlicher Regelungen dieser Materie, die sie gegenwärtig erfahren hat, verbleibt es, was den Umgang mit dem Versicherungsmaklerrecht angeht, bei dem Status quo der Rechtszersplitterung. Die Beschreibung der Rechtsstellung des Versicherungsmaklers⁴⁰ muss nach wie vor auf mehrere Rechtsquellen zugreifen. Eine in sich geschlossene, das gesamte Recht der Versicherungsvermittlung umfassende oder gar eine eigens auf den Versicherungsmakler mit seinen tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten zugeschnittene gesetzliche Regelung fehlt. Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, der Gewerbeordnung, des Versicherungsvertragsgesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie Gewohnheitsrecht, Handelsbräuche, Usancen und, nicht zuletzt und besonders gewichtig, die Rechtsprechung in maklerrechtlichen Angelegenheiten sowie das einschlägige Schrifttum sind die Bausteine, aus denen das rechtliche Maklerbild von heute zusammengesetzt ist.

³⁸Vgl. dazu z.B. die Hinweise von Sieg, Vertrieb und Vermittlung von Versicherungen aus rechtlicher Sicht, ZVersWiss 1988, 263 (284).

³⁹Vgl. z.B. Reiff, Die Umsetzung der Versicherungsvermittlungerrichtlinie in das deutsche Recht, VersR 2004, 142 (143); S. dazu auch schon Möller, Die Rechtsstellung des deutschen Versicherungsmaklers speziell in der internationalen Wirtschaft, VW 1970, 1004.

⁴⁰Dazu eingehend unter der nachstehenden Ziff. 2.

Abbildung 5



Hintergrund dieser Zersplitterung der Rechtsgrundlagen ist die Tatsache, dass sich der Versicherungsmakler von seiner Basisstation, dem klassischen, weitgehend neutral zwischen den Parteien stehenden Makler, wie er im Handelsgesetzbuch als Standardtypus in den §§ 93 ff umschrieben ist, deutlich entfernt hat. Die Praxis im Verbund mit der Rechtsprechung hat für das ungeschriebene Maklerrecht einen Sonderweg erzwungen, während der Gesetzgeber dem lange Zeit nicht gefolgt ist, vielmehr – anders als zum Beispiel in Österreich – bis zum zwingenden Anstoß durch die Vermittlerrichtlinie vom 9.12.2002 geschwiegen hat. So hatten es, der Marktpraxis folgend, Rechtsprechung und Fachschrifttum in der Vergangenheit übernommen, die kontinuierlich breiter werdende Regelungslücke auszufüllen und das Recht des Versicherungsmaklers auszuformen und fortzubilden.

In Österreich, dessen Versicherungsmaklerrecht in seinem Ursprung durch Einflüsse aus Deutschland stark geprägt worden ist⁴¹, und wo sogar die literarische Behandlung dieser spezifischen vermittlerrechtlichen Materie erst zum Ende der 80er-Jahre einsetzte⁴², hat sich seither trotz zahlreicher handelsrechtlicher Verknüpfungen mit dem deutschen Rechtskreis und seiner Wirtschaft eine Entwicklung vollzogen, die man in verschiedener Hinsicht als eigenständig und zukunftsweisend bezeichnen kann. Sie hat, was das gesetzte Recht angeht, den einschlägigen Rechtszustand in Deutschland durch das Maklergesetz von 1996, das in seinen §§ 26 ff das Recht des Versicherungsmaklers⁴³ behandelt, zeitlich überholt und mit dieser

⁴¹Vgl. z.B. Migsch, *Der Courtaganspruch des Versicherungsmaklers nach österreichischem Recht*, *VersR* 1989, 321 ff (321).

⁴²Migsch, *Der österreichische Versicherungsmakler*, *VersR* 1989, 450.

⁴³Unter dem Titel „Besondere Bestimmungen für den Versicherungsmakler“; zum Wortlaut vgl. Teil 6 (DOKUMENTATION), Nr. (14), sowie auch Prölss/Martin/Kollhosser, *VVG*, nach § 48 a.F., Anm. 66.

Kodifikation seinen vorläufigen Abschluss gefunden. Erst die deutsche Gesetzgebung der Jahre 2006/2007 hat den Rückstand, wenn auch mit einer anderen Regelungskonzeption, aufgeholt.

Gleichwohl lässt sich, auch ohne Blick auf die europarechtlichen Harmonisierungsbestrebungen, feststellen, dass das deutsche und das österreichische Versicherungsmaklerrecht nach wie vor in einer engen verwandtschaftlichen Beziehung stehen und namentlich die rechtliche Plattform des Versicherungsmaklers, das Handelsmaklerrecht⁴⁴, trotz mancher abweichender These⁴⁵, beiden als Grundlage und Ausgangspunkt gemeinsam ist⁴⁶.

Bieten schon einigermaßen geschlossen gesetzlich geregelte Materien, wie z.B. das Miet-, Kauf- und Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, reichlich Stoff für die Rechtsprechung, so wird deutlich, in welch höherem Maße das durch Rechtsnormen nur teilweise ausgebildete Versicherungsmaklerrecht der Unterstützung durch den Richter bedurfte und teilweise auch weiterhin diese Hilfestellung wird verstärkt in Anspruch nehmen müssen. Ebenso unverzichtbar ist die kritische und durch Lückenausfüllung konstruktive Begleitung durch das Fachschrifttum. Der beste Beleg für die Rechtsfortbildung durch Richterrecht ist das in seiner Bedeutung für das Maklerrecht nicht hoch genug einzuschätzende Sachwalterurteil des Bundesgerichtshofs⁴⁷, das Maßstäbe in mehrfacher Hinsicht gesetzt hat⁴⁸ und auf das auch jetzt noch immer wieder zurückgegriffen werden wird⁴⁹.

Der Rechtsanwender hat es noch immer schwer. Ein Blick in das Gesetz hilft bei der Lösung einschlägiger Rechtsfragen aus den dargestellten Gründen in vielen Fällen nicht weiter. Die Kenntnis von Handelsbräuchen und Usancen setzt eine mitunter schwierige Informationsbeschaffung voraus. Nicht einfacher ist der Umgang mit der einschlägigen Rechtsprechung, zumal sie häufig in der Behandlung maklerspezifischer Rechtsfragen nicht einheitlich ist. Verlangt werden dazu umfassende Kenntnisse der einschlägigen Judikatur und ein kritischer Blick bei der Auswertung von Gerichtsurteilen, zumal – besonders in den unteren Gerichtsinstanzen – Fehlentscheidungen nicht selten sind. Soweit bei der Beurteilung maklerrechtlicher Fragen ein Zugriff auf Rechtsnormen möglich ist, stehen unterschiedliche Materien zur Wahl: Handelsmaklerrecht, Zivilmaklerrecht, Auftragsrecht, Gewerberecht und nicht zuletzt die Versicherungsvermittlungsverordnung. So bietet sich dem Rechtsuchenden wie auch dem um Rat gefragten Rechtsexperten ein vielgestaltiges, aus mehreren Bausteinen zusammengefügtes Bild.

c) Fazit

Von dem in den §§ 93 ff HGB typisierten Handelsmakler, der zwischen den Parteien steht und für Fehlleistungen beiden Parteien haftet (§ 98 HGB) und der von jeder der Parteien in der Regel jeweils die Hälfte der Vergütung zu fordern berechtigt ist (§ 99 HGB), unterscheidet sich der Versicherungsmakler als im Lager des Kunden/VN stehender treuhänderähnlicher Sachwalter tatsächlich wie rechtlich signifikant. Praxis und Rechtsprechung haben das Maklerbild im Bereich des Versicherungswesens über Jahrzehnte hinweg entwickelt, ihm die heutige Form gegeben und die für ihn typische Positionierung zugewiesen, so dass dieser Vermittlertypus mit seinen rechtlichen Besonderheiten auch in der Wahrnehmung durch die breitere Öffentlichkeit mehr und mehr an Konturen gewinnt. Den Schlusspunkt hinter den rechtlichen Werdegang hat schließlich der im Jahre 2007 in das VVG eingefügte § 59 Abs. 3 mit der Definition dieses als einzigem im Lager des VN stehenden Vermittlers gesetzt. Danach ist Versicherungsmakler, „wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder von

⁴⁴ §§ 93 ff HGB.

⁴⁵ Dazu referierend Migsch, *Der Courtageanspruch des Versicherungsmaklers nach österreichischem Recht*, VersR 1989, 321, zu der Ansicht von Jabor-negg (Versicherungsmakler = Handelsvertreter oder Zivilmakler) mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶ Hierzu nachstehend Ziff. 2. a); so auch im Ergebnis Migsch, a.a.O.

⁴⁷ Vom 22.5.1985, VersR 1985, 930 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu die Entscheidung in Teil 4 (MAKLERURTEILE) unter Nr. (1) mit einer Erläuterung.

⁴⁹ S. auch Werber, *Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in heutiger Zeit*, VW 1988, 1159.

einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein.“ Mit dieser keinen Zweifel an der Positionierung zulassenden Definition und namentlich der nunmehr zwingenden Sachkundeprüfung mit anschließender Registrierung als den wichtigsten Neuerungen wurde ein historisch bedeutsames neues Kapitel im Recht des Versicherungsmaklers aufgeschlagen.

Der historische Werdegang des Maklerrechts, den man – bezogen auf den Normenkreis der §§ 93 ff HGB – als einen sich über längere Zeit erstreckenden rechtlichen Abspaltungsprozess bezeichnen kann, erklärt, warum bei der Suche nach den diese Materie regelnden Normen, die dem Eigenleben des Versicherungsmaklerrechts eine sichere Grundlage verschaffen sollen, auf unterschiedliche Rechtsmaterien zugegriffen werden muss. Mit anderen Worten fehlt es nach wie vor an einer die Rechtsanwendung erleichternden kompakten gesetzlichen Regelung. Daran hat auch die einschlägige Gesetzgebung des Jahres 2006/2007 nichts geändert, die zwar die im Laufe der Zeit entwickelte Maklerdefinition und die Maklerpositionierung festgeschrieben bzw. bestätigt, jedoch die formale Zersplitterung des Versicherungsmaklerrechts nicht beendet hat.

2. Rechtliche Grundlagen

a)	Der Versicherungsmakler ist Handelsmakler	25
b)	Der Versicherungsmakler als Zivilmakler	28
c)	Versicherungsmakler: Auftragsrecht, Werk- und Dienstvertragsrecht	29
d)	Der Versicherungsmakler als Gewerbetreibender ist Kaufmann	31
e)	Der Versicherungsmakler als eintragungspflichtiger Gewerbetreibender – Registrierung	32
f)	Erfolgreiche Sachkundeprüfung als Voraussetzung für die Registrierung als Versicherungsmakler	34
g)	Gewohnheitsrecht, Handelsbrauch, Usancen	36
h)	Richterrecht – Case Law	37
i)	Blick über die Grenzen: Der Broker in Großbritannien	43
j)	Versicherungsmakler und Rechtsberatung	44
k)	Der Sonderfall des § 34d Abs. 1 S. 4 GewO	51
l)	Fazit	51

Die Aufgabe des Versicherungsvermittlers erschöpft sich nicht in der Beschaffung des Versicherungsschutzes, sondern erstreckt sich, wie Möller zutreffend betont⁵⁰, auch auf die Ausgestaltung, die laufende Überwachung und schließlich auf die Abwicklung der von ihm beschafften Deckung. In hervorragendem Maße gilt dieser Satz für den Versicherungsmakler, der aufgrund seiner Bundesgenossenschaft mit dem Versicherungsnehmer in dieser Aufgabenstellung besonders gefordert ist. Die Vielfalt und die inhaltliche Unterschiedlichkeit der hieraus folgenden Pflichten lassen erkennen, dass das rechtliche Maklerbild diverse Facetten aufweist, unterschiedliche Rechtsmaterien berührt und somit die Lösung der mit diesem Vermittlertypus verbundenen verschiedenartigen Rechtsfragen den Juristen eine Aufgabe stellt, die nicht leicht zu bewältigen ist.

⁵⁰Recht und Wirklichkeit, S. 91.

a) Der Versicherungsmakler ist Handelsmakler

Den Vermittlertypus ‚Versicherungsmakler‘ rechtlich in den Griff zu bekommen, war aus den angeführten Gründen lange Zeit schwierig. Während das Versicherungsvertragsgesetz den Versicherungsvertreter, was seine für das Außenverhältnis bedeutsamen Vollmachten angeht, in den §§ 43 ff behandelte, erwähnte es den Versicherungsmakler nicht einmal. Auch das Handelsgesetzbuch, das in den §§ 93 ff das Recht des Handelsmaklers regelt, schweigt sich über diesen spezifischen Vermittlertypus aus. Eine dem § 92 HGB, der Sonderregelung für Versicherungs- und Bausparkassenvertreter, entsprechende gesetzliche Vorschrift fehlte in der Vergangenheit. Durch das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts⁵¹ und den auf dieser Grundlage in das Versicherungsvertragsgesetz eingefügten § 59 Abs. 3 VVG hat der Versicherungsmakler endlich, im Jahre 2007, seine längst verdiente gesetzliche Definition erfahren.

⁵¹Vom 22.12.2006, BGBl. I S. 3232.

§ 59 Abs. 3 VVG Begriffsbestimmungen

Versicherungsmakler im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder von einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein.

⁵²Zur Standortbestimmung s. z.B. Zopfs, *Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers*, VersR 1986, 747; Werber, *Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in heutiger Zeit*, VW 1988, 1159.

⁵³Ritter, *Das Recht der Seeversicherung*, S. 23.

⁵⁴S. auch Prölss/Martin/Kollhossner, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 2.

⁵⁵Von Gierke, *Versicherungsrecht*, S. 124.

⁵⁶Baumbach/Hopt, HGB, § 97, Anm. 1; vgl. zu dieser Thematik auch Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 60 sowie ausführlicher zur Anwendbarkeit der §§ 93–104 HGB auf den Versicherungsmakler: Teil 3 – ANMERKUNGEN ZU DEN §§ 93–104 HGB.

⁵⁷Sie stellt sich im Allgemeinen als eine vom Versicherer dem Makler erteilte Befugnis zum Prämieninkasso dar, worauf viele Makler, vorwiegend aus Statusgründen, Wert legen.

⁵⁸Zu dem im Mittelpunkt stehenden Haftungskomplex, der Haftung gegenüber dem Kunden, ausführlich weiter unten in Abschnitt V „Die Haftung des Versicherungsmaklers“.

Dennoch dient der Normenkreis der §§ 93 ff HGB nach wie vor als Ausgangsbasis für das Recht des Versicherungsmaklers. Die Erklärung für die stiefmütterliche und zögerliche Behandlung des Versicherungsmaklerrechts durch den Gesetzgeber folgt aus der Tatsache, dass das rechtliche Erscheinungsbild des Versicherungsmaklers im Laufe der wirtschaftsgeschichtlichen Entwicklung durch die Praxis und durch Richterrecht geformt worden ist⁵². Es weicht – „nach der Verkehrssitte“⁵³ von Stellung und Aufgaben des Handelsmaklers erheblich ab⁵⁴, wobei die zuweilen auftauchende Wendung, der Versicherungsmakler sei ein „abgewandelter Handelsmakler“⁵⁵, die Entwicklung dieses Vermittlertypus‘ in Richtung einer vielfältigen Loslösung vom allgemeinen Handelsmaklerrecht und weitgehenden Eigenständigkeit nur unvollkommen zum Ausdruck bringt. Immerhin – das Bemühen, dem Maklerbild rechtliche Konturen zu verleihen, findet einen ersten Anhalt im Handelsgesetzbuch. Ausgangspunkt und Grundlage für das Recht des Versicherungsmaklers sind darin die bereits als schmale Basis bezeichneten Vorschriften über den Handelsmakler in den §§ 93–104 HGB. Diese Normen bilden ein erkennbar schwaches Fundament:

- Die Vorschriften des § 94 HGB (Schlussnote) und des § 95 HGB (Vorbehaltene Aufgabe) haben so gut wie keine praktische Bedeutung für den Versicherungsmakler. Die Funktion der Schlussnote als ein die Ausführung des Geschäfts anzeigendes Dokument wird im Allgemeinen von der Police bzw. vom Versicherungsschein übernommen, „Beweisstücke“, die dem Kunden vom Makler übergeben werden.
- § 96 HGB (Aufbewahrung von Proben) ist von vornherein als eine für den Warenhandel geltende Norm für das Recht des Versicherungsmaklers gegenstandslos.
- § 97 HGB regelt die Inkassobefugnis, die der Makler nach dieser Vorschrift nicht besitzt. Es ist die einzige Norm, die uneingeschränkt auch für den Versicherungsmakler gilt, jedoch dispositives Recht darstellt⁵⁶. Von den Parteien des Versicherungsvertrags kann dem Makler also eine Inkassovollmacht erteilt werden⁵⁷.
- Nach § 98 HGB haftet der Makler gegenüber beiden Parteien. Diese Regelung hat sich beim Versicherungsmakler dergestalt in Richtung einer Haftung gegenüber dem Maklerkunden/VN verschoben, dass eine Haftung gegenüber dem Versicherer zu den Sonderfällen gehört. Sie hat ihre Grundlage in den so genannten Doppelrechtsbeziehungen des Versicherungsmaklers zu beiden Parteien des Versicherungsvertrags und tritt, von Ausnahmen abgesehen, als Haftung gegenüber dem Versicherer dann in Erscheinung, wenn der Makler aufgrund einer Vereinbarung mit dem Versicherer bestimmte Funktionen übernommen hat (z.B. Prämieninkasso, Schadenregulierung) oder er eine ausnahmsweise gegenüber dem Versicherer bestehende Pflicht (Doppelrechtsverhältnis!) verletzt hat.

Unterlaufen dem Makler im Rahmen derartig hergestellter Rechtsbeziehungen schuldhaft Fehler oder Versehen, so haftet er dem Versicherer für die dadurch verursachten wirtschaftlichen Nachteile. Eine Haftung kann den Makler aber auch außerhalb von Tatbeständen treffen, die auf einer Sondervereinbarung mit dem Versicherer beruhen. Es handelt sich um die „ungeschriebenen“ Rechtsbeziehungen zum Versicherer im Rahmen des Doppelrechtsverhältnisses. Hier kann z.B. die Verletzung der gegenüber dem Versicherer bestehenden Pflicht zur Information über wesentliche Risikoverhältnisse einen solchen Haftungstatbestand auslösen⁵⁸.

Der im Jahre 2007 in das Versicherungsvertragsgesetz eingefügte § 63 statuiert eine Schadenersatzpflicht generell des Versicherungsvermittlers, also auch des Versicherungsmaklers, wenn er eine der Pflichten nach § 60 oder § 61 VVG schuldhaft verletzt.⁵⁹ Bei den derart sanktionierten Pflichten handelt es sich um die ihn gegenüber dem Klienten treffenden Beratungs-, Mitteilungs- und Dokumentationspflichten.

§ 63 VVG Schadenersatzpflicht

Der Versicherungsvermittler ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Versicherungsnehmer durch die Verletzung einer Pflicht nach § 60 oder § 61 entsteht. Dies gilt nicht, wenn der Versicherungsvermittler die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Mit dieser gesetzlichen Regelung ist das Gros der Dienstleistungspflichten des Versicherungsvermittlers, namentlich des Versicherungsmaklers, haftungsrechtlich erfasst.

- § 99 HGB weist dem Makler einen „Lohnanspruch gegen beide Parteien“ zu. Diese Regelung gilt nicht für den Versicherungsmakler. Es hat sich der Gewohnheitsrechtssatz herausgebildet, wonach sich dessen Anspruch allein gegen den Versicherer richtet⁶⁰. Somit kann auch diese Norm einschließlich ihrer Ausformung durch Literatur und Rechtsprechung nicht für das Versicherungsmaklerrecht herangezogen werden.
- Für den Versicherungsmakler gelten ferner nicht die Vorschriften über das Tagebuch (§§ 100–104 HGB) aufgrund der Regelung in § 104 Satz 2 HGB: „Auf Personen, welche die Vermittlung von Versicherungs- und Bausparverträgen übernehmen, sind die Vorschriften über Tagebücher nicht anzuwenden.“⁶¹

Dass Aufzeichnungen für den Makler auch ohne gesetzliches Obligo generell erhebliche Bedeutung haben, folgt zum einen aus seiner Pflichtenstellung gegenüber dem Kunden/VN, zum anderen aus der für ihn kritischen Beweislastverteilung: Der Makler hat hinsichtlich der von ihm dem Klienten geschuldeten Aufklärung und Beratung die ordnungsgemäße Erfüllung dieser vertraglichen Pflichten zu beweisen⁶². Die Protokollierung der Kundenberatung stellt sich somit als eine im eigenen Interesse des Maklers zu beobachtende Obliegenheit dar, unabhängig von der ihn treffenden, im Jahre 2007 eingeführten gesetzlichen Regelung der Dokumentationspflicht⁶³ in Gestalt des § 61 Abs. 1 VVG.

§ 61 Abs. 1 VVG Beratungs- und Dokumentationspflichten des Versicherungsvermittlers

Der Versicherungsvermittler hat den Versicherungsnehmer, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, oder der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation hierfür Anlass besteht, nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und, auch unter Berücksichtigung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Beratungsaufwand und der vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Prämien, zu beraten sowie die Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat anzugeben. Er hat dies unter Berücksichtigung der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages nach § 62 zu dokumentieren.

Es bleibt somit, wenn man die Chronik des Versicherungsmaklerrechts nachzeichnet, noch die Betrachtung der Grundnorm des § 93 HGB mit ihrer Begriffsdefinition für den Handelsmakler und ihrer grundsätzlichen Bedeutung auch für den Versicherungsmakler. Dieser wird gewerbsmäßig für andere Personen tätig, indem er „Verträge ... über Versicherungen“ vermit-

⁵⁹Inkrafttreten dieser und generell der Vorschriften §§ 59 ff VVG am 1.1.2008.

⁶⁰Gewohnheitsrechtlicher Anspruch: Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 73; a. A. Prölss/Martin/Kollhoser, VVG, nach § 48, Anm. 29 (Versicherungsvertrag als konkludenter Vertrag zugunsten Dritter); zur Vergütung des Versicherungsmaklers ausführlich: Abschnitt IV („Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers“).

⁶¹Satz 2 des § 104 HGB geht zurück auf die HGB-Novelle vom 23.10.1989, in Kraft getreten am 1.1.1990; s. dazu auch Baumbach/Hopt, HGB, § 84, Anm. 3.

⁶²Zum Beratungsprotokoll vgl. Abschnitt V („Die Haftung des Versicherungsmaklers“), Ziff. 13.

⁶³Vgl. dazu Abschnitt III („Der Versicherungsmaklervertrag“), Ziff. 7, Buchst. c), Nr. (3) Dokumentationspflicht.

⁶⁴S. z.B. Küstner, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, Band 3, Anm. 1833 (S. 497).

⁶⁵So auch Werber, *Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in heutiger Zeit*, VW 1988, 1159 ff (1160), der – als Gegensatz und Gegenüberstellung – zutreffend auf den vom Versicherer ständig betrauten Versicherungsvertreter verweist; im Ergebnis ebenso Pröls/Martin/Kollhossner, *VVG*, nach § 48 a.F., Anm. 1.

teilt, „ohne von ihnen aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein“, § 93 Abs. 1 HGB. Mit dieser Formulierung, die auch die planmäßige Gewinnerzielungsabsicht einschließt⁶⁴, war auch der Versicherungsmakler erfasst, wobei diese gesetzliche Regelung dahin auszulegen ist, dass die ständige Betrauung nicht gegenüber dem Unternehmer – hier also gegenüber dem Versicherungsunternehmen – erfolgt sein darf⁶⁵.

Seit dem im Jahre 2007 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts sind jegliche Kontroversen in dieser Frage aus dem Weg geräumt. Die auf dieser Grundlage in das Versicherungsvertragsgesetz zunächst als § 42a Abs. 3 eingefügte Vorschrift, die im Zuge der VVG-Reform die Bezeichnung § 59 Abs. 3 erhielt, definiert klar, dass der Versicherungsmakler seine Vermittlungs- oder Abschlussstätigkeit ausübt, „ohne von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein.“ Mit dieser gesetzlichen Regelung ist daher die frühere Interpretation des § 93 HGB abgelöst worden.

Der Regelkreis in Gestalt der §§ 93–104 HGB ist, wie in der kursorischen Übersicht dargestellt, für den Typus des Versicherungsmaklers wenig ergiebig. Das gilt namentlich im Hinblick auf die Frage, welche konkreten Pflichten den Makler im Einzelnen treffen. Wer dazu das Handelsgesetzbuch konsultiert, findet lediglich solche Pflichten, die, wie gezeigt, für den Versicherungsmakler so gut wie keine Relevanz haben. Um diese deutlich klaffende Lücke auszufüllen, mussten in der Vergangenheit zwangsläufig Rechtsprechung und Fachschrifttum eingreifen, die über Jahrzehnte hinweg das Versicherungsmaklerrecht kontinuierlich aus der Praxis heraus dingfest gemacht und weiterentwickelt haben. Anleihen aus anderen Rechtsgebieten und Analogiebildungen zusammen mit der Beobachtung und Auswertung der Praxis – Ortsübungen, Usancen, Handelsbräuche bis hin zum Gewohnheitsrecht – machten das rechtliche Instrumentarium zur Klärung von kontroversen Fragen und Lösung von gerichtlichen Streitfällen aus.

⁶⁶Dazu insbesondere nachfolgend unter Buchst. e).

⁶⁷Wortlaut des § 11 VersVermV: vgl. Teil 6 (DOKUMENTATION) unter Nr. (3).

Seit dem Jahre 2007 gelten für den Versicherungsmakler die Pflichten gemäß §§ 60 und 61 VVG – Beratungs-, Mitteilungs- und Dokumentationspflichten. Hinzu tritt die Informationspflicht des § 11 VersVermV, der dem Versicherungsvermittler, also auch dem Versicherungsmakler, beim ersten Geschäftskontakt auferlegt, dem Versicherungsnehmer Angaben u.a. über die eigene Person, den Vermittlerstatus, die Art seiner Gewerbeurteilung⁶⁶ und über eventuelle Beteiligungen an Versicherungsunternehmen zu machen⁶⁷.

b) Der Versicherungsmakler als Zivilmakler

⁶⁸Ausgenommen sind die Urproduktion und die freien Berufe; zur gewerblichen Tätigkeit vgl. Baumbach/Hopt, *HGB*, § 1, Anm. 11 ff.

Die Einordnung des Versicherungsmaklers setzt u.a. voraus, dass er „gewerbsmäßig“ für den Auftraggeber Versicherungen vermittelt oder abschließt, § 59 Abs. 3 VVG. Ein Gewerbe betreibt nach allgemeinem Verständnis, wer eine erlaubte, planmäßige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete, auf eine gewisse Dauer angelegte, wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit am Markt ausübt⁶⁸.

⁶⁹Bruck/Möller, *VVG*, vor §§ 43–48, Anm. 32.

⁷⁰S. dazu auch Pröls/Martin/Kollhossner, *VVG*, nach § 48 a.F., Anm. 2.

Fehlt es an diesen Merkmalen, liegt also eine gewerbsmäßige Tätigkeit nicht vor oder weist der Versicherungsmakler nur Gelegenheiten zum Abschluss nach – was alles selten vorkommen wird – ist er Zivilmakler. In diesem Fall sind die Vorschriften der §§ 652–655 BGB anzuwenden⁶⁹. Allerdings – und das bestätigt auch in diesem Zusammenhang das facettenreiche Bild des Versicherungsmaklers – wird zuweilen auch bei dem gewerbsmäßig sich betätigenden Versicherungsmakler auf diese Normen zurückgegriffen, namentlich auf die Vorschriften der §§ 652 und 653 BGB⁷⁰, die die Entstehung des Maklerlohnanspruchs regeln,

darüber hinaus auch auf § 654 BGB, eine Vorschrift, die festlegt, unter welchen tatsächlichen Umständen der Vergütungsanspruch verwirkt ist⁷¹.

c) Versicherungsmakler: Auftragsrecht, Werk- und Dienstvertragsrecht

Weitere Rechtsquelle für das Versicherungsmaklerrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch sind die §§ 675, 662 ff BGB (Auftrag) sowie die §§ 611 ff BGB (Dienstvertrag) und §§ 631 ff BGB (Werkvertrag). Als Konglomerat von Rechtsvorschriften aus dem Schuldrecht regeln sie das Verhältnis zwischen Makler einerseits und Kunde/VN andererseits.

Der Maklervertrag wird allgemein als ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienst- und Werkvertrags-elementen definiert und behandelt⁷². Der Werkvertragscharakter wird besonders dadurch betont, dass die Courtage, die alle Leistungen des Maklers abgilt, zuerst und im Kern eine Erfolgsvergütung darstellt⁷³. Entscheidendes, die Vergütung auslösendes Moment ist der Vermittlungserfolg. Dieser wird mit anderen Worten durch die Vermittlung des Versicherungsvertrags bzw. mit dem Vertragsabschluss als Werk im Sinne des § 631 Abs. 1 BGB erzielt.

§ 631 Abs. 1 BGB Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Der Maklervertrag ist auf eine bestimmte Dauer – von zumeist einem Jahr – angelegt und bildet für den Makler die rechtliche Plattform für das Tätigwerden in den Versicherungsangelegenheiten seines Kunden. Als Dauerschuldverhältnis überspannt er die gesamte Tätigkeit des Maklers für seinen Klienten, verpflichtet ihn zur Leistung von Diensten im Sinne des § 611 BGB mit der Besonderheit, dass der

§ 611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag

(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.

andere Teil, der Maklerkunde, nicht zur Leistung einer Vergütung verpflichtet ist⁷⁴. Vom Versicherungsmakler getätigte Vertragsneuabschlüsse, -änderungen, -kündigungen sowie die gesamte Beratungs-, Verwaltungs- und Betreuungstätigkeit werden durch den Maklervertrag als Dauerschuldverhältnis legitimiert bzw. finden hierin die entsprechenden Dienstleistungsverpflichtungen des Maklers⁷⁵ ihre rechtliche Grundlage.

Aus dem Auftragsrecht der §§ 662 ff BGB ist, was das Rechtsverhältnis zwischen Versicherungsmakler und seinem Kunden angeht, beispielsweise die Vorschrift des § 671 Abs. 2 BGB ins Blickfeld zu rücken. Danach darf der Beauftragte also der Makler, das mit dem Klienten bestehende Vertragsverhältnis nicht zur Unzeit kündigen.

§ 671 Abs. 2 BGB Widerruf; Kündigung

Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, dass der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

⁷¹Vgl. hierzu Abschnitt IV („Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers“), Ziff. 10 („Wegfall des Courtageanspruchs“), dort zur Verwirkung lit. d).

⁷²Vgl. z.B. Prölss/Martin/Kollhossner, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 4; zu dieser Thematik im Einzelnen unter Abschnitt III („Der Versicherungsmaklervertrag“).

⁷³S. auch Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 38; ebenso im Ergebnis Prölss/Martin/Kollhossner, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 33; ausführlich zur Erfolgsvergütung: Möller, Recht und Wirklichkeit, S. 155 ff; ferner Gauer, Der Versicherungsmakler und seine Stellung in der Versicherungswirtschaft, S. 73; Einzelheiten in diesem Buch in Abschnitt IV „Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers.“

⁷⁴Dazu ausführlich Abschnitt IV „Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers“.

⁷⁵Dazu Abschnitt III „Der Versicherungsmaklervertrag“, Ziff. 7, Buchst. c).

Besonders hervorzuheben aus dem Kreis der auftragsrechtlichen Vorschriften ist § 665 BGB, der dem Beauftragten, hier dem Versicherungsmakler, die Möglichkeit einräumt, von Weisungen, die der Auftraggeber, der Klient, erteilt hat, abzuweichen.

§ 665 BGB Abweichung von Weisungen

Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

Im Rahmen der von einem Versicherungsmakler entfalteten Tätigkeit liegt eine solche Ausnahmesituation z.B. dann vor, wenn die der Ursprungsweisung zugrunde liegenden Umstände sich geändert haben, ein Festhalten an der Weisung versicherungsfachlich nicht sachgerecht und aus der Sicht des Kunden nicht interessegemäß wäre und der Makler schließlich auf die Billigung der Abweichung seitens des Klienten vertrauen darf.

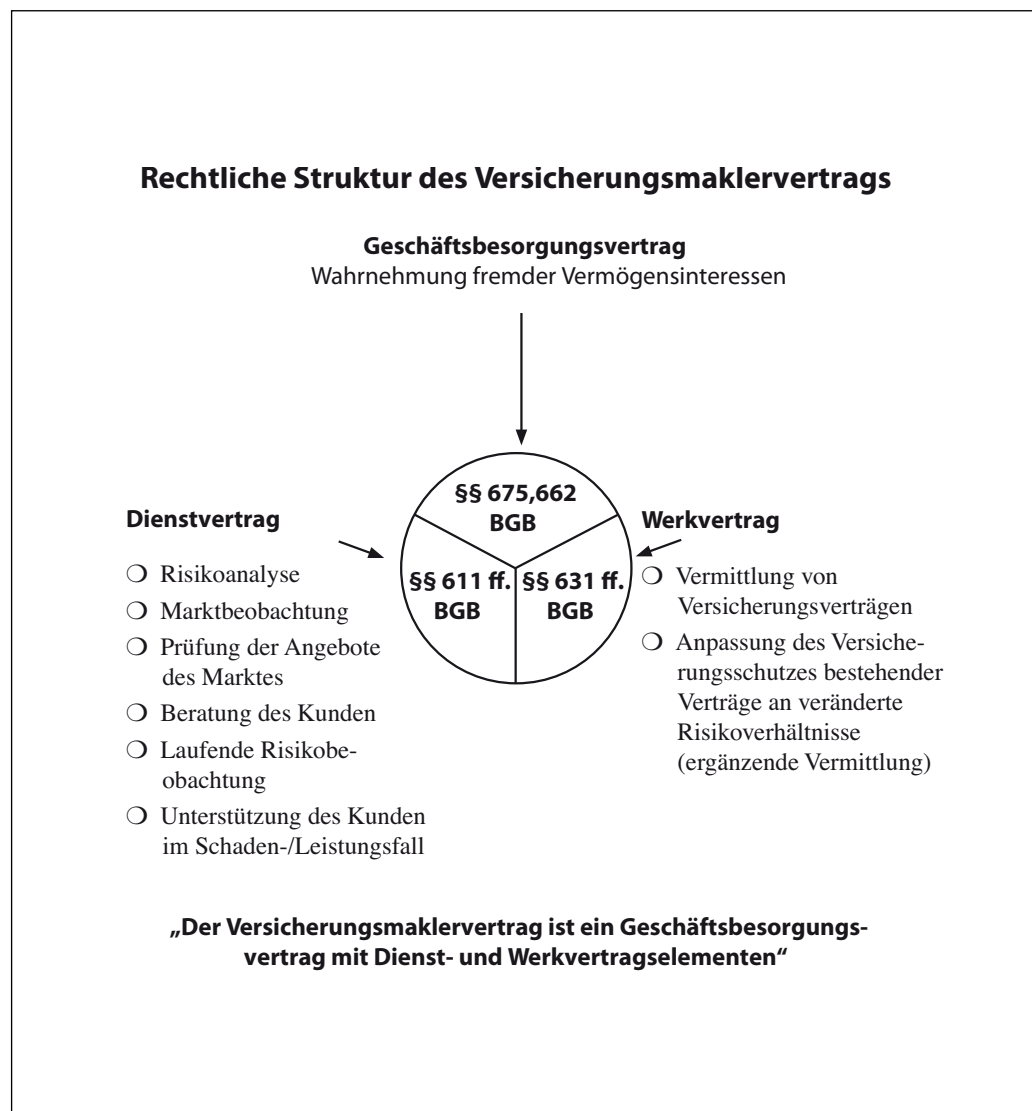


Abbildung 6

d) Der Versicherungsmakler als Gewerbetreibender ist Kaufmann

Kaufmann ist gemäß § 1 Abs. 1 HGB, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Abs. 2 des § 1 HGB definiert in allgemeiner Form, dass ein Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb ist, „es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“

Mit der durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998⁷⁶ erfolgten Neufassung des § 1 Abs. 2 HGB wurde die zuvor geltende enumerative Aufzählung der Gewerbebetriebe aufgegeben, die als Handelsgewerbe im Sinne des Gesetzes gelten⁷⁷. Für die Einordnung des Versicherungsmaklers als Kaufmann bzw. als Gewerbetreibender hat sich durch diese Gesetzesnovellierung materiell nichts geändert. Die Kaufmannseigenschaft des Versicherungsmaklers war – soweit ersichtlich – auch in der Vergangenheit nicht umstritten⁷⁸.

In seiner Eigenschaft als Kaufmann ist der Versicherungsmakler verpflichtet, seine Firma zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, § 29 HGB.

§ 29 HGB (Anmeldung der Firma)

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat seine Namensunterschrift unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen.

Die Anmeldung hat bei dem örtlich zuständigen Amtsgericht zu erfolgen, Nr. 1 der Handelsregisterverordnung. Das Handelsregister besteht

HRV 1 (Zuständigkeit des Amtsgerichts)

Jedes Amtsgericht führt für seinen Bezirk ein Handelsregister, soweit nicht durch Anordnung des Ministers der Justiz die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen ist.

aus den Abteilungen A und B, in das der Versicherungsmakler mit seinem Unternehmen je nach dem individuellen Status einzutragen ist, Nr. 3 der Handelsregisterverordnung.

HRV 3 (Einrichtung des Registers)

(1) Das Handelsregister besteht aus zwei Abteilungen.

(2) In Abteilung A werden eingetragen die Einzelkaufleute, die in dem § 33 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten juristischen Personen sowie die offenen Handelsgesellschaften, die Kommanditgesellschaften und die Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigungen.

(3) In die Abteilung B werden eingetragen die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Die Firma ist – so die gesetzliche Definition in § 17 Abs. 1 HGB – der Name, unter dem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Auf die Bildung und die Führung einer Firma, also einer Firmenbezeichnung, kann der Kaufmann nicht verzichten, etwa mit dem Ziel, diesen Formalanforderungen zu entgehen. Er ist vielmehr verpflichtet, eine Firma anzunehmen⁷⁹. Nach vollzogener Eintragung lautet der notwendige Rechtsform-

⁷⁶BGBI. I, S. 1474.

⁷⁷Ziff. 1. bis 9.;
Handelsmakler = Ziff. 7.

⁷⁸Vgl. z.B. Rohrbeck/Durst/
Bronisch, Das Recht des
Versicherungsagenten, S. 13; s.
auch Möller, Recht und Wirk-
lichkeit, S. 41; aktuell: Prölss/
Martin/Kollhoser, VVG,
nach § 48 a.F., Anm. 1.

⁷⁹Baumbach/Hopt, HGB,
§ 29, Anm. 1.

zusatz: eingetragener Kaufmann, eingetragene Kauffrau bzw. abgekürzt: e. K., e. Kfm., e. Kfr.. Diese Regelung ist in § 19 Nr. 1 HGB enthalten.

⁸⁰BGBI. I 1474.

In diesem Zusammenhang ist besonders hervorzuheben: Im Gegensatz zum alten Rechtszustand ist nach dem Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998⁸⁰ der Einzelkaufmann bei der Bildung der Firma freier gestellt. Neben einer Personenfirma, wie bisher, kann er seither auch eine Sach- oder eine Phantasiefirma führen⁸¹.

⁸¹Einzelheiten: s. Baumbach/
Hopt, HGB, § 17, Anm. 2, 3
und 6.

e) Der Versicherungsmakler als eintragungspflichtiger Gewerbetreibender – Registrierung

In ordnungspolitischer Hinsicht ist das Wesen der Versicherungsvermittlung dem einschneidendsten Wandel seiner Geschichte unterworfen worden. Erfassen von Daten, Kategorisieren, Registrieren, Auswerten und die aufbereiteten Dateien einer interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung stellen – das waren lange Zeit Fremdworte in der Welt der Vermittlerschaft. Und über die datentechnischen Modalitäten einschließlich der mit ihnen verknüpften Möglichkeiten von Kontrolle und Steuerung hinaus gilt diese Feststellung ebenso für die seither unabdingbare Voraussetzung der Vermittlerregistrierung: die gesetzlich vorgeschriebene, an die Erfüllung bestimmter Kriterien gebundene Gewerbeerlaubnis.

Die zulässige Ausübung des Gewerbes eines Vermittlers von Versicherungen setzte in der Vergangenheit lediglich voraus, dass der Versicherungsmakler wie jeder gewerblich tätige Versicherungsvermittler diese Tätigkeit der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 GewO schlicht anzeigte. Mangels jeglicher Berufszugangs- und -ausübungsvoraussetzungen war infolgedessen auch Berufsfremden wie generell fachlich nicht qualifizierten Personen die Tätigkeit als Versicherungsvermittler eröffnet. Diese überaus liberale Rechtssituation auf dem so bedeutsamen Gebiet der Finanzdienstleistungen und die daraus sich herleitenden negativen Folgen für das versicherungsuchende Publikum haben sich vielfach zum Schaden der seriösen Vermittlerschaft ausgewirkt.

Die den ungehinderten Zustrom auch von nicht hinreichend fachlich qualifizierten Personen begünstigende Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten der Neuordnung des Versicherungsvermittlerrechts im Jahre 2007 entscheidend verändert. Das Handeln des deutschen Gesetzgebers war indessen nicht freiwillig. Es bedurfte der „Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung“⁸², um die nationale Gesetzgebung auszulösen und – u.a. – die Zulassung zum Gewerbe der Versicherungsvermittlung sowie die Registrierung der Vermittler gesetzlich zu regeln. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie müssen Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler in ihrem Herkunftsstaat in ein Register eingetragen werden, wenn die beruflichen Anforderungen nach Art. 4 der Richtlinie erfüllt sind.

⁸²S. Nr. (5) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

Mit einer Verzögerung von rund zwei Jahren gegenüber dem von der Richtlinie vorgesehenen Umsetzungszeitpunkt ist am 22.12.2006 das Gesetz zur Neuordnung des Versicherungsvermittlerrechts im Bundesgesetzblatt verkündet worden⁸³. Hierdurch wurden, um den europarechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen, mehrere Gesetze – die Gewerbeordnung, das Versicherungsvertragsgesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz – durch entsprechende, der Richtlinie Rechnung tragende Vorschriften ergänzt.

⁸³BGBI. I S. 3232.

Die Vermittlung von Versicherungen ist danach, und zwar aufgrund des neu in die Gewerbeordnung eingefügten § 34d, zum erlaubnispflichtigen Gewerbe umgestaltet worden. Die seither erforderliche Zulassung des Gewerbetreibenden zur Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers gilt für die Versicherungsmakler ebenso wie für die Versicherungsvertreter sowie für die anderen Arten von Versicherungsvermittlern, sofern sie sich gewerbsmäßig betätigen:

§ 34d Abs. 1 Satz 1 GewO Versicherungsvermittler

Wer gewerbsmäßig als Versicherungsmakler oder als Versicherungsvertreter den Abschluss von Versicherungsverträgen vermitteln will (Versicherungsvermittler), bedarf der Erlaubnis der zuständigen Industrie- und Handelskammer.

Neben der notwendigen Zulassung zur Ausübung des Vermittlergewerbes legt § 34d GewO auch die Pflicht zur Registrierung fest:

§ 34d Abs. 7 Satz 1 GewO Versicherungsvermittler

Gewerbetreibende nach den Absätzen 1, 3 und 4 sind verpflichtet, sich unverzüglich nach Aufnahme ihrer Tätigkeit in das Register nach § 11a Abs. 1 eintragen zu lassen.

Erfasst sind damit die Versicherungsmakler und die Versicherungsvertreter (Abs. 1 des § 34d GewO), die gebundenen oder Ausschließlichkeitsvertreter (Abs. 4) und die so genannten produktakzessorischen Versicherungsvermittler, die neben ihrer gewerblichen Haupttätigkeit (z.B. Autohändler, Reifenhändler, Elektrohändler, Reisebüros) auch Versicherungen vermitteln (Abs. 3). Die Aufgabe der Registerführung ist den Industrie- und Handelskammern zugewiesen:

§ 11a Abs. 1-3 GewO Vermittlerregister

Jede Industrie- und Handelskammer (Registerbehörde) führt ein Register der nach § 34d Abs. 7 ... Eintragungspflichtigen. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Landesrecht. Zweck des Registers ist es insbesondere, der Allgemeinheit, vor allem Versicherungsnehmern und Versicherungsunternehmen, die Überprüfung der Zulassung sowie des Umfangs der zugelassenen Tätigkeit der Eintragungspflichtigen zu ermöglichen.

Die das Vermittlerregister betreffenden Einzelheiten regeln die §§ 5–7 der Versicherungsvermittlungsverordnung. Den Inhalt des Registers schreibt § 5 dieser Verordnung in insgesamt acht Positionen vor⁸⁴:

- Familien- und Geburtsname, Vorname sowie Firma
- Geburtsdatum
- Statusangabe:
 - Versicherungsmakler nach § 34d Abs. 1 GewO
 - Versicherungsvertreter nach § 34d Abs. 1 GewO
 - gebundener Versicherungsvertreter nach § 34d Abs. 4 GewO
 - produktakzessorischer Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 3 GewO
 - Versicherungsberater nach § 34e Abs. 1 GewO

⁸⁴Zum vollständigen Wortlauts des § 5 VersVermV vgl. Teil 6 (DOKUMENTATION), Nr. (3).

- Bezeichnung und Anschrift der zuständigen Registerbehörde
- Angabe des Staates oder der Staaten der EU oder des EWR, in denen der Vermittler beabsichtigt, tätig zu werden
- Betriebliche Anschrift (Geschäftsanschrift)
- Registrierungs-Nr., unter der der Vermittler im Register geführt wird
- bei einem gebundenen Vertreter: Angabe des/der haftungsübernehmenden Versicherungsunternehmen(s).

Die Einschaltung der Industrie- und Handelskammern in das Verfahren mit der auf diese Weise verknüpften regionalen Aufgliederung bedeutet die dezentrale Durchführung der Registrierung der Versicherungsvermittler. Das Gesetz stellt jedoch durch die Regelung in § 11a Abs. 2 GewO sicher, dass die Auskünfte aus dem Register im Wege der Vernetzung der regionalen Registerbehörden von einer zentralen Stelle aus abrufbar sind, und zwar über das Internet. Dieser Lösungsweg soll einen schnellen und leichten Zugriff auf die im Register gespeicherten Daten ermöglichen.

Auch die schriftliche Erteilung der Registerauskunft ist möglich. Letzteres ist allerdings nur zulässig, wenn das Auskunftersuchen seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht erfolgt oder von Seiten der für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständigen Behörden initiiert wird. Das sieht § 7 VersVermV vor, der auch festlegt, dass die Angaben nach § 5 Satz 1 Nr. 2 und 8 VersVermV nicht automatisch abrufbar sind⁸⁵. Nach der Begründung, die der Versicherungsvermittlungsverordnung beigegeben ist, dienen diese Angaben lediglich verwaltungstechnisch zur Identifikation des Eintragungspflichtigen und des haftungsübernehmenden Versicherungsunternehmens.

⁸⁵Vgl. im Übrigen den Wortlaut der §§ 5–7 VersVermV in Teil 6 (DOKUMENTATION), Nr. (3).

Von diesen Ausnahmen abgesehen, besteht Öffentlichkeit des Registers, wodurch der Leitgedanke des § 11a Abs. 1 GewO verwirklicht wird, der Allgemeinheit die Überprüfung der Zulassung und des Umfangs der zugelassenen Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers zu ermöglichen. Daran haben die seriösen Vermittler, insbesondere die Versicherungsmakler, ein nachhaltiges Interesse mit Blick auf nicht hinreichend qualifizierte Personen, die sich zu Unrecht den „schönen Hut“ des Maklers aufsetzen.

Mit der Eintragung des Versicherungsvermittlers, hier des Versicherungsmaklers, ist sein rechtlicher Status zur Kenntnis der Öffentlichkeit festgeschrieben. Das Vermittlerregister ist auf dem tagesaktuellen Stand zu halten. Wird z.B. einem Vermittler von der zuständigen Behörde die weitere Tätigkeit wegen Unzuverlässigkeit untersagt, hat sie dies der Registerbehörde unverzüglich mitzuteilen. In diesem Fall sowie bei der Aufhebung der Gewerbeerlaubnis oder der Erlaubnisbefreiung sowie in den weiteren vom Gesetz vorgesehenen Fällen löscht die Registerbehörde die Daten des Betroffenen unverzüglich, § 11a Abs. 3 GewO.

f) Erfolgreiche Sachkundeprüfung als Voraussetzung für die Registrierung als Versicherungsmakler

Eine vom Versicherungsvermittler erfolgreich abgelegte Sachkundeprüfung als gesetzlich zwingende Berufszugangs- und -ausübungsvoraussetzung ist – vom Standpunkt des Jahres 2007 aus mit Blick in die Vergangenheit betrachtet – ebenfalls eine fundamentale Neuerung. Ihre Einführung durch den deutschen Gesetzgeber geht zurück auf die EG-Vermittlerrichtlinie vom 9.12.2002⁸⁶, deren Art. 4 in Abs. 1 verlangt, dass Versicherungs- und Rückversicherungs-

⁸⁶S. Nr. (5) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

vermittler über angemessene „Kenntnisse und Fertigkeiten“ verfügen müssen. Diesem verbindlichen Auftrag folgend, sieht § 34d GewO, eingefügt durch das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 22.12.2006⁸⁷, in Abs. 2 u.a. vor, dass dem Gewerbetreibenden bzw. Antragsteller die Gewerbeerlaubnis zu versagen ist, wenn er den Sachkundennachweis nicht erbringen kann:

§ 34d Abs. 2 GewO Versicherungsvermittler

Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn 1. ... , 2. ... , 3. ... ,

4. der Antragsteller nicht durch eine vor der Industrie und Handelskammer erfolgreich abgelegte Prüfung nachweist, dass er die für die Versicherungsvermittlung notwendige Sachkunde über die versicherungsfachlichen, insbesondere hinsichtlich Bedarf, Angebotsformen und Leistungsumfang, und rechtlichen Grundlagen sowie die Kundenberatung besitzt; es ist ausreichend, wenn der Nachweis durch eine angemessene Zahl von beim Antragsteller beschäftigten natürlichen Personen erbracht wird, denen die Aufsicht über die unmittelbar mit der Vermittlung befassten Personen übertragen ist und die den Antragsteller vertreten dürfen.

Aus dieser Regelung geht hervor, dass nicht jede Person im Unternehmen, die Versicherungen vermittelt, über die erforderliche Sachkunde im Sinne des Gesetzes verfügen muss, sondern in Maklerbetrieben ist sicherzustellen, dass hinsichtlich der Stellung im Unternehmen herausgehobene (vertretungsberechtigte) Personen diese Voraussetzung erfüllen und die nachgeordneten Vermittler in dem Sinne kontrollieren und gewährleisten, dass deren Tätigkeit in den gesetzlich vorgeschriebenen Bahnen verläuft.

Was unter Sachkunde zu verstehen ist und welche Gegenstände die Sachkundeprüfung umfasst, wird in Abschnitt 1 der Versicherungsvermittlungsverordnung⁸⁸ und dort in den §§ 1–4 geregelt. Den Grundsatz enthält § 1 Abs. 1 VersVermV:

§ 1 Abs. 1 VersVermV Grundsatz

Durch die Sachkundeprüfung nach § 34d Abs. 2 Nr. 4 der Gewerbeordnung erbringt der Prüfling den Nachweis, über die zur Ausübung der in § 34d Abs. 1 der Gewerbeordnung genannten Tätigkeiten erforderlichen fachspezifischen Produkt- und Beratungskennntnisse zu verfügen.

Einen generellen Überblick über die Gegenstände der Sachkundeprüfung verschafft § 1 Abs. 2 VersVermV, während die „Anlage 1 (zu § 1 Abs. 3 Satz 2)“ mit der Überschrift „Inhaltliche Anforderungen an die Sachkundeprüfung“ in diversen Positionen die Einzelheiten regelt⁸⁹.

§ 2 VersVermV („Zuständige Stelle und Prüfungsausschuss“) bestimmt, bei welcher Industrie- und Handelskammer der Prüfling die Sachkundeprüfung ablegen kann. Bei den Kammern sind für diesen Zweck Prüfungsausschüsse einzurichten, deren Mitglieder für die jeweiligen Prüfungsgebiete über die erforderliche Sachkunde verfügen sowie mit der aktuellen Praxis der Versicherungsvermittlung oder -beratung vertraut sein müssen.

§ 3 VersVermV („Verfahren“) sieht in Abs. 1 für die Prüfung einen schriftlichen und einen praktischen Teil vor. U.a. ist in dieser Vorschrift festgelegt, dass die Prüfung nicht öffentlich ist (Abs. 6) und dass das Prüfungsergebnis entweder mit „bestanden“ oder mit „nicht bestanden“ bewertet wird (Abs. 5). Die Prüfung kann beliebig oft wiederholt werden (Abs. 7). Über die erfolgreich abgelegte Prüfung erhält der Prüfling eine Bescheinigung (Abs. 8)⁹⁰.

⁸⁷Vgl. Nr. (1) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

⁸⁸S. Nr. (3) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

⁸⁹S. ebenfalls Nr. (3) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

⁹⁰Das Muster dieser Bescheinigung findet sich in Anlage 2 zu § 3 Abs. 8 VersVermV.

§ 4 VersVermV („Gleichstellung anderer Berufsqualifikationen“) enthält eine Aufzählung von anderen Berufsqualifikationen, die als Nachweis der erforderlichen Sachkunde anerkannt werden, wie z.B. den Abschluss als Versicherungskaufmann oder –frau sowie als Versicherungsfachwirt oder –wirtin. Abs. 2 der Vorschrift nennt die Voraussetzungen, unter denen ein erfolgreich abgeschlossenes Hochschulstudium als Nachweis anerkannt werden kann.

Die Verordnung schreibt die Sachkundeprüfung nicht ausnahmslos vor, trägt vielmehr dem Gedanken des Bestandsschutzes in Ansehung der bereits tätigen Vermittler Rechnung und macht damit von der Möglichkeit des Art. 5 der Richtlinie Gebrauch:

§ 1 Abs. 4 VersVermV Grundsatz

Personen, die seit dem 31. August 2000 selbstständig oder unselbstständig ununterbrochen als Versicherungsvermittler oder als Versicherungsberater tätig waren, bedürfen keiner Sachkundeprüfung, wenn sie sich bis zum 1. Januar 2009 in das Register nach § 11a Abs. 1 der Gewerbeordnung haben eintragen lassen oder die Erlaubnis beantragt haben.

Mit dem Begriff „Personen“ sind zunächst natürliche Personen gemeint; erfasst sind jedoch auch juristische Personen analog zu der Regelung in § 34d Abs. 2 Nr. 4 GewO, wonach der erforderliche Sachkundenachweis durch eine angemessene Zahl von bei der juristischen Person beschäftigten Personen erbracht wird, die die juristische Person vertreten dürfen, über die notwendige Qualifikation verfügen und denen die Aufsicht über die unmittelbar mit der Vermittlung von Versicherungen befassten Personen übertragen ist.

g) Gewohnheitsrecht, Handelsbrauch, Usancen

Die Verlegenheit, in der sich das Versicherungsmaklerrecht hinsichtlich seiner Rechtsgrundlagen in einem nicht unerheblichen Maße befindet, ist durch die zahlreichen Rückgriffe auf unterschiedliche Rechtsmaterien sinnfällig dokumentiert. Wo es indessen an stimmigen, von der Sache her überzeugenden Regelungsprinzipien in anderen Rechtsgebieten fehlt, Anleihen für das Maklerrecht also kein probates Mittel waren, bleibt keine andere Lösung als die Handlungsprinzipien der Praxis selbst auszuwerten, ihnen die rechtlichen Leitlinien zu entnehmen und für die Strukturierung dieses Sonderrechtsgebiets zu verwenden. Dabei gilt die stillschweigende Annahme, dass die an diesem kommerziellen Prozess Beteiligten jeweils für ihre Seite die Interessen ausreichend durchsetzen konnten. Als Konsequenz kann angenommen werden, dass bei der Transformation geübter Maklerpraxis in die rechtliche Kategorie dem Gerechtigkeitsgebot im Großen und Ganzen Genüge getan ist. Wo im Laufe der Zeit durch Änderung der äußeren Umstände insofern eine Schieflage aufgetreten ist, hat die Rechtsprechung dieser Entwicklung in ihren Entscheidungen durch Korrekturen Rechnung getragen.

⁹¹*Gewohnheitsrecht entsteht durch lang dauernde tatsächliche Übung, getragen von der Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise, durch die Einhaltung der Übung bestehendes Recht anzuwenden; s. hierzu auch Baumbach/Hopt, HGB, Einleitung vor § 1, Anm. 17.*

⁹²*In Bruck/Möller, VVG, Einleitung, Anm. 36.*

Branchenspezifisch betrachtet lautet die Frage: Wie sind, hier also auf die Tätigkeiten der Versicherungsmakler fokussiert, die Handhabungen, Übungen und Verfahrensweisen der Angehörigen dieses Berufsstandes – über die Zeit hinweg betrachtet – beschaffen? Je nach dem Grad der Allgemeingültigkeit der Verfahrensweisen, ihrer Dauer wie auch der dazu gehörigen Rechtsüberzeugung der Beteiligten können diese sich über Ortsübungen, Usancen und Handelsbräuche bis hin zur Bildung von Gewohnheitsrecht⁹¹ verdichten. In letzterer Hinsicht nennt Möller⁹² das Beispiel, wonach mindestens im hansestädtischen Geschäftsverkehr der Versicherungsmakler gewohnheitsrechtlich als bevollmächtigt gilt, den Versicherungsnehmer beim Vertragsabschluss zu vertreten. Ein weiteres Beispiel aus der Kategorie Gewohnheitsrecht

ist die Regelung, die für die Zahlung der Courtage gilt. Nicht der Vertragspartner des Maklers, der Kunde/VN als der Dienstleistungsempfänger, schuldet die Vergütung, sondern der Versicherer ist, von der Festlegung in § 99 HGB abweichend – beide Parteien schulden das Entgelt zur Hälfte – , allein zahlungsverpflichtet. Diese ungewöhnliche, durch die Courtagezusagen der Versicherer formal unterlegte Vergütungsregelung stellt Gewohnheitsrecht dar⁹³.

h) Richterrecht – Case Law

Die deutsche Rechtsordnung wird in erster Linie vom gesetzten Recht bestimmt. Große Gesetzeswerke wie das Bürgerliche Gesetzbuch, das Handelsgesetzbuch – im Versicherungsrecht das Versicherungsvertragsgesetz und auch das Versicherungsaufsichtsgesetz – , sämtlich etwa hundert Jahre alt, sowie eine Fülle von Spezialgesetzen sind darauf angelegt, nach Möglichkeit alle relevanten Lebenssachverhalte zu regeln. Die Lebensverhältnisse sind indessen nicht statisch. Denn die Zeitumstände, die Rahmenbedingungen, ändern sich laufend, ein dynamischer Prozess, der vielfach die bestehenden gesetzlichen Regelungen überholt. Geschriebenes Recht muss, den geänderten tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragend, novelliert werden, neue Gesetze müssen einen Zuschnitt haben, der nicht nur die aktuellen Lebenssachverhalte regelt, sondern nach Möglichkeit auch Entwicklungen in der Zukunft vorwegnimmt, um dadurch ihre Zukunftsfähigkeit sicherzustellen. Fehlt es daran, sind die Richter gezwungen, mit dem Vorhandenen auszukommen und Lücken mit den von der Rechtswissenschaft entwickelten Methoden auszufüllen. Dazu gehört im äußersten Fall auch der Weg, eine Rechtsfrage und mit ihr vielleicht den ganzen Prozess contra legem zu entscheiden.

Dem Richterrecht fällt diese Aufgabe in einem besonderen Maße zu, wenn im Laufe der Zeit im tatsächlichen Bereich sich eine regelungsbedürftige Spezialmaterie entwickelt, ohne dass der Gesetzgeber dem einigermaßen zeitnah Rechnung trägt. Vor dem Hintergrund unausweichlich zu lösender Streitfragen muss der Richter tätig werden und, wie im Falle des Versicherungsmaklerrechts, mangels Vorhandenseins eines einigermaßen vollständigen materieadäquaten Normensystems seine Rechtsfindung auf Vorschriften stützen, die dem Regelungsgegenstand inhaltlich am nächsten kommen – unter Zuhilfenahme von Auslegung und Analogie. Diese Methode muss umso mehr in Anspruch genommen werden, je geringer die Regelungsdichte einer Materie beschaffen ist. Im Versicherungsmaklerrecht befindet sie sich auch nach der Gesetzgebung der Jahre 2006/2007 auf keinem hohen Niveau – die Aufgabenstellung der Gerichte, die sich zumindest teilweise des Beistands durch das Schrifttum bedienen können, ist daher noch immer beträchtlich und verantwortungsvoll.

Der sich im Laufe der Zeit ergebende Regelungs- und Anpassungsbedarf fordert jedoch grundsätzlich und in erster Linie das Handeln des Gesetzgebers. Dessen zeitnahes Reagieren ist oft Wunschvorstellung, wie sich bei der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien mehr als ein Mal gezeigt hat. Seiner Untätigkeit liegt nicht selten gezielte Enthaltensamkeit zugrunde, wie z.B. aus der lange Zeit fehlenden gesetzlichen Regelung des Vermittlerrechts im deutschen Rechtskreis gemäß den Richtlinienvorgaben abzulesen ist.

Vor diesem Hintergrund haben sich im rechtstatsächlichen Bereich Substitutionslösungen entwickelt, die sich eng an der Praxis orientieren und in Teilbereichen das Handeln des Gesetzgebers sogar entbehrlich erscheinen lassen. Ein Beispiel ist das hier behandelte Versicherungsmaklerrecht. Es hat seinen Ausgangspunkt im Recht der Handelsmakler – §§ 93 ff HGB – , ist jedoch im Laufe der Zeit zu einer eigenständigen Rechtsmaterie herangewachsen –

⁹³Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 73 mit weiteren Hinweisen; a. A. Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 29; im Einzelnen zur Frage der Vergütung s. Abschnitt IV („Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers“).

in seinem Regelungsinhalt weit entfernt von seinem ursprünglichen Standort. Diese Arbeit hat die Rechtsprechung, unterstützt durch das Fachschrifttum, geleistet, die den tatsächlichen Gegebenheiten in der Praxis der Versicherungsmakler Rechnung getragen, namentlich maklertypische Verfahrensweisen und Usancen aufgenommen sowie zusätzlich eigenständige Lösungen entwickelt und durch eine im Wesentlichen kontinuierliche Spruchpraxis verfestigt hat.

aa) Versicherungsmaklerrecht – der Richter als Rechtsschöpfer?

⁹⁴*VersR 1985, 930 ff, dokumentiert und kommentiert in Teil 4 (MAKLERURTEILE) unter Nr. (1).*

Exemplarisch für diese Entwicklung im Versicherungsmaklerrecht ist das mit herausragender Bedeutung ausgestattete Sachwalterurteil des Bundesgerichtshofs⁹⁴. Es hat zwar nicht sämtliche – das ist bei der Entscheidung eines einzelnen Falles kaum möglich –, so doch aber eine ganze Reihe wichtiger maklerrechtlicher Fragen beantwortet oder auch nur – anknüpfend an frühere Urteile sowie die einschlägige Rechtsliteratur – bisherige Lösungen bestätigt. Das so entstandene Richterrecht weicht teilweise deutlich von den entsprechenden Regelungen im Recht der Handelsmakler ab. Die folgenden wesentlichen Rechtssätze sind dieser Entscheidung – direkt oder indirekt – zu entnehmen:

- Generell: Die Pflichten des Versicherungsmaklers gehen weit.
- Insbesondere gilt die Verpflichtung des Maklers, den Kunden laufend und ungefragt über den Stand seiner Eindeckungsbemühungen zu unterrichten.
- Pflicht zu echter Überzeugungsarbeit besteht, wenn der Kunde sich der besseren Sach- und Fachkunde des Maklers verschließen will.
- Der umfassenden Pflichtenstellung des Versicherungsmaklers entspricht eine strenge Haftung.
- Schuldner der Courtage ist allein der Versicherer.
- Ist streitig, ob der Makler seine Pflichten hinsichtlich Aufklärung und Beratung erfüllt hat, trifft die Beweislast den Makler.
- Generell bestimmend: Der Makler steht im Lager des Kunden/VN und ist dessen treuhänderähnlicher Sachwalter und Interessenvertreter.
- In seiner Stellung als treuhänderähnlicher Sachwalter ist Versicherungsmakler mit sonstigen Beratern vergleichbar (Zuordnung zu den Expertenberufen/ strenge Haftung/Aufnahme des Maklers in den Bereich der Fachleuthaftung).

Diese Rechtssätze und Prinzipien, ergänzt um angrenzende Themenstellungen, geben schon das Grundgerüst für ein Versicherungsmaklergesetz her oder für ein wichtiges Teilstück im Rahmen eines alle Vermittlertypen umfassenden, wünschenswerten Vermittlerrechtsgesetzes.

⁹⁵*Durch das Gesetz zur Neuordnung des Versicherungsvermittlerrechts ist z.B. die Informationsverpflichtung des Versicherungsvermittlers gesetzlich verankert: § 42b Abs. 2 VVG (=§60 Abs.2. im reformierten VVG)*

Einstweilen ist, was dieses für das gesamte Versicherungsmaklerrecht wegweisende Urteil angeht, trotz des in neuerer Zeit in Teilbereichen tätig gewordenen Gesetzgebers⁹⁵ von einem in wesentlichen Fragen durch Richterrecht geregelten Zustand auszugehen, auch wenn dieses Richterrecht als Rechtsquelle ausscheidet⁹⁶. Immerhin macht es – nimmt man die Urteile anderer Gerichte hinzu – die Lösung maklerrechtlicher Problemstellungen und Fragen möglich, auch wenn zuweilen divergierende Entscheidungen des einen oder anderen Gerichts diese Aufgabe nicht gerade erleichtern.

⁹⁶*Dazu nachstehend.*

Die Rechtsprechung – neben dem Fachschrifttum – in ihrer Eigenschaft als Motor der Rechtsentwicklung ist eine ihr angestammte und zugleich von der Veränderung der Zeitumstände aufgedrängte Rolle. Denn das gesetzte Recht ist von seinem Charakter her konservativ; der Gesetzgeber reagiert, wie schon erwähnt, auf historische Situationen und agiert, aufbauend auf gesammelten Erfahrungen, vorwiegend vergangenheitsbezogen. Die Zukunft in Normen zu zwingen, gelingt meist nur unvollkommen. So ist die Rechtsprechung fortlaufend konfrontiert mit neuen, durch bloße Gesetzesanwendung nicht zu lösenden Fallgestaltungen. Sie sieht sich daher vor die Notwendigkeit gestellt, neue Rechtssätze zu bilden, dort, wo Lücken im Gesetz sie erfordern. Diese Vorgehensweise, die man in ihrem generellen Ansatz als Auslegung im weiteren Sinn bezeichnen kann und der Sache nach Rechtsfortbildung bedeutet, verändert in einem langsamen Prozess das in einer Kodifikation niedergelegte Recht. „So wächst das neue Recht als Fallrecht um das kodifizierte Recht herum: es entsteht als Richterrecht“⁹⁷. Das Recht des Versicherungsmaklers bildet hierfür ein hervorragendes Beispiel.

⁹⁷Staudinger/Coing, BGB, Einleitung, Anm. 197.

bb) Statt Bindungswirkung Rückgriff auf die Autorität des Gerichts

Der Blick auf den gegenwärtigen Zustand des Maklerrechts, der trotz der Gesetzgebung der Jahre 2006/2007 weiterhin wesentlich durch die Spruchpraxis der Gerichte bestimmt wird, wirft die Frage nach der Qualität des Richterrechts auf. Im Verständnis der Öffentlichkeit werden Gerichtsurteile sehr häufig wie ein Wort des Gesetzgebers behandelt. Der bestimmende Einfluss ist unübersehbar. Und das gilt nicht nur für die höchstrichterliche Rechtsprechung im Zivilrecht, also für die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. Auch die Urteile von Oberlandes-, Land- und Amtsgerichten werden in den Medien publiziert und qualitativ zumeist wie zu beachtende Gesetzesnormen behandelt. Hierin lässt sich, wenngleich dies vielfach unbewusst geschehen wird, eine im allgemeinen Rechtsbewusstsein vorhandene Akzeptanz des Richterrechts erblicken.

Wegen der herausragenden Bedeutung, die in einem stetig zunehmenden Maße die Rechtsprechung für die deutsche Rechtsordnung gewinnt, sollen einige der wichtigsten Gesichtspunkte in einem kurzen Exkurs betrachtet werden:

- Richterrecht im Sinne von Einzelfallrecht ist im deutschen Rechtskreis nicht als Rechtsquelle anerkannt. Nur eine ständige Rechtsprechung, getragen von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, kann den Charakter von Gewohnheitsrecht annehmen und so zur Rechtsquelle erstarken⁹⁸. Unterhalb dieses Qualitätsniveaus gibt es in Deutschland keine Bindungswirkung von Gerichtsurteilen⁹⁹.
- In abgeschwächter, grundsätzlich anderer Form gibt es die Bindung des Berufungsgerichts an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts (BGH) gemäß § 565 Abs. 2 ZPO. Hierbei handelt es sich nicht um eine eigentliche Bindungswirkung. Vielmehr beruht die Maßgeblichkeit der höchstrichterlichen Rechtsauffassung auf der Einrichtung des Instanzenzuges¹⁰⁰.
- Wenn trotz Fehlens einer Bindungswirkung zumindest obergerichtliche und höchstrichterliche Urteile dennoch eine Wirkung erzeugen, die dem gleichkommt, gründet sich diese Erscheinung auf die Autorität dieser Gerichte. Das gilt für den Eindruck in der Öffentlichkeit, hat aber auch Auswirkungen in den Gerichtshierarchien. Für die Richter der unteren Instanzen besteht nämlich die Gefahr der Kassation eines von ihnen gesprochenen Urteils im Rechtsmittelverfahren, wenn sie von einer solchen Rechtsprechung abweichen. Was liegt also näher, als der Autorität zu folgen?!

⁹⁸Vgl. z.B. Heldrich, Präjudizienrecht, ZRP 2000, 497 ff (499)

⁹⁹Staudinger/Coing, BGB, Einleitung, Anm. 222; Ausnahme: § 31 Abs. 2 BVerfGG. Grundsatz: Ein Gerichtsurteil wirkt nur inter partes, ist also nur für die Prozessparteien verbindlich.

¹⁰⁰Staudinger/Coing, BGB, a.a.O.

Die Öffentlichkeit nimmt diese Situation zumeist undifferenziert wahr. Die Gleichsetzung von Gerichtsurteilen mit zwingend zu beachtendem Gesetzesrecht ist häufig zu beobachten. Dennoch – zur Klarstellung: Auch einem Amtsrichter ist es aufgrund der fehlenden Bindungswirkung von Gerichtsurteilen erlaubt, in einer Rechtsfrage von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder auch von einer ständigen Rechtsprechung abzuweichen. Die Bestandfestigkeit des von ihm verkündeten Urteils hängt allein von der Güte und der Überzeugungskraft seiner Begründung ab.

¹⁰¹Zitiert nach Heldrich, *Präjudizienrecht*, a.a.O., S. 499.

¹⁰²Palandt/Heinrichs, *BGB*, Einleitung, Anm. 46 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

¹⁰³Palandt/Heinrichs, a.a.O., Anm. 46 und 49.

Der Bundesgerichtshof selbst fordert indirekt zu kritischer Überprüfung auf. Die Gerichte seien nicht einmal an eine feststehende Rechtsprechung gebunden, wenn diese sich „im Lichte besserer Erkenntnis als nicht mehr haltbar erweist“¹⁰¹. Damit folgt er der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie auch dem allgemeinen Verständnis, dass der Richter zur Rechtsfortbildung berechtigt ist¹⁰². Darüber hinaus darf der Richter den Prozessparteien eine Entscheidung nicht mit der Begründung verweigern, das Gesetz enthalte für den zu entscheidenden Fall keine Regelung; er ist zur Rechtsfortbildung sogar verpflichtet¹⁰³. Die Rechtsprechung verfügt damit über einen bedeutenden Gestaltungsspielraum.

cc) Leitentscheidungen des BGH – deutsches Case Law

Die Autoritätswirkung von Urteilen des Bundesgerichtshofs geht weit. Seine Leitentscheidungen sind wichtige Orientierungspunkte für ganze Rechtsbereiche, wie z.B. für das Gesellschaftsrecht, das Haftungsrecht, das Recht der Anlageberatung oder das Recht der Versicherungsmakler. Mit plakativen, einprägsamen Schlagworten gekennzeichnet, geht ihre Publizität über die Fachwelt hinaus und erreicht auch die interessierte breitere Öffentlichkeit. Einige wenige Beispiele sollen das beleuchten:

- Herrenreiterfall (BGHZ 26, 349) – Zivilrecht
(Persönlichkeitsrecht. Billige Entschädigung in Geld für einen Nichtvermögensschaden unter Überwindung des § 253 BGB)
- Hühnerpestfall (BGHZ 51, 91) – Zivilrecht
(Produzentenhaftung. Umkehr der Beweislast. Hersteller muss sich freibeweisen, wenn ein von ihm hergestelltes Produkt einen Schaden verursacht)
- Bond-Entscheidung (NJW 93, 2433) – Recht der Anlageberatung
(Haftung einer Bank für „anlegergerechte“ und „objektgerechte“ Beratung unter Berücksichtigung des Wissensstandes des Kunden)
- Auge-und-Ohr-Rechtsprechung (BGHZ 102, 194) – Versicherungsrecht
(Recht der Versicherungsvertreter bzw. –agenten)
(Wissenszurechnung. „Was dem Agenten gesagt und vorgelegt worden ist, ist dem Versicherer gesagt und vorgelegt.“ Schutz des Versicherungskunden)
- Sachwalterurteil (VersR 1985, 930) – Versicherungsvermittlerrecht
(Der Versicherungsmakler ist auf die Wahrnehmung der Interessen des Kunden im Sinne eines „treuhänderähnlichen Sachwalters“ verpflichtet)

Fehlt es auch an einer Bindungswirkung der Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs wie der Gerichtsurteile überhaupt, so fällt doch rein faktisch ein Effekt stark ins Gewicht, den man als verdeckte Verbindlichkeitswirkung bezeichnen kann. In den meisten Fällen richten sich, wie schon oben angemerkt, die dem Bundesgerichtshof nachgeordneten Gerichte an dessen Rechtsprechung aus. So wird die Gefahr der Aufhebung der eigenen Entscheidung vermieden und gleichzeitig die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefördert.

Wie weit die Autoritäts- oder Verbindlichkeitswirkung geht, lässt sich u.a. an einem Beispiel der Versicherungswirtschaft belegen. So vertritt das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen¹⁰⁴ seit längerem den Standpunkt, die Versicherungsunternehmen hätten in ihrer Praxis, beispielsweise auf dem Gebiet der Schadenregulierung, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu folgen. Andernfalls liege ein Missstand im Sinne des § 81 VAG vor. Auf diese Weise sorgt die Versicherungsaufsicht für eine Quasi-Verbindlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenüber den Versicherungsunternehmen.

¹⁰⁴ Seit Mai 2002:
Bundesanstalt für Finanz-
dienstleistungsaufsicht.

dd) USA – das Case Law beherrscht die Rechtsordnung

Es wurde festgestellt, dass Gerichtsurteilen im deutschen Rechtskreis eine Bindungswirkung nicht zukommt. Anders ist die Lage in den angloamerikanischen Staaten. Das dort vorherrschende Präjudizienrecht oder Case Law erzeugt, vorausgesetzt, es handelt sich um tatbestandsmäßig vergleichbare Fälle, eine solche Bindungswirkung. Das so genannte „precedent“ ist so lange als Entscheidung bindend, als es nicht außer Kraft gesetzt („overruled“) wird¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Blumenwitz,
Einführung, S. 25 f.

Ein Blick auf das Gerichtssystem eines amerikanischen Bundesstaates veranschaulicht die Situation:

- State Supreme Court
- Court of Appeals
- Courts of General Jurisdiction.

Eine Entscheidung des State Supreme Court, also des obersten Gerichts eines Bundesstaates, kann aufgehoben werden durch

- eine eigene spätere Entscheidung
- die Entscheidung eines noch höheren Gerichts
- Statute Law.

Generell spielt das Statute Law¹⁰⁶, das gesetzte Recht, im angloamerikanischen Rechtssystem, verglichen mit dem Case Law, eine nachgeordnete Rolle.

¹⁰⁶ In Form von
„Bills“ und „Acts“.

Die vergleichende Betrachtung dieser unterschiedlichen Rechtskreise lässt erkennen, dass in Deutschland ein starker Trend vom geschriebenen Recht zum Richterrecht oder auch Fallrecht eingesetzt und sich laufend verstärkt hat. Begriffe wie Rechtsprechung praeter legem¹⁰⁷ oder sogar contra legem¹⁰⁸ und ferner auch die breite Öffentlichkeitswirkung wichtige Rechtsfragen behandelnder Gerichtsentscheidungen führen diese Entwicklung sinnfällig vor Augen. Sie sind zum einen Beweis für die Anpassungsfunktion der Rechtsprechung, wenn die überkommenen Gesetze modernen Entwicklungen gerecht zu werden nicht mehr in der Lage sind. Zum anderen belegen sie das gestärkte Selbstbewusstsein der Gerichte gegenüber dem geschriebenen Recht.

¹⁰⁷ „am Gesetz vorbei“.

¹⁰⁸ „gegen das Gesetz“.

Kommt das Fallrecht oder auch Präjudizienrecht in der deutschen Rechtsordnung mithin stärker zur Geltung, ist dagegen im angloamerikanischen Recht eine zugunsten des Gesetzesrechts – Statute Law – verlaufende Tendenz zu beobachten¹⁰⁹. Ob diese in den verglichenen Rechtsordnungen gegenläufigen Entwicklungen in der – hier in einem weiteren Sinn verstanden – Rechtsschöpfung auf längere Sicht zu einer Angleichung dieser aus sehr unterschiedlichen Wurzeln stammenden Rechtssysteme führen, wird sich in der Zukunft erweisen.

¹⁰⁹Heldrich, a.a.O., S. 500.

ee) Rechtsprechung und Schrifttum – die Bausteine des Maklerrechts

Konzentriert man den Blick wieder auf das Versicherungsmaklerrecht, so erscheint die Feststellung legitim, dass sein im Wesentlichen auf Fallrecht gegründetes Fundament hinreichend standsicher ist. Es hat Verfahrensweisen, ständige Übungen und Usancen aufgenommen und konnte sich auf diese Weise die Akzeptanz der Praxis sichern. Nicht unterschlagen werden darf bei alledem die Arbeit, die das Fachschrifttum als unverzichtbaren Beitrag in diesem längerwährenden Prozess geleistet hat. Sie hat die Rechtsprechung zum Maklerrecht in vielfältiger Hinsicht entscheidend mitgeprägt.

¹¹⁰Recht und Wirklichkeit der
Versicherungsvermittlung;
Erläuterungen im Großkom-
mentar zum VVG, vor §§
43–48, Anm. 29 ff.

¹¹¹Das Privatver-
sicherungsrecht, 1930.

¹¹²Der Versicherungsmakler
und seine Stellung in der
Versicherungswirtschaft.

¹¹³Prölss/Martin.

Hervorzuheben aus dem reichhaltigen Schrifttum sind namentlich die grundlegenden Arbeiten von Möller¹¹⁰ und Bruck¹¹¹. Ihr Einfluss auf die Rechtsprechung ist in den einschlägigen Urteilen nachzulesen. Auch andere Fachautoren, wie z.B. Gauer¹¹² zum Anfang der 50er-Jahre des vorigen Jahrhunderts und – aktuell – Kollhosser in dem weitverbreiteten Kommentar zum VVG¹¹³, haben ihren die Entwicklung des Maklerrechts fördernden Beitrag geleistet. Im Verbund mit der Berücksichtigung von Übungen und Usancen der Praxis hat dieses Zusammenwirken unterschiedlicher Elemente zu einem realitätsnahen Versicherungsmaklerrecht geführt. Man kann, hieran anknüpfend, sagen, dass die aus verschiedenen Richtungen vorangetriebene Entwicklung des Versicherungsmaklerrechts inzwischen ihr Zielgebiet erreicht hat, jedenfalls was die gedankliche Durchdringung dieser Materie und ihrer Probleme betrifft; die formale Hülle, die die einzelnen Bausteine aufnimmt und zu einem stimmigen Ganzen zusammenfügt, lässt noch zu wünschen übrig.

Wenn infolge Abwesenheit dezidierter maklerspezifischer Rechtsvorschriften in der Vergangenheit ein Regelungsvakuum bestand und demzufolge das Fallrecht – die Rechtsprechung – diesen Raum besetzen konnte, ergaben sich daraus Chancen im Sinne positiver Auswirkungen, aber auch nachteilige Konsequenzen.

Die Vorteile: Die Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung gewährleistet Zeitnähe. Ein Richter muss also den Prozess und mit ihm die strittigen Rechtsfragen in diesem Sinn zeitnah entscheiden.¹¹⁴ Nach Abschluss des Verfahrens verträgt die Urteilsverkündung kaum Aufschub. Die Möglichkeiten dilatorischer Behandlung von Prozesssachen, wie dies bei Gesetzesvorhaben durch die Gesetzgebungsorgane nicht selten vorkommt, stehen den Gerichten in Prozesssachen grundsätzlich, von Ausnahmen also abgesehen, nicht zur Verfügung. Ein weiterer Vorteil liegt in der Realitätsnähe. Es hindert kein engmaschiges Netz von Rechtsvorschriften, deren Anwendung nicht praxisgerecht wäre und zu unakzeptablen Ergebnissen führen würde – wenn sich der Richter im Einzelfall nicht zu einer Entscheidung contra legem entschließen kann. Das im Jahre 2007 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Versicherungsvermittlerrechts hat allerdings diese Freiräume in wesentlichen Teilbereichen zurückgedrängt.

¹¹⁴Vgl. dazu § 310 ZPO.

Doch die aus dem teilweise noch vorhandenen Vakuum resultierenden Nachteile im Bereich gesetzlicher Regelungen und dem daraus folgenden Zwang zur Überantwortung von Regelungsaufgaben an den Richter sind unübersehbar. Das Fallrecht birgt die Gefahr divergierender Gerichtsentscheidungen, eine Erscheinung, der oft das Bestreben nach Einzelfallgerechtigkeit zugrunde liegt und zulasten der wünschenswerten Rechtssicherheit geht. Darüber hinaus sind derartige Divergenzen in der Rechtsprechung auf den Umstand zurückzuführen, dass namentlich die Instanzgerichte nicht hinreichend mit der spezifischen Materie des Versicherungsmaklerrechts vertraut sind.

Im Versicherungsmaklerrecht wird das Bild allerdings in hohem Maße von dem oft zitierten, inzwischen berühmt gewordenen Sachwalterurteil des Bundesgerichtshofs geprägt, das eine ganze Reihe wichtiger maklerrechtlicher Fragen für die Zukunft praktisch vorentschieden und zu einer weitreichenden Stabilisierung der Materie mit Leitbildwirkung für die Instanzgerichte geführt hat¹¹⁵. Denn die Tendenz der nachgeordneten Gerichte, dem höchsten deutschen Zivilgericht zu folgen, ist letztendlich doch beträchtlich.

i) Blick über die Grenzen: Der Broker in Großbritannien

Identische historische Wurzeln und auch dasselbe ursprüngliche Betätigungsfeld, die Seeverversicherung – Marine Insurance –, lassen es nicht ungewöhnlich erscheinen, wenn der Insurance Broker in Großbritannien und der deutsche Versicherungsmakler ein prinzipiell ähnliches Profil aufweisen¹¹⁶. Das gilt namentlich für die Stellung des Brokers, der, ebenso wie der deutsche Makler, nicht der neutrale Mittler zwischen den Parteien ist, sondern grundsätzlich auf der Seite des Versicherungsnehmers steht und diesen vertritt. Allerdings ist die Besonderheit zu vermerken, dass der Broker im Einzelfall „agent“ des Versicherers sein kann¹¹⁷. Das ist ein echter, auf die Wahlfreiheit von Versicherer und Versicherungsnehmer zurückgehender Rollentausch, den es nach zutreffender Auffassung in Deutschland nicht gibt. Die im deutschen Versicherungsmarkt nicht selten vorkommende Übertragung einzelner Aufgaben des Versicherers auf den Makler, wie z.B. Policenausfertigung, Prämieninkasso, Schadenregulierung innerhalb bestimmter Grenzen, lassen den Status des deutschen Maklers, der insofern „technischer Makler“ ist¹¹⁸, unberührt. Denn es handelt sich lediglich um Auftragsarbeiten, während die Tätigkeit des britischen Brokers als „Agent bzw. Vertreter“ des Versicherers in Umfang und Qualität darüber hinausgeht, weil er in einem solchen Ausnahmefall den Versicherer insgesamt vertritt und insbesondere auch dessen Interessen wahrnimmt.

Inhaltlich gleich wiederum sind Regelung und Praktizierung der Entgeltfrage. Obwohl auf Seiten des Versicherungsnehmers stehend, richtet sich der Anspruch des Brokers auf Courtage („Commission“) gegen den Versicherer und nicht gegen seinen Auftraggeber, den Versicherungsnehmer¹¹⁹. Hinzu tritt allerdings die Möglichkeit – anders als im Regelfall nach deutschem Recht zulässig¹²⁰ –, den Courtageanspruch gegen den Versicherer gegen ein mit dem Versicherungsnehmer vereinbartes Honorar auszutauschen oder von diesem ein Honorar zusätzlich zu der vom Versicherer gewährten Courtage (nach vorheriger Vereinbarung) zu verlangen.

In der wichtigen Frage nach den Rechtsfolgen einer dem Broker anzulastenden Pflichtverletzung („Breach of Duty“) gegenüber seinem Klienten sind die rechtlichen Konsequenzen identisch: Der Broker haftet seinem Auftraggeber auf Schadenersatz, muss also, wenn er es z.B. versäumt, auftragsgemäß für rechtzeitigen Versicherungsschutz zu sorgen, im Schadenfall den Betrag ersetzen, den sein Klient sonst als Versicherungsleistung erhalten hätte. Das geschieht

¹¹⁵Vgl. diese Entscheidung (VersR 1985, 930) in Teil 4 (MAKLERURTEILE), unter Nr. (1) mit Kommentierung.

¹¹⁶Vgl. z.B. Werber, Anforderungen an den Versicherungsmakler bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen sowie im neuen Geschäftsfeld „Privatkunde“, ZfV 1990, 21 (22).

¹¹⁷Sieger, Die Rechtsstellung des englischen Versicherungsmaklers (insurance broker), S. 13–15.

¹¹⁸Dazu Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 33 mit weiteren Hinweisen; ferner auch Reimer Schmidt, Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in Deutschland, Die Versicherungsrundschau 57, 69 (79).

¹¹⁹Sieger, a.a.O., S. 49

¹²⁰S. dazu Teil 1 (ALLGEMEINER TEIL), Abschnitt IV „Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers“, Ziff. 11; beachte insofern allerdings den Sonderfall der Vermittlung von Versicherungsprodukten zum Nettotarif, begleitet von einer Vergütungsvereinbarung mit dem Maklerkunden/VN.

¹²¹Sieger, a.a.O., S. 93, 94. allerdings unter Abzug der für die Deckung an sich aufzuwendenden Prämie¹²¹. Diese rechtliche Konsequenz ist daher mit den Rechtsfolgen nach deutschem Recht vergleichbar.

Die Entwicklungsgeschichte des Maklerwesens einschließlich der ihr eigentümlichen, gleichsam angeborenen Internationalität auf wichtigen Feldern des Versicherungsgeschäfts haben – vergleicht man, wie hier, Deutschland und Großbritannien – zu einer Übereinstimmung in den diesen Vermittlertypus prägenden Merkmalen geführt. Das gilt z.B. für die statusrelevante, prinzipielle Unabhängigkeit des Versicherungsmaklers von den Versicherern, unter denen er, ausgerichtet an den Interessen des Klienten, frei auswählt, sowie ferner beispielsweise hinsichtlich der Regelung der Entgeltfrage. Auf anderen Gebieten, so in der Zulassung zur Ausübung des Berufs eines Versicherungsmaklers – insofern gelten für den Broker in Großbritannien strenge Regeln¹²² –, sorgt die Rechtsentwicklung in der EU in den Grundzügen für eine Angleichung der Bedingungen in den Mitgliedstaaten¹²³.

¹²²Vgl. Werber, a.a.O., S. 22.

¹²³Ausgangspunkt ist die *Versicherungsvermittler-Richtlinie vom 9.12.2002*.

Indessen werden in den für die Versicherungsvermittler geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen nationale Unterschiede bestehen bleiben. So ist es – bei der hier angestellten Kurzbetrachtung der Verhältnisse in Deutschland und in Großbritannien – nur schwer vorstellbar, dass das dort regierende Prinzip der Polarisierung, die Beschränkung der im Versicherungsmarkt zugelassenen Vermittlertypen auf den vertraglich an einen oder mehrere Versicherer gebundenen Agenten („Tied Agent“) einerseits und den – auch dort im Lager des Klienten stehenden – Versicherungsmakler („Broker“) andererseits, sich auf den deutschen Markt durch eine entsprechende gesetzliche Regelung übertragen ließe. Der Gewinn einer solchen Adaption wäre ein Mehr an Transparenz für den Verbraucher, dem es angesichts einer zwingend geltenden Bipolarität der Vermittlertypen leichter fiel, sich zu entscheiden, in wessen Hände er die Besorgung seiner Versicherungsangelegenheiten legt. Allerdings ist das durch die im Versicherungswesen wirkenden konservativen Kräfte erzeugte Beharrungsvermögen groß; die Vermittlertypenvielfalt in Deutschland wird längerfristig fortbestehen, zumal die Versicherungsvermittler-Richtlinie in Art. 4 die Möglichkeit einräumt, für nebenberufliche Vermittler, deren Zahl in Deutschland auf über 300.000 Personen geschätzt wird und die damit die größte Gruppe in der gesamten Vermittlerschaft darstellen, das Anforderungsniveau hinsichtlich der beruflichen Qualifikation unter bestimmten Voraussetzungen abzusenken und die Überprüfung von Zuverlässigkeit und Sachkunde den jeweiligen Versicherungsunternehmen zu überlassen¹²⁴. Das ist nicht nur ein die Verbraucherinteressen benachteiligendes Schlupfloch, sondern diese in der Richtlinie enthaltene Ermächtigung für den nationalen Gesetzgeber kommt darüber hinaus einer Bestandsgarantie für diesen Vermittlertypus gleich, ganz abgesehen davon, dass mit dieser Zielrichtung von interessierter Seite immer wieder das angeblich alle gegenteiligen Meinungen verdrängende Argument der Gewerbefreiheit eingesetzt wird.

¹²⁴Vgl. zu dieser Thematik Reiff, *Die Umsetzung der Versicherungsvermittler-Richtlinie in das deutsche Recht*, VersR 2004, 142 (144).

j) Versicherungsmakler und Rechtsberatung

Wenn von der Rechtsstellung des Versicherungsmaklers die Rede ist, so hat man sich auch mit der Frage zu beschäftigen, ob nicht seine Tätigkeit mit derjenigen der Angehörigen der rechtsberatenden Berufe kollidiert, also der Rechtsanwälte, Notare, Rechtsbeistände. Diese Frage drängt sich unausweichlich auf. Denn der weit gespannte Bogen der Maklerdienstleistungen lässt deren rechtliche Qualität in den meisten Abschnitten seines Leistungskatalogs unzweideutig erkennen:

- Prüfung von Deckungsangeboten der Versicherer (Versicherungsverträge mit ihren Bedingungswerken)
- Gestaltung von Versicherungsdeckungen nach Maßgabe der Kundenbedürfnisse (Vertragsgestaltung)
- Beratung des Kunden über den Inhalt bestehender Versicherungsverträge (AVB, Klauseln etc.)
- Kontinuierliche Betreuung bestehender Versicherungsverträge einschließlich deren Umgestaltung und Kündigung (Anpassung der Verträge an Risikoveränderungen)
- Unterstützung des Kunden im Leistungsfall (Anspruchserhebung und -realisierung).

Besonders das Ziel, auf das der Makler hinarbeitet, der Abschluss von (Versicherungs-) Verträgen, also die Beschäftigung mit rechtlichen Konstruktionen einschließlich aller dazu erforderlicher Vorarbeiten, z.B. Raterteilung hinsichtlich Obliegenheiten, Klauseln, Ein- und Ausschlüssen in den Versicherungsschutz, Kündigungsfristen und anderes mehr, macht die rechtliche Natur dieser Tätigkeit augenfällig. Damit steht der Makler in erheblichem Umfang in Konkurrenz beispielsweise zu der Tätigkeit eines Versicherungsberaters, eines Rechtsberaters oder auch eines Rechtsanwalts. Also liegt ein Einbruch in das Betätigungsmonopol der Angehörigen der rechtsberatenden Berufe vor – mit welcher Konsequenz? Versicherungsmaklern, Grundstücksmaklern, Architekten, Baubetreuern, Wirtschaftsprüfern und zahlreichen anderen Freiberuflern und Gewerbetreibenden wäre an sich, da Rechtsberatung unverzichtbarer Bestandteil der von ihnen zu erbringenden Dienstleistung ist, die Berufsausübung unmöglich gemacht.

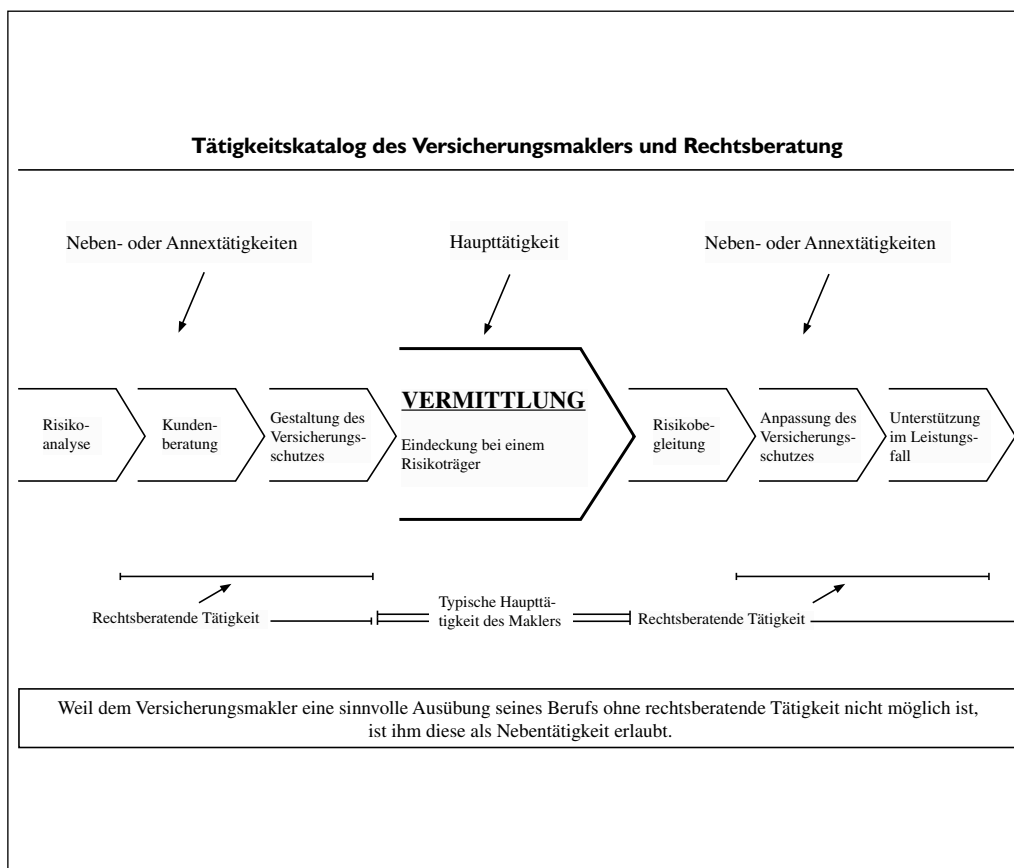


Abbildung 7

Der Gesetzgeber hat es indessen vermieden, durch übersteigerte Einschränkungen auf dem Gebiet der Rechtsberatung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Angehörigen dieser Berufe zu behindern¹²⁵, die Berufsausübung unter Umständen sogar ganz unmöglich zu machen. Schon das Rechtsberatungsgesetz als Vorläufer des nunmehr geltenden Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG)¹²⁶, das mehr als siebenzig Jahre golt und das Ziel verfolgt hat, den Rechtssuchenden vor unqualifizierter Beratung in Rechtsangelegenheiten oder, weniger dezent, ihn vor der schadenstiftenden Tätigkeit juristischer Scharlatane zu schützen, hatte diesen Fall bedacht und gelöst. Dem Versicherungsmakler konnte allerdings keine behördliche Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erteilt werden, weil er nicht zu den Angehörigen der Berufe zählte, die in dem abschließenden Katalog des § 1 Abs. 1 RBerG aufgeführt waren.

¹²⁵Motiv für die Ausnahmegesetzgebung des § 5 RBerG, vgl. Rennen/Caliebe, RBerG, § 5, Anm. 8.

¹²⁶BGBI. I S. 2840, in Kraft getreten am 1.7.2008.

Das inzwischen abgelöste Rechtsberatungsgesetz hatte dann jedoch berücksichtigt, dass bestimmte Berufe nicht in sinnvoller Weise ausgeübt werden könnten, wenn nicht zugleich eine rechtsbesorgende Tätigkeit damit verbunden werden dürfte, und hatte diese Tätigkeiten mit der Einschränkung auf den Kreis von Hilfs- oder Annextätigkeiten zur berufsprägenden Haupttätigkeit erlaubt. Die gesetzliche Neuregelung durch das RDG verfolgt ebenfalls diese Konzeption.

Auch in Anbetracht der im Jahre 2007 in Kraft getretenen Regelung gemäß § 34d Abs. 1 S. 4 GewO, der dem Versicherungsmakler die rechtliche Beratung in Versicherungsangelegenheiten gegen gesondertes Entgelt dann erlaubt, wenn es sich bei den Klienten um Unternehmen handelt, gilt diese Grundregel nach wie vor. Zwischen der beratenden und der Haupttätigkeit, hier der Vermittlung von Versicherungen, muss dabei ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Das verlangte in der Vergangenheit § 5 Nr. 1 RBerG, der eine Ausnahmegesetzgebung zu § 1 RBerG darstellte¹²⁷.

¹²⁷Rennen/Caliebe, Rechtsberatungsgesetz, § 5, Anm. 1.

§ 5 Nr. 1 RBerG (Zulässige Erledigung von Rechtsangelegenheiten)

Die Vorschriften dieses Gesetzes stehen dem nicht entgegen,

- 1. dass kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmer für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit einem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen;*
- 2. ...*

Das RDG ersetzt die vom RBerG verwendete Formulierung der „Erledigung von Rechtsangelegenheiten“¹²⁸ durch den Begriff der Rechtsdienstleistungen und gibt der gesetzlichen Ausnahmeregelung, die u.a. für Versicherungsvermittler gilt, folgende Fassung:

¹²⁸Oder auch „Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“, vgl. § 1 Abs. 1 RBerG.

§ 5 Abs. 1 RDG Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit

Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

Während das RBerG verlangte, die Erledigung auch von rechtlichen Angelegenheiten durch den Unternehmer müsse mit dem von ihm betriebenen Geschäft „in unmittelbarem Zusammenhang“ stehen, ist die Neuregelung nach dem RDG schon insofern vergleichsweise klarer und aussagekräftiger, als sie expressis verbis Haupttätigkeit und Nebenleistung unterscheidet und in diesem Rahmen den Begriff des Berufs- und Tätigkeitsbildes einführt. In der Sache selbst, im Regelungsgehalt, ändert sich dadurch wenig.

Was die Einordnung einer Rechtsdienstleistung als Nebenleistung – z.B. eines Unternehmers oder speziell eines Finanzdienstleisters – angeht, ist gemäß der neuen gesetzlichen Regelung „nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit“ zu beurteilen. Da sich insofern eine Interpretation durch Rechtsprechung und Schrifttum erst entwickeln muss, lohnt ein Blick in die Vergangenheit. Dieser Rückgriff in die Vorgeschichte der aktuellen Gesetzeslage kann sich darauf stützen, dass der vom RBerG geforderte unmittelbare Zusammenhang eine nicht übersehbare inhaltliche Nähe zu dem entsprechenden Kriterium in § 5 Abs. 1 RDG aufweist und aus diesem Grund das alte Recht eine wertvolle Orientierungshilfe auch für unter den neuen gesetzlichen Vorzeichen auftauchende Rechtsfragen bieten kann.

Wann der unmittelbare Zusammenhang im Sinne des RBerG gegeben ist, war mitunter sehr streitig mit der Folge, dass die Gerichte zur Klärung bemüht werden mussten. Einige exemplarische Urteile sollen die Konturen dessen aufzeigen, was dem Makler in diesem Bereich danach gestattet und was ihm nicht erlaubt ist.

aa) Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Dritten

Schon relativ früh hat der Bundesgerichtshof einer zu starken Ausweitung der rechtsberatenden Tätigkeit eines Versicherungsmaklers einen Riegel vorgeschoben. In seiner Entscheidung vom 5.4.1967¹²⁹ hat er es für unzulässig bzw. für nicht durch die Ausnahmegvorschrift des § 5 RBerG gedeckt erachtet, wenn ein Versicherungsmakler für seinen Kunden Haftpflichtansprüche gegen dritte Personen (Schädiger) verfolgt. Der Leitsatz dieses Urteils lautet:

¹²⁹VersR 1967, 686.

„Versicherungsmaklern ist es ohne besondere Erlaubnis nicht gestattet, den von ihnen geworbenen Haftpflichtversicherungsnehmern bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Schädiger Rechtsrat zu erteilen und sie zu vertreten.“

Das Gericht verneint den vom Gesetz geforderten unmittelbaren Zusammenhang zwischen der beanstandeten Tätigkeit und dem Geschäft eines Versicherungsmaklers. Auch den Hinweis des beklagten Maklers hat es als irrelevant angesehen, wonach es zum Berufsbild Hamburger Versicherungsmakler gehöre, derartige Haftpflichtansprüche im Auftrag des Kunden zu verfolgen. Im Rahmen der Auslegung eines Gesetzes spielten solche Besonderheiten keine Rolle, vielmehr komme es auf das allgemeine Berufsbild des Versicherungsmaklers an. Dessen Haupttätigkeit, die Vermittlung und Betreuung von Versicherungsverträgen, könne auch ohne die strittige Tätigkeit ausgeübt werden.

Zur Klarstellung: Unberührt hiervon bleibt die Unterstützung des Kunden in Schadensachen gegenüber dem Versicherer. Denn insoweit hat der Bundesgerichtshof anerkannt, „dass sich zahlreiche Berufe ohne gleichzeitige rechtliche Beratung nicht immer sachgemäß ausüben ließen, dass aber einem Unternehmer die Ausübung seines Berufes nicht deshalb unmöglich gemacht werden solle, weil hiermit zugleich eine rechtsberatende Tätigkeit verbunden sei“¹³⁰.

¹³⁰BGH, a.a.O., S. 687.

Die Schadenbearbeitung gehört zu den Hauptpflichten des Versicherungsmaklers, die im Maklervertrag verankert sind. Sie ist die logische Fortsetzung der das Versicherungsvertragsverhältnis begleitenden Tätigkeit des Maklers, die sich im Versicherungsfall auf die Ebene der konkreten Leistungserstellung durch den Versicherer verlagert und die vollständige Befriedigung der Leistungsansprüche zum Ziel hat. Die Verfolgung von Haftpflichtansprüchen gegen Dritte bleibt indessen den Angehörigen der rechtsberatenden Berufe vorbehalten.

bb) Geltendmachung von Leistungsansprüchen bei übernommenen Verträgen

¹³¹Begriff nach BGH VersR 1967, 686.

Die Vermittlung von Versicherungsverträgen ist das „Hauptgeschäft“¹³¹ des Versicherungsmaklers, wenn man seine Tätigkeit im Lichte des damals geltenden Rechtsberatungsgesetzes betrachtet¹³². Unter diesem Dach sind ihm die Hilfs- oder Nebentätigkeiten rechtlicher Natur nach der einschlägigen Rechtsprechung erlaubt.

¹³²Hier werden also die weiteren (gleichgewichtigen) Dienstleistungen des Versicherungsmaklers, wie die Risikoanalyse, die Beratung und Betreuung, außer Acht gelassen.

Was aber gilt, wenn, was häufiger vorkommt, ein Makler Versicherungsbestände übernimmt, also Versicherungsverträge, die er nicht selbst vermittelt hat? Oder er erhält das Mandat eines Neukunden mit mehreren schon bestehenden Versicherungsverträgen – kann er in diesen Fällen den Kunden beispielsweise bei der Geltendmachung von Leistungsansprüchen gegenüber dem Versicherer unterstützen, obwohl er nicht vermittelnd tätig geworden ist? Oder darf er, ohne gegen die Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes zu verstoßen, die Verträge kündigen?

Es kommt hier wiederum auf das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren Zusammenhangs an. Das OLG Hamm hat ihn in einer Entscheidung bejaht. Der Leitsatz seines Urteils vom 16.8.1984¹³³ hat folgenden Wortlaut:

„1. Der in Artikel 1 §5 Nr. 1 RBerG vorausgesetzte unmittelbare Zusammenhang mit dem Geschäft des Versicherungsmaklers ist bei Betreuung von Versicherungsverträgen, die zur Zeit des Abschlusses des Maklervertrags bereits bestanden hatten, in demselben Umfang zu bejahen wie bei Verträgen, die der Makler selbst vermittelt hatte.

2. Der Makler darf den Versicherungsnehmer gegen den Versicherer bei der Abwicklung von Versicherungsfällen unterstützen, insbesondere die Schadenregulierung überwachen.“

Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass nur eine solche Entscheidung den Erfordernissen der Praxis gerecht wird. Denn wie sollte der Makler bei der Neuordnung des Versicherungsschutzes eines neuen Kunden, zu der auch die Möglichkeit der Kündigung bestehender Verträge gehört, tätig werden, wenn der Richter ihm durch eine rigorose Auslegung des Gesetzes durch ein Verbot die Hände binden würde? Das Oberlandesgericht geht zu Recht davon aus, dass es der Natur der geschäftlichen Tätigkeit eines Maklers entspreche, auch bereits bestehende Verträge zu verwalten und zu betreuen und die damit eng verbundenen und notwendigen rechtlichen Tätigkeiten zu entfalten. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt sich auch hier die Erwägung durch, dass dem Makler die Erfüllung seiner gegenüber dem Kunden übernommenen vertraglichen Pflichten in einer sinnvollen Weise nicht möglich wäre, wenn man ihm nicht in dem notwendigen Umfang die gleichzeitige rechtliche Beratung und Unterstützung auch bei übernommenen Verträgen gestattete.

cc) Kündigung eines in die Betreuung und Verwaltung übernommenen Vertrags

Auf der gleichen Linie bewegt sich ein Beschluss des OLG Karlsruhe vom 1.10.1987¹³⁴. In dem zugrunde liegenden Fall war ein Makler im Rahmen eines Formularvertrags von seinem Kunden bevollmächtigt und beauftragt worden, von ihm nicht vermittelte „Versicherungsverträge teilweise oder ganz zu kündigen, umzudecken und zu den Versicherungsverträgen entsprechende Erklärungen abzugeben.“ Als er von den ihm eingeräumten Befugnissen Gebrauch machte und gegenüber einem Versicherer „den Rücktritt von den gestellten Anträgen“ erklärte, kam es in der Folgezeit zu einem Ordnungswidrigkeitsverfahren, und der Makler wurde zu einer Geldbuße von 300 DM verurteilt.

¹³⁴NJW 1988, 838.

Durch den angeführten Beschluss wurde der Makler freigesprochen. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet:

„Ein Versicherungsmakler besorgt nicht unerlaubt fremde Rechtsangelegenheiten, wenn er einen Kunden in Bezug auf einen nicht von ihm vermittelten Versicherungsvertrag berät und diesen Vertrag aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht kündigt.“

In der Begründung stellt das Oberlandesgericht fest, dass nicht nur die Beratung, sondern auch das Kündigungsschreiben des Maklers unter die Ausnahmegvorschrift des § 5 Nr. 1 RBerG falle. Es bejaht den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der beanstandeten Tätigkeit und der Haupttätigkeit eines Versicherungsmaklers und nimmt hierbei die Begründung des Bundesgerichtshofs auf, dass sich zahlreiche Berufe ohne gleichzeitige rechtliche Beratung nicht immer sachgemäß ausüben ließen.

Aus dem breit gefächerten Tätigkeitskatalog des Versicherungsmaklers von besonderem Interesse sind, anknüpfend an die vorstehend zitierten Urteile, generell die Fälle, in denen es um die Verfolgung von Ansprüchen gegenüber Versicherern und Dritten geht. Daraus wiederum hervorzuheben sind Sachverhalte mit der Beteiligung von Dritten in der Weise, dass sie Ansprüche gegen den Maklerkunden erheben, sei es beispielsweise in der Kfz-Haftpflichtversicherung oder der Privathaftpflichtversicherung. Gehört es, so lautet die kritische Frage, zu der Betreuungsaufgabe des Maklers bzw. zu seiner Verpflichtung, den Klienten im Schadensfall zu unterstützen, Ansprüche dieser Art abzuwehren, maßgeblich, um eine Belastung der Police und damit eine Prämienerrhöhung zu vermeiden – und zwar in erlaubter Weise?

Im Rahmen des in einem solchen Fall betroffenen Versicherungsvertragsverhältnisses ist es primär Verpflichtung und auch Recht des Versicherers, sich mit derartigen Ansprüchen zu befassen, sie auf ihre rechtliche Begründetheit zu prüfen und ggf. zu regulieren. Wird der Makler insofern tätig, greift er mit anderen Worten in den ureigenen Kompetenzbereich des Versicherers als Vertragspartner des Versicherungsnehmers ein und bewirkt möglicherweise – da er, wie zu unterstellen ist, im Allgemeinen nicht über die aus der Bearbeitung vieler Schadenfälle gewonnene Erfahrung der Leistungsabteilung eines Versicherers verfügt –, dass diesem rechtliche oder tatsächliche Nachteile aus einer solchen fremdgesteuerten Schadenbearbeitung entstehen.

¹³⁵S. aber Matusche-Beckmann, Rechtsberatungsverbot und Anspruchsabwehr durch Versicherungsmakler, NVersZ 1999, 16 (19).

In Fällen dieser Art wird man schwerlich die Meinung vertreten können¹³⁵, die Ausübung des Berufs eines Versicherungsmaklers sei ohne eine solche Tätigkeit in einer sinnvollen Weise nicht möglich; auch die generell zu beachtende Pflicht zum Best Advice¹³⁶ vermag die Klippe der unerlaubten Rechtsberatung nicht zu überwinden. Nach der hier vertretenen Ansicht ist

¹³⁶Zu diesem Gesichtspunkt vgl. Prölss/Martin/Kollhoser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 14.

also in diesem Fall von der Unzulässigkeit der außergerichtlichen – und erst recht der gerichtlichen – Abwehr von Ansprüchen Dritter gegen den Maklerkunden/VN durch den Makler auszugehen. Anderes gilt nur dann – für den außergerichtlichen Bereich –, wenn der Versicherer dem Makler eine Schadenregulierungsvollmacht für die betreffende Sparte erteilt hat. Die Zulässigkeit richtet sich dann nach dem Umfang, in dem die Regulierungsvollmacht besteht.

dd) Zusammenfassung

Die wichtigsten, die Maklertätigkeit im Lichte von RBerG und RDG betreffenden Grundregeln lassen sich bei der Beteiligung von Dritten¹³⁷ im Falle der Anspruchsverfolgung und –abwehr wie folgt skizzieren:

- Die außergerichtliche Vertretung des Versicherungsnehmers durch den Makler bei der Verfolgung von Leistungsansprüchen gegenüber dem Versicherer ist zulässig. Das RDG stellt ausdrücklich und von vornherein – § 1 Abs. 1 S. 1 – fest, dass allein außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zulässig sind.
- Die außergerichtliche Geltendmachung von Leistungsansprüchen durch den Versicherungsmakler ist nicht nur bei von ihm selbst vermittelten sondern auch bei übernommenen Versicherungsverträgen zulässig.
- Der von § 5 Nr. 1 RBerG geforderte „unmittelbare Zusammenhang“ mit der Haupttätigkeit des Maklers, der Vermittlung von Versicherungsverträgen, fehlt im Falle der gerichtlichen Geltendmachung von Leistungsansprüchen durch den Makler gegenüber dem Versicherer. Sie ist daher unzulässig¹³⁸. Nach § 5 Abs. 1 RDG ergibt sich dieselbe rechtliche Beurteilung; die gerichtliche Geltendmachung von Leistungsansprüchen verliert den Charakter einer Nebenleistung und gehört auch nicht zum Berufs- und Tätigkeitsbild eines Versicherungsmaklers. Im Übrigen ergibt sich das Verbot der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen aus § 1 Abs. 1 S. 1 RDG.
- Gleichfalls unerlaubt sind sowohl die außergerichtliche als auch die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen durch den Makler gegenüber Dritten anlässlich eines Schadensfalls¹³⁹.

¹³⁷Hier ist der Versicherer eingeschlossen.

¹³⁸Vgl. z.B. Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 16.

¹³⁹Prölss/Martin, a.a.O., Anm. 16; Matusche-Beckmann, a.a.O., S. 18, 19.

¹⁴⁰Zu dieser Problematik: Matusche-Beckmann, a.a.O., S. 19.

¹⁴¹Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 18.

¹⁴²Dazu ausführlicher nachstehend in Abschnitt IV („Courtage – die Vergütung des Versicherungsmaklers“), unter Nr. 13.

- Im Falle der Abwehr von Ansprüchen Dritter gegen den Versicherungsnehmer ist die gerichtliche Vertretung des Kunden durch den Versicherungsmakler unzulässig. Im außergerichtlichen Bereich ist die Vertretung gegenüber Dritten äußerst problematisch und eher unzulässig. Erlaubt ist sie allenfalls bei Bestehen einer dem Makler erteilten Regulierungsvollmacht innerhalb deren Grenzen¹⁴⁰.

Die – erlaubte – rechtsberatende Tätigkeit des Versicherungsmaklers führt auch zu der Frage, ob er für diese Leistung mit seinem Klienten ein besonderes Honorar vereinbaren und sich von ihm gewähren lassen darf. Das ist ohne Zweifel zu verneinen, weil er mit dieser Tätigkeit, ohne dass die Vermittlung eines Versicherungsvertrags nachfolgt, das herkömmliche Berufsbild des Versicherungsmaklers verlässt und tatsächlich die Tätigkeit eines Versicherungsberaters ausübt, für die ihm die notwendige Erlaubnis fehlt¹⁴¹, oder auch: Die unselbstständige Rechtsberatung im Sinne einer Hilfs- oder Nebentätigkeit zur Versicherungsvermittlung wird in unzulässiger Weise zur Haupttätigkeit erhoben¹⁴².

k) Der Sonderfall des § 34d Abs. 1 S. 4 GewO

Durch den im Jahre 2007 in Kraft getretenen § 34d GewO¹⁴³ ist zugunsten der Versicherungsmakler, soweit es sich um Kunden aus dem kommerziellen Bereich („Unternehmen“) handelt, eine Sonderregelung hinsichtlich einer rechtsberatenden Tätigkeit eingeführt worden:

§ 34d Abs. 1 Satz 4 GewO Versicherungsvermittler

Die einem Versicherungsmakler erteilte Erlaubnis beinhaltet die Befugnis, Dritte, die nicht Verbraucher sind, bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen gegen gesondertes Entgelt rechtlich zu beraten.

¹⁴³Grundlage: Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 22.12.2006, BGBl. I S. 3232.

Diese vom Gesetz gestattete rechtliche Beratungstätigkeit gegen gesondertes Entgelt muss also gegenüber Unternehmen¹⁴⁴ erbracht werden, wenn sie unter die Ausnahmeregelung fallen soll. Unternehmen verfügen, so darf man den Gesetzgeber interpretieren, über einen – im Vergleich zu Verbrauchern – weniger ausgeprägten Schutzbedarf. Die neue gesetzliche Regelung erlaubt, was nicht ohne Weiteres aus der Vorschrift des § 34d Abs. 1 S. 4 GewO hervorgeht, jedoch der Begründung der Regierungsvorlage¹⁴⁵ zu entnehmen ist, „Beratungen über Versicherungsverträge durchzuführen, auch wenn diese ... mit einer konkreten Vermittlungstätigkeit nicht im Zusammenhang stehen.“ Hierin liegt ebenfalls eine Konzession an die Maklerschaft, die mit Recht immer wieder darauf verwiesen hat, dass die Beratung durch den Makler unter diesen Umständen nicht nur beansprucht, rechtlich zulässig zu sein, sondern, da zumeist aufwändig in der Dienstleistung, auch einen Anspruch auf Vergütung rechtfertigt, wenn es letztlich nicht zu einem die Courtage auslösenden Versicherungsabschluss kommt.

¹⁴⁴Vgl. dazu die Begründung in der Regierungsvorlage zum Gesetzesentwurf, S. 18.

¹⁴⁵A.a.O.

l) Fazit

Der Versicherungsmakler zeigt ein facettenreiches rechtliches Erscheinungsbild, das sich durch den historischen Werdegang dieses Vermittlertyps erklärt. Für ihn geltende Rechtsvorschriften entstammen verschiedenen Gesetzen, wie z.B. dem Handelsgesetzbuch, dem Versicherungsvertragsgesetz, dem Bürgerlichen Gesetzbuch, der Gewerbeordnung, früher dem Rechtsberatungsgesetz, nunmehr dem Rechtsdienstleistungsgesetz, und werden ergänzt durch Gewohnheitsrecht, Handelsbräuche, Usancen und schließlich durch Richterrecht sowie Schrifttum. Das entspricht einer Situation, die die Rechtsanwendung nicht gerade erleichtert und darüber hinaus selbst Fachleute gelegentlich vor schwer zu lösende Probleme stellt.

Durch das im Jahre 2007 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts ist eine wesentliche Verbesserung der teilweise diffusen Lage eingetreten. Dank der juristischen Aufräumarbeit des Gesetzgebers wurden zu einem wesentlichen Teil Richterrecht und ungeschriebene Maklerrechtssätze in Rechtsnormen übersetzt, wurden Unschärfen und Interpretationen auf dem Gebiet des Versicherungsmaklerrechts zurückgedrängt. Sachkundeprüfung und Registrierung als zwingende Voraussetzungen für die Gewerbeerlaubnis bzw. als Berufszugangs- und -ausübungsvoraussetzungen sind absolute Neuerungen für das Versicherungsvermittlungswesen in Deutschland. Für die bereits tätigen Versicherungsvermittler hat der Gesetz- und Ordnungsgeber allerdings eine Schärfen vermeidende Übergangslösung gefunden.

Immerhin hat die Rechtsprechung in Gestalt des Sachwalterurteils des Bundesgerichtshofs für die Vergangenheit eine wichtige rechtliche Orientierungsmarke gesetzt und, zukunftsgerichtet, für die nachfolgende Gesetzgebung ein wegweisendes Regelungsmuster vorgegeben, indem es den Versicherungsmakler dem Lager des Versicherungsnehmers zugeordnet und ihn in dieser Stellung als dessen treuhänderähnlichen Sachwalter bezeichnet hat. In dieser Weise rechtlich durch Richterspruch charakterisiert, ist durch diese standardsetzende Entscheidung für eine beträchtliche Zahl von den Makler berührenden Rechtsfragen eine unschätzbar wertvolle Interpretations- und Lösungshilfe geschaffen worden. Generell hat das Richterrecht, namentlich die höchstrichterliche Rechtsprechung, für das Recht des Versicherungsmaklers, wenngleich ohne bindende Kraft, aufgrund der mit ihr verknüpften Autoritätswirkung trotz der Ausweitung der gesetzlichen Vorschriften im Bereich des Rechts der Versicherungsvermittlung nach wie vor herausragende Bedeutung.

Eine besonders kritische, auch durch die vorgenannte höchstrichterliche Entscheidung nicht bewältigte Problemzone resultiert aus der Nähe der Versicherungsmaklertätigkeit zur Rechtsberatung, die, wie es schon die Bezeichnung andeutet, den eigentlichen rechtsberatenden Berufen vorbehalten ist. Auch die Gesetzgebung 2006/2007 hat diesen kritischen Punkt nicht vollständig beseitigen können. Um dem Versicherungsmakler den Genuss des Erlaubnistatbestandes gemäß § 5 Abs. 1 RDG zu verschaffen, muss seine Beratungstätigkeit, die zwangsläufig rechtsberatender Natur ist, vom Vermittlungserfolg begleitet sein, mit anderen Worten muss es zum Versicherungsabschluss kommen. Als Konsequenz dieser rechtlichen Notwendigkeit folgt für den Versicherungsmakler oft das unbefriedigende und vielfach kontrovers diskutierte Ergebnis, dass er trotz erbrachter, oft aufwändiger Beratungsleistungen ohne Vergütung bleibt, wenn trotz seiner Bemühungen letztendlich ein Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen wird. Der im Jahre 2007 neu in die Gewerbeordnung eingefügte § 34d hat in Abs. 1 Satz 4 dieses für den Makler unbefriedigende Ergebnis für den Fall beseitigt, dass die Beratung im kommerziellen Bereich – gegenüber Unternehmen – erbracht wird. Auch ohne die sonst grundsätzlich erforderlichen Voraussetzungen – Vermittlungstätigkeit und Versicherungsabschluss – kann er dem beratenen Klienten für die erbrachte Dienstleistung ein gesondertes Entgelt in Rechnung stellen.

3. Doppelrechtsverhältnis – die Rechtsbeziehungen des Versicherungsmaklers zum Kunden/VN und zum Versicherer

a) Ausgangslage	53
b) Mittlerstellung des Maklers	54
c) Doppelrechtsverhältnis	56
d) Zusammenfassung, Grundsätze	58
e) Fazit	60

Das Doppelrechtsverhältnis¹⁴⁶, ein Beziehungsgefüge, das von dem Kunden/VN, dem Versicherungsmakler und dem Versicherer gebildet wird, ist ein von widerstreitenden Interessen durchzogenes Konfliktfeld¹⁴⁷. Es ist für das Versicherungsmaklerrecht ebenso markant wie mit nicht einfach zu beantwortenden Fragen ausgestattet und bringt den Makler häufig in eine kritische Situation gegenüber dem Versicherer – sowohl tatsächlich als auch rechtlich – bis hin zu einer kontroversen, mitunter gerichtlich ausgetragenen Auseinandersetzung. Die hiermit verbundenen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten sind umso größer und Lösungen zu ihrer Bewältigung umso diffiziler, je mehr der Makler einzelne Aufgaben des Versicherers durch besondere Vereinbarung zur Erledigung übernimmt, wie z.B. Prämienkasso und Schadenregulierung. Wird er für den Versicherer tätig, kann dies aber ebenfalls eine Quelle für Schwierigkeiten sein, die dem Makler im Verhältnis zu seinem Klienten erwachsen: Zweifel an dessen uneingeschränkter Interessenwahrnehmung zugunsten seines Auftraggebers bis hin zur Gefahr des Vertrauensverlustes.

Immerhin sollte bei allem Konfliktstoff nicht übersehen werden, dass sich aus dem Doppelrechtsverhältnis heraus der Auftrag an den Makler richtet, trotz seiner Bundesgenossenschaft mit dem Versicherungsnehmer und dem ihm vertraglich verbundenen Kunden unter Rückgriff auf seine originäre Mittlerstellung nicht in strikter Einseitigkeit die Interessen des Klienten zu vertreten, sondern sein Handeln in Richtung einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen auch des Versicherers zu orientieren, unbeschadet seiner unbestrittenen und überwiegenden Parteirolle und Positionierung im Lager des Kunden/VN.

a) Ausgangslage

Das Schwergewicht der Rechtsbeziehungen eines Versicherungsmaklers liegt in seinem Verhältnis zum Kunden/VN. Mit ihm schließt er – in den meisten Fällen schriftlich¹⁴⁸ – den Versicherungsmaklervertrag ab. Dieser Vertrag enthält zahlreiche Verpflichtungen gegenüber dem Kunden, die als übergreifendes Prinzip auch die Wahrnehmung seiner Interessen einschließen. Anzahl und Intensität dieser Pflichten haben dazu geführt, den Versicherungsmakler nicht nur formal als den im Lager des Versicherungsnehmers stehenden Bundesgenossen zu bezeichnen, sondern ihn im Lichte seiner umfassenden Pflichten gegenüber seinem Auf-

¹⁴⁶Dazu grundsätzlich Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 37 ff; Pröls/Martin/Kollhoser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 20 ff; Baumann, *Versicherungsvermittlung durch Versicherungsmakler*, S. 162 ff; Griefß/Zinnert, *Der Versicherungsmakler*, S. 71 ff.

¹⁴⁷S. auch Matusche, *Pflichten und Haftung*, S. 37 ff; zum Doppelrechtsverhältnis nach deutschem und österreichischem Recht vgl. Werber, *Sind die Anforderungen im Sinne von best advice und die Vorstellungen von einem Doppelrechtsverhältnis noch zeitgemäß?*, *Die Versicherungsgrundschau* 03, 143 (146).

¹⁴⁸Es gilt grundsätzlich Formfreiheit; vgl. z.B. Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 37.

¹⁴⁹BGH VersR 1985,
930 ff (931).

traggeber auch dementsprechend konsequent und streng zu behandeln. Noch weiter ist der Bundesgerichtshof mit der Einordnung des Maklers als eines treuhänderähnlichen Sachwalters des Versicherungsnehmers gegangen¹⁴⁹. Er hat ihm mit Hilfe dieser inhaltsträchtigen Bezeichnung im Verhältnis zu dem ihm vertraglich verbundenen Kunden eine mit grundsätzlich umfassenden Befugnissen und hoher Verantwortung ausgestattete, herausragende Stellung zugewiesen. Dennoch hat der Makler, wie bereits angemerkt und noch weiter auszuführen ist, auch die Interessen des Versicherers in einer mit seiner spezifischen Positionierung verträglichen Weise zu berücksichtigen.

¹⁵⁰Vgl. dazu auch Werber,
Von der Unabhängigkeit eines
Versicherungsmaklers im
„Doppelrechtsverhältnis“,
in: Beiträge über den Versiche-
rungsmakler, S. 185 ff
(190–192).

Das Doppelrechtsverhältnis befindet sich daher nicht, wie bereits vermerkt, in einem ausgewogenen Zustand, der den Interessen von Klienten und Versicherer gleichermaßen Rechnung trägt; es wird vielmehr dominiert durch die primäre Verpflichtung des Versicherungsmaklers auf die Interessen der ihm vertraglich verbundenen Kunden¹⁵⁰. Dass hierdurch Spannungen besonderer Art erzeugt werden und diese Situation vom Makler in den nicht selten anzutreffenden Konfliktfällen Loyalität und Souveränität gegenüber den Kunden sowie Fingerspitzengefühl gegenüber beiden Beteiligten verlangt, liegt auf der Hand.

b) Mittlerstellung des Maklers

Trotz dieser eindeutig und intensiv auf den Kunden bezogenen Rechtsbeziehungen des Maklers ist seine klassische Mittlerstellung – zwischen den Parteien – noch rudimentär vorhanden. Sie hat ihren Ausdruck namentlich in den für den Handelsmakler geltenden Vorschriften der §§ 98, 99 HGB

§ 98 HGB (Haftung gegenüber beiden Parteien)

Der Handelsmakler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden.

§ 99 HGB (Lohnanspruch gegen beide Parteien)

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Maklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

¹⁵¹S. auch oben Ziff. 2 a und
nachstehend Abschnitt IV
(„Courtage – die Vergütung des
Versicherungsmaklers“).

gefunden. Danach haftet der Makler gegenüber beiden Parteien und verfügt über einen Vergütungsanspruch gegen beide Parteien.

¹⁵²Prölss/Martin/Kollhosser,
VVG, nach § 48 a.F., Anm. 21:
„gesetzliches (vertragsähnliches)
Schuldverhältnis“.

Das Recht des Versicherungsmaklers hat sich zwar von dieser Regelung deutlich entfernt. So gilt § 98 HGB, der die Haftung gegenüber beiden Parteien anordnet, mit seinem Inhalt nur sehr bedingt. Es dominiert die Haftung gegenüber dem Klienten; dem Versicherer haftet der Makler nur in Sonderfällen. § 99 HGB ist gewohnheitsrechtlich zugunsten eines Vergütungsanspruchs, der ausschließlich gegen den Versicherer gerichtet ist, abgeändert¹⁵¹. Beide Normen gelten in diesem Zusammenhang indessen als grundsätzliche Referenz für das Vorhandensein von Rechtsbeziehungen des Maklers auch zum Versicherer¹⁵². Sie konkretisieren sich im Einzelfall zu – wenigen – spezifischen Verpflichtungen, wenn und sobald der Makler an einen Versicherer herantritt, um über die Eindeckung eines Risikos bzw. die Konditionen eines entsprechenden Versicherungsvertrags zu verhandeln („Vermittlungsbemühungen“)¹⁵³. Hierbei werden z.B. aus § 98 HGB Informations- und Interessenwahrungspflichten auch gegenüber dem Versicherer abgeleitet¹⁵⁴, die nicht nur in der Anbahnungsphase ihre Wirkung entfalten, sondern vom Makler während der gesamten Dauer des Versicherungsvertragsverhältnisses zu beachten sind.

¹⁵³Vgl. z.B. Bruck/Möller,
VVG, vor §§ 43–48, Anm. 37.

¹⁵⁴Vgl. Prölss/Martin/Koll-
hosser, VVG, nach § 48 a.F.,
Anm. 21 mit weiteren Hin-
weisen.

Danach hat der Makler beispielsweise bei der Eindeckung von Risiken den Versicherer auf besondere Gefahrumstände im Risikobereich des von ihm vertretenen Kunden hinzuweisen, ferner auch auf Gefahrerhöhungen, die während der Laufzeit des Versicherungsvertrags eintreten. Dieses Obligo ist mit einer zuweilen schwierigen Gratwanderung verbunden. Eine solche Informationserteilung kann – je nach Fallgestaltung – zu einem Vertrauensbruch gegenüber dem ihm vertraglich verbundenen Kunden bzw. zu einer Verletzung des mit diesem abgeschlossenen Maklervertrags führen.

Auf der anderen Seite ist speziell zum Fall der Gefahrerhöhung während der Vertragslaufzeit klarzustellen, dass eine solche Entwicklung der dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Gefahrensituation eine Obliegenheit des Versicherungsnehmers in Form einer dem Versicherer zu erstattenden Anzeige begründet. Erfüllt der Makler gleichsam als Vertreter des Versicherungsnehmers diese Obliegenheit, kann dieses Handeln keinen Vertrauensbruch gegenüber dem Klienten darstellen.

Unzweifelhaft auszuklammern aus dem Komplex strittiger Konstellationen sind die Fälle, in denen von Kundenseite etwa betrügerische Ansinnen zum Nachteil des Versicherers gestellt werden. Die Mitwirkung an unlauteren und strafbaren Geschäften und Machenschaften kann der Kunde vom Makler nicht verlangen. Mit anderen Worten sind Ansinnen dieser Art nicht durch das Maklermandat (Maklervertrag) gedeckt.

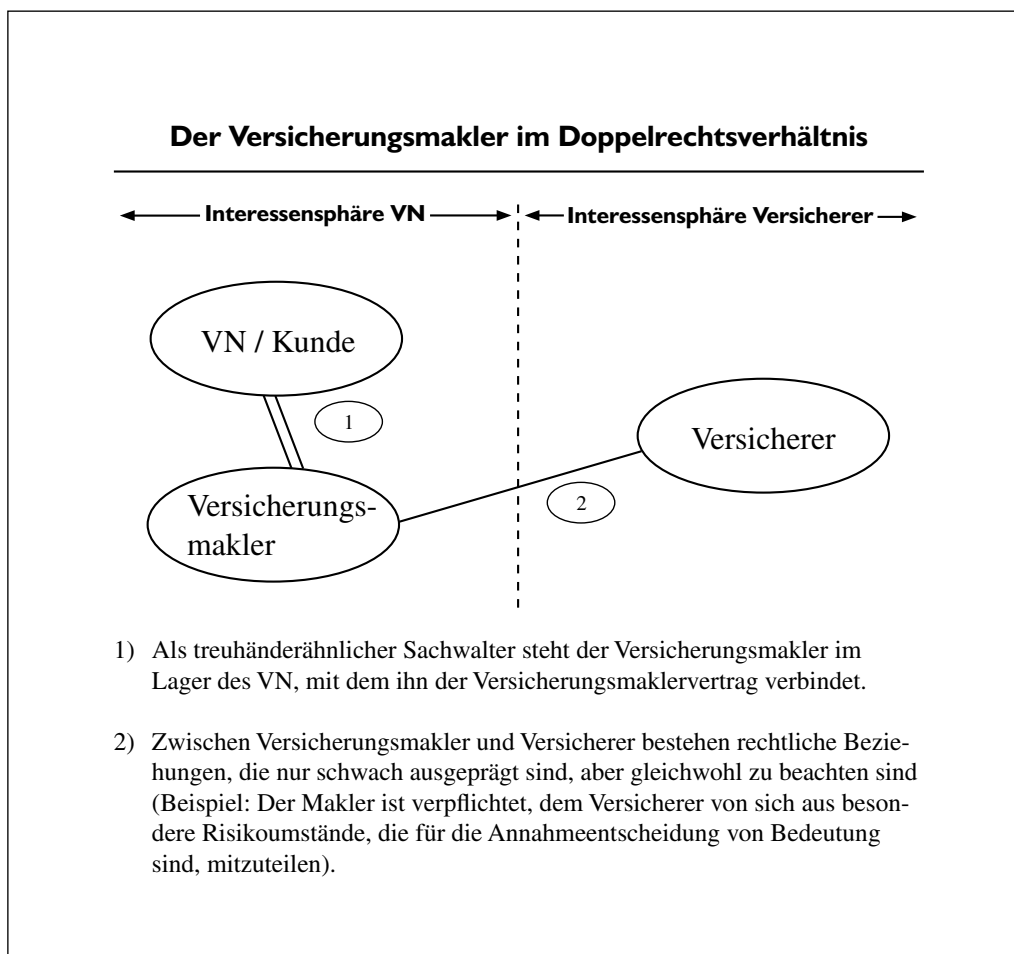


Abbildung 8

c) Doppelrechtsverhältnis

¹⁵⁵Zu dieser Thematik vgl. Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 37 ff; Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 20 ff; Matusche, Pflichten und Haftung, S. 133 ff.

¹⁵⁶Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 21.

¹⁵⁷Vgl. dazu Werber, a.a.O., S. 146.

¹⁵⁸BGBI. Nr. 262/1996.

Dieses Doppelrechts- oder auch Dreiecksverhältnis¹⁵⁵ sieht den Versicherungsmakler in einer ähnlich schwierigen Situation, in der sich zuweilen der Anwalt befindet. Dieser darf den Klienten nicht bei gesetzeswidrigen Handlungen decken, muss ihn vielmehr – er ist unabhängiges Organ der Rechtspflege – in der Beratung zu einer gesetzestreuen Verhaltensweise anhalten.

Was den Makler angeht, so obliegen auch ihm Pflichten, die einen bedingungslosen Mandantengehorsam verbieten. So hat er z.B. im Rahmen von Vertragsverhandlungen dem Versicherer eine sachgerechte Risikobeurteilung zu ermöglichen, darf also keine relevanten tatsächlichen Risikoumstände verschweigen. Die Relevanz derartiger Umstände erkennt der Makler aufgrund der bei ihm vorauszusetzenden Sach- und Fachkunde. Bei einer Pflichtenkollision gehen indessen im Zweifel die Interessen des Kunden/VN vor¹⁵⁶, während die Pflichten des Maklers gegenüber dem Versicherer, um ihr Gewicht zu charakterisieren, am besten als Nebenpflichten zu bezeichnen sind¹⁵⁷. Mit dieser Maxime wird man – das ist schon durch das komplizierte Thema selbst vorgegeben – sehr behutsam umgehen müssen. Das österreichische Maklergesetz von 1996¹⁵⁸ bringt positivrechtlich den Vorrang der Interessen des Maklerkunden in § 27 Abs. 1 zum Ausdruck:

§ 27 Abs. 1 MaklerG Doppeltätigkeit mit überwiegender Interessenwahrung

Der Versicherungsmakler hat trotz Tätigkeit für beide Parteien des Versicherungsvertrags überwiegend die Interessen des Versicherungskunden zu wahren.

¹⁵⁹Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 22.12.2006, BGBI. I S. 3232.

Auf eine solche ausdrückliche Formulierung der Interessenwahrnehmung hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts 2006/07¹⁵⁹ verzichtet.

Auf diesem Gebiet gibt es eine Reihe von Fällen, in denen es, wie schon ausgeführt, für den Makler schwierig ist, den richtigen Weg einzuschlagen, ohne in der einen oder anderen Hinsicht Interessen und Pflichten zu verletzen oder ein entsprechendes Risiko zu laufen. Offene, vom Makler zu initiiierende Kommunikation mit und zwischen den Beteiligten ist der erste Schritt, derartige Konflikte zu vermeiden.

aa) Übernahme von Aufgaben des Versicherers

Dieses auf gesetzlicher und auch historisch gewachsener Grundlage beruhende, eher schwach ausgeprägte Rechtsverhältnis des Versicherungsmaklers zum Versicherer kann auf rechtsgeschäftlichem Wege erweitert werden. Durch besondere Vereinbarung kann der Makler z.B. Policenausfertigung und Prämieninkasso übernehmen oder im Auftrag des Versicherers Schäden regulieren. In allen derartigen Fällen werden Rechtsverhältnisse zwischen Makler und Versicherer begründet.

Auch wenn es sich in der Regel um eine Nebenrolle handelt, die der Makler für den Versicherer übernimmt: Durch die Doppelfunktion darf er nicht die konsequente Verfolgung der Interessen seines Kunden aus den Augen verlieren, darf dessen Vertrauen nicht aufs Spiel setzen. Daher ist hier Zurückhaltung geboten. Auch nur der Anschein ist schädlich, der Makler verlasse selbst nur einen Schritt weit das Lager seines Kunden zugunsten einer Tätigkeit für den Versicherer. Die Problematik wird bis zu einem gewissen Grad dadurch entschärft, als insbe-

sondere Policenausfertigung und Schadenregulierung gleichzeitig die Interessen des Kunden fördern, hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt des Zeitgewinns bzw. der Zügigkeit der Erledigung¹⁶⁰.

¹⁶⁰ S. auch Werber, a.a.O., S. 147.

An dieser Stelle tritt ebenfalls der Zwiespalt zutage, in dem sich der Makler befindet. Die aus dem Doppelrechtsverhältnis resultierende Problematik führt zu der unausweichlichen Frage: Schadenregulierung für den Versicherer oder Schadenbearbeitung für den Kunden? Denn auch auf diesem Gebiet, in dem es um die Einlösung des Leistungsversprechens durch den Versicherer geht, wirken sich gegenläufige Interessen massiv aus. Eine offensive, auf größtmögliche Ersatzleistung ausgerichtete Anspruchsverfolgung zugunsten des Kunden/VN stößt auf eine Schadenregulierungsmaxime des Risikoträgers, die eine ökonomische Anspruchserledigung zum Ziel hat. So liegt die Antwort auf die Frage in dem schmalen Korridor zwischen der Wahrnehmung der wohl verstandenen Kundeninteressen auf der einen und der angemessenen Berücksichtigung der Versichererbelange auf der anderen Seite – beides auf der Grundlage der objektiven Gegebenheiten¹⁶¹.

¹⁶¹ Zu dieser Problematik vgl. Werber, a.a.O., S. 147.

bb) Zusammenarbeit zwischen Versicherungsmakler und Versicherer

Die Zusammenarbeit zwischen Versicherungsmakler und Versicherer in Form eines Geschäftskontakts, der den Abschluss eines Versicherungsvertrags zum Ziel hat, gründet sich ebenfalls auf das Doppelrechtsverhältnis¹⁶². Aus dieser Rechtsbeziehung heraus ist, soweit möglich, u.a. die Frage zu beantworten, inwieweit der Versicherer hinsichtlich Aufnahme und Beendigung der Zusammenarbeit mit einem Makler in seiner Entscheidung völlig freigestellt ist, sowie – ergänzend – unter Heranziehung und Prüfung des Versicherungsvertragsverhältnisses, ob den Versicherer insofern eine Nebenpflicht zur Zusammenarbeit treffen könnte.

¹⁶² S. hierzu Prölss/Schmidt/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 23 ff.

Grundsätzlich hat eine zutreffende Beurteilung der einschlägigen Fragen drei Rechtsbeziehungen zu berücksichtigen: Makler – Versicherer, Makler – Kunde/VN und Maklerkunde/VN – Versicherer, wobei die in diesem Dreiecksverhältnis involvierten Interessen angemessen zu gewichten sind. Die wichtigsten Fallkonstellationen sind:

- *Vor Abschluss bzw. vor Bestehen eines Versicherungsvertrags:*
Ebenso wie der Versicherer frei ist, die Indeckungnahme eines Risikos abzulehnen¹⁶³, kann er in einem solchen Fall die Zusammenarbeit mit einem Makler verweigern, ohne dass es dazu einer Begründung bedürfte. Es handelt sich um eine Situation, die die Möglichkeit einschließt, dass der Versicherer die angedienten Risiken zwar in Deckung nehmen würde, er jedoch nicht bereit ist, den Makler – aus welchen Gründen auch immer – als Geschäftspartner zu akzeptieren.
- *Bei Bestehen eines von dem betreffenden Makler nicht vermittelten Versicherungsvertrags:*
Grundsätzlich hat der Versicherer die Pflicht zur Zusammenarbeit, wenn der Versicherungsnehmer sich entschließt, die Dienste eines Maklers in Anspruch zu nehmen. Es handelt sich um eine Nebenpflicht aus dem Versicherungsvertrag bzw. hat der Versicherer den Entschluss des Versicherungsnehmers zu respektieren, der seine Versicherungsbelange durch einen Experten wahrnehmen lassen will¹⁶⁴. Eine Ablehnung der Zusammenarbeit kommt nur dann in Betracht, wenn ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB in der Person des Maklers vorliegt (mangelhafte fachliche Qualifikation, negative AVAD-Auskunft, Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit wegen gewichtiger negativer Vorkommnisse im Rahmen einer vorangegangenen Zusammenarbeit).

¹⁶³ Ausgenommen sind die Fälle des Kontrahierungszwangs.

¹⁶⁴ S. Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, Nach § 48 a.F., Anm. 25.

- *Bei uneingeschränktem Abschluss eines von dem Makler vermittelten Versicherungsvertrags:*
Es gilt grundsätzlich das zu der vorangegangenen Position Gesagte. Der Versicherungsnehmer hat das Recht, sich nicht nur bei der Eindeckung des Risikos eines Fachmanns seines Vertrauens zu bedienen, sondern auch während der Laufzeit des Versicherungsvertrags; für den Versicherer gilt insofern eine aus dem Vertragsverhältnis folgende Treuepflicht. Der Versicherer hat es mithin zu akzeptieren, dass der Makler während der Dauer des Versicherungsvertragsverhältnisses mit ihm kommuniziert, über Änderungen der Versicherungsdeckung verhandelt, den Versicherungsnehmer bei der Schadenregulierung vertritt.
- *Bei einem Wechsel des Maklers:*
Auch für diesen Fall – ein neu beauftragter Makler tritt an die Stelle seines Vorgängers – gilt der angeführte Grundsatz mit Rücksicht auf die Entscheidungsfreiheit des Versicherungsnehmers einschließlich der Ausnahmeregelung für diejenigen Fälle, in denen eine Zusammenarbeit mit dem Makler dem Versicherer nicht zugemutet werden kann.

Diese grundsätzlichen Leitlinien vermögen die meisten einschlägigen Fälle zu lösen, indessen nicht sämtliche kritischen Fragen befriedigend zu beantworten, zumal Wertungen eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Auch gehört dazu das Problem, ob ein Versicherer aus Kostengründen die Zusammenarbeit mit einem Makler abzulehnen berechtigt ist, wenn dieser also – aufgrund vorhandener Erkenntnisse – dem Versicherer nur sporadisch oder kaum Verträge zuführt und demzufolge die Verwaltungskosten (Kontenführung für, Korrespondenz mit dem Makler etc.) in keinem angemessenen Verhältnis zu dem Umfang des vermittelten Geschäfts stehen, dem Versicherer mit anderen Worten aus der Geschäftsverbindung mit dem Makler finanzielle Verluste entstehen¹⁶⁵.

¹⁶⁵Vgl. im Übrigen zu dieser Thematik Teil 2 - Besonderer Teil, Abschnitt I, Ziff. 4 („Pflicht des Versicherers zur Zusammenarbeit mit einem Makler?“).

d) Zusammenfassung, Grundsätze

Für dieses ebenso komplexe wie rechtlich schwierige Betätigungsfeld des Versicherungsmaklers, einer Gemengelage von Pflichten und Haftungsgefahren sowohl gegenüber dem Klienten als auch, wenngleich in vermindertem Maße, gegenüber dem Versicherer, lassen sich als Leitfaden durch die Materie folgende, die wesentlichen Tatbestände erfassenden Grundsätze aufstellen:

aa) Interessenwahrnehmung

Als treuhänderähnlicher Sachwalter und Bundesgenosse des Versicherungsnehmers ist der Versicherungsmakler zuallererst Interessenvertreter und –wahrer des ihm vertraglich verbundenen Klienten. Diesem gebührt grundsätzlich der Vorrang. Daneben hat er aber auch die Interessen des Versicherers zu berücksichtigen und unter Beachtung der Belange seines Kunden zu vertreten¹⁶⁶. So hat er beispielsweise ungesetzliche Machenschaften des Klienten offenzulegen, also den Versicherer hierüber zu unterrichten¹⁶⁷. In nicht eindeutigen Fällen muss sich der Makler im Zweifel für die Interessen seines Klienten entscheiden. Der Gesichtspunkt der Interessenwahrnehmung strahlt auf alle Tätigkeiten aus, die der Makler im Auftrag des Versicherers ausübt („Fremdtätigkeit“ aus der Sicht des Maklerkunden).

¹⁶⁶Bruck, *Privatversicherungsrecht*, S. 154.

¹⁶⁷Dazu Bruck/Möller, *VVG*, vor §§ 43–48, Anm. 54 am Ende.

bb) Hinweis- und Mitteilungspflichten 1

Der Makler hat dem Versicherer solche Risikoumstände mitzuteilen, zu deren Anzeige der Versicherungsinteressent/VN vor bzw. nach Abschluss des Versicherungsvertrags selbst verpflichtet wäre. Derartige Umstände sind mindestens solche, nach denen der Versicherer gefragt hat oder die zu erfragen einer von den Versicherern weithin geübten Praxis entspricht. Im Übrigen sind solche tatsächlichen Umstände angabepflichtig, deren Relevanz hinsichtlich Risikobeurteilung und Risikozeichnung sich dem Versicherungsmakler aufdrängt.

cc) Hinweis- und Mitteilungspflichten 2

Bei tatsächlichen Umständen, deren Offenlegung für den Maklerkunden nachteilig wäre (z.B. höhere Prämie, Ablehnung der Indeckungnahme des Risikos), ist zu unterscheiden:

- Handelt es sich um risikorelevante Umstände, die der Kunde verschweigen oder unvollständig und damit unrichtig darstellen will, darf der Makler diesem Ansinnen keinen Vorschub leisten, sondern ist verpflichtet, dem Versicherer diese Umstände mitzuteilen.
- Unterhalb der Schwelle unrichtiger Angaben und solcher Umstände, deren versicherungstechnische Relevanz sich nicht aufdrängt, trifft den Makler keine Mitteilungspflicht. Der Versicherer als der fachkundige Partner hat es in der Hand, durch gezielte Fragen oder sonstige Mittel der Informationsbeschaffung sich die für die Risikobeurteilung nach seiner Ansicht erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen (Erkundigungsobliegenheit des Versicherers).

dd) Handeln aufgrund Deckungsvollmacht

Hat der Versicherer dem Makler in bestimmtem Umfang Deckungsvollmacht erteilt, wie es in der Kraftfahrtversicherung häufig vorkommt, so ist der Makler verpflichtet, von dieser Befugnis nur innerhalb der ihm gesteckten Grenzen Gebrauch zu machen und etwaige Auflagen des Versicherers zu erfüllen (z.B. Prüfung der Vorschadenquote und deren Beachtung bei der Indeckungnahme von Risiken). Verletzt er diese Pflicht, ist er dem Versicherer zum Schadenersatz verpflichtet. Der Gesichtspunkt der Wahrnehmung von Kundeninteressen begründet hierbei keinen Entschuldigungstatbestand.

ee) Schadenbearbeitung, Schadenregulierung

Bei der Schadenbearbeitung (für den Kunden/VN – kraft Maklerauftrags bzw. -vertrags) und bei der Schadenregulierung (für den Versicherer – auf der Grundlage besonderer Vereinbarung) treffen in der Person des Maklers widerstreitende Interessen aufeinander, die besonders in diesem Betätigungsfeld sichtbar werden. Die Tätigkeit des Versicherungsmaklers muss darauf ausgerichtet sein, dass (nur) die *berechtigten Ansprüche* des VN/Anspruchstellers befriedigt werden; das kann je nach Lage der Dinge im Einzelfall die Schadenablehnung bedeuten. Mit anderen Worten ist es dem Makler verwehrt, rechtlich unbegründete Versicherungsansprüche gegenüber dem Versicherer zu verfolgen.

e) **Fazit**

Das Recht des Versicherungsmaklers hat zwar eine dynamische Eigenentwicklung vollzogen und sich deutlich von dem für den allgemeinen Handelsmakler geltenden Normenkreis der §§ 93 ff HGB entfernt. Gleichwohl verbinden den Versicherungsmakler noch einige Wurzeln mit dieser Regelungsmaterie, die den Makler insofern in einer weitgehend neutralen Mittlerstellung zwischen den Parteien sieht. Diese aus heutiger Sicht schwach ausgeprägte Rechtsbeziehung des im Lager des Versicherungsnehmers stehenden Maklers zum Versicherer schlägt sich in der allgemein anerkannten Annahme eines Doppelrechtsverhältnisses nieder, in dem die auf den Versicherungsmaklervertrag gegründeten rechtlichen Beziehungen des Maklers zu seinem Klienten zwar eindeutig dominieren, andererseits das rudimentär vorhandene Rechtsverhältnis zum Versicherer nicht vernachlässigt werden darf.

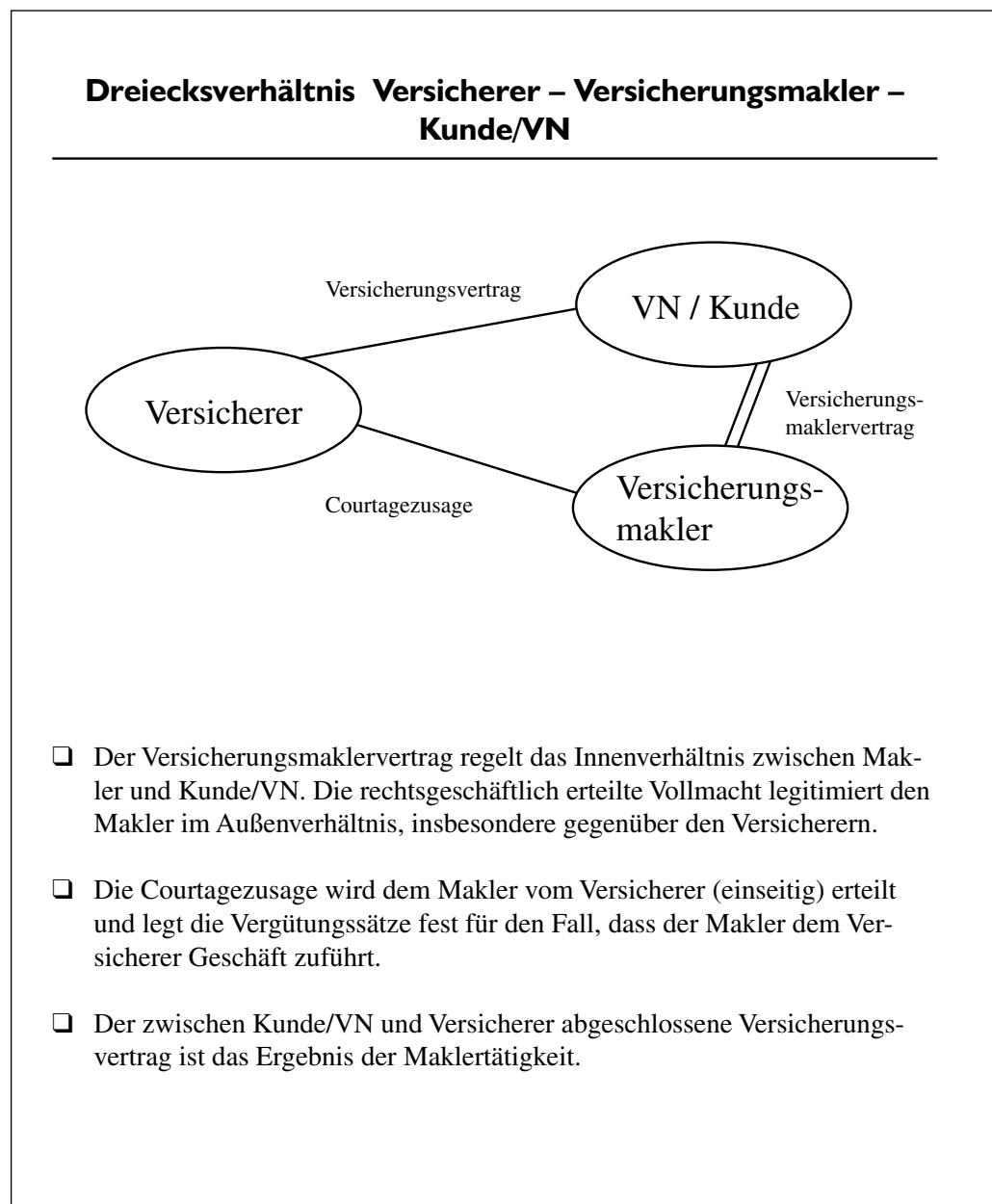


Abbildung 9

Das Doppelrechtsverhältnis verbietet daher dem Versicherungsmakler eine blinde, streng einseitige Verfolgung der Interessen des ihm vertraglich verbundenen Kunden/VN und erlegt ihm beispielsweise auf, dem Versicherer im Rahmen von Vertragsverhandlungen Hinweise auf besondere, dessen Zeichnungsentscheidung beeinflussende Risikoumstände zu geben. Es erlaubt ihm aber auch, einzelne Dienstleistungen für den Versicherer zu übernehmen, so z.B. die Policenausfertigung, das Prämieninkasso oder – in begrenztem Umfang – die Regulierung von Schäden. Allerdings muss er bei einer solchen Doppeltätigkeit alles daran setzen, die Interessen seines Klienten nicht aus den Augen zu verlieren und dessen Vertrauen in seine Person und ihr an den Interessen des Klienten orientiertes Handeln nicht zu gefährden.

Auf der anderen Seite stellt sich die Rechtsbeziehung zum Versicherer im Rahmen des Doppelrechtsverhältnisses nicht als eine rechtliche Einbahnstraße dar, die den Versicherungsmakler im Obligo ausschließlich gegenüber dem Versicherer sieht. Auch den Versicherer treffen Verpflichtungen und – in einem weiteren Sinn – Obliegenheiten gegenüber dem Versicherungsmakler. So ist er gehalten, nicht ohne zwingenden Grund die Zusammenarbeit mit dem Makler abzulehnen, wenn sich der Versicherungsnehmer nun einmal dafür entschieden hat, seine Versicherungsangelegenheiten von einem Versicherungsmakler betreuen und sich von ihm gegenüber dem Versicherer bei der Wahrnehmung seiner Interessen vertreten zu lassen. Nur wichtige Gründe im Sinne des § 626 BGB können im Einzelfall dem entgegenstehen.

4. Vertretungsmacht

a) Umfang der Vertretungsmacht	63
b) Vertretungsmacht im engeren Sinn	65
c) Erteilung der Vollmacht	65
d) Willens- und Wissensmängel sowie fehlerhaftes Handeln des Vertreters	72
e) Dauer und Beendigung der Vollmacht	73
f) Vollmachtgeber und Bevollmächtigter in Konkurrenz	76
g) Fazit	76

Die Stellvertretung, die Möglichkeit, dass eine andere Person für den Vertretenen rechtsgeschäftlich wirksam handelt und die Rechtswirkungen in gleicher Weise eintreten, als wenn der Vertretene selbst gehandelt hätte¹⁶⁸, ist das Gebot eines effizienten Geschäftsverkehrs. Sie erweitert den Wirkungskreis des Vertretenen und – oft gestützt auf die spezielle Fachkompetenz des Vertreters – verbessert für ihn die Chancen, im rechtsgeschäftlichen Verkehr seine Interessen wahrzunehmen. Diese von der Rechtsordnung, nämlich den die Stellvertretung regelnden Vorschriften der §§ 164 ff BGB, vorgesehene Möglichkeit erzeugt nicht nur Vorteile in verfahrensmäßiger Hinsicht, also der leichteren Durchführung und Abwicklung von Rechtsgeschäften. Sie begünstigt, wie angemerkt, den Vertretenen vielfach auch materiell-inhaltlich, indem Wissen und praktisches Knowhow des Vertreters als eines Experten – in welcher Materie auch immer – im Rahmen der Durchführung des Rechtsgeschäfts gleichzeitig zum Vorteil des Vertretenen genutzt werden können.

¹⁶⁸Die Stellvertretung umfasst sowohl die Abgabe als auch den Empfang von Willenserklärungen (Letzteres = passive Stellvertretung).

Die Einschaltung eines Versicherungsmaklers als Fachmann in Versicherungsangelegenheiten legt in hervorragender Weise den Grund für das Ziel, Vorteile zugunsten des Auftraggebers und Vertretenen in dieser zweifachen Hinsicht zu verwirklichen. Hier, im Auftreten nach außen für den Klienten, namentlich gegenüber den Versicherern, liegt das Kernstück der Maklertätigkeit. Dabei steht das Expertentum des Versicherungsmaklers im Vordergrund, während der vertretungsrechtliche Aspekt demgegenüber zurücktritt und lediglich dazu dient, das selbstständige Handeln des beauftragten Maklers zu definieren und zu legitimieren.

In welchem Umfang dieses Vorhaben von Fall zu Fall gelingen kann, hängt zum einen von der Qualifikation und den administrativen Qualitäten des mandatierten Maklers ab, aber auch von Art und Umfang der Vollmacht, die umfassend angelegt sein kann oder aber eingeschränkt im Sinne einer stärkeren Mitwirkung des Vertretenen an den zu treffenden Entscheidungen. Kommt es in diesem Bereich zu Konflikten, beispielsweise zu einer Vollmachtsüberschreitung oder einem –missbrauch, gehört die Auseinandersetzung hierüber in den Bereich des Innenverhältnisses zwischen Makler und Maklerkunde.

a) Umfang der Vertretungsmacht

Das Handeln eines anderen für den Auftraggeber kann sich auf Vorbereitungshandlungen beschränken oder aber den Charakter einer Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff BGB mit generell weitreichender Befugnis annehmen¹⁶⁹. Im letzteren Fall sind vielfältige Abstufungen möglich, vorzugsweise gegenständlich definiert bzw. bezüglich des Umfangs der Vollmacht beschränkt. Das ist aus der Sicht des Vollmachtgebers zweckmäßig und auch allgemein üblich, als ja die Stellvertretung dem Bevollmächtigten eine erhebliche Rechtsmacht verleiht. Die erteilte Vollmacht versetzt den Bevollmächtigten in die Lage, für den Vollmachtgeber

¹⁶⁹Unabhängig von einer Beschränkung der Vertretungsmacht auf bestimmte Aufgabenfelder.

rechtsverbindlich zu handeln.

Das heißt z.B.: Verträge mit den dazugehörigen Rechten und Pflichten abzuschließen, zu ändern oder zu beenden, wobei er als Vertreter eigenständig eine Interessenbewertung vornimmt und das Rechtsgeschäft aufgrund eines selbstständig gefassten Entschlusses tätigt. Die Wirkungen des Handelns des Stellvertreters oder Bevollmächtigten treten unmittelbar in der Person des Vollmachtgebers, des Vertretenen, ein, § 164 Abs. 1 BGB.

§ 164 Abs. 1 BGB Wirkung der Erklärung des Vertreters

Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.

Auch im Tätigkeitsfeld des Versicherungsmaklers ist die Situation keine andere. Es kommt im Einzelfall, wenn es darum geht, die Vertretungsbefugnisse des Bevollmächtigten – rechtsgeschäftlich, zweckmäßigerweise in einer Vollmachtsurkunde – festzulegen, darauf an, ob der Maklerkunde/VN die Steuerungsmechanismen hinsichtlich Art und Umfang seines Versicherungsschutzes und der Durchführung der Verträge in seiner Hand behalten will, der Makler also als der fachkompetente Vorbereiter tätig wird, der dem Kunden entscheidungsreife Vorschläge unterbreitet, oder aber, ob er die Kompetenz zur Kündigung, Änderung und Abschluss von Versicherungsverträgen kraft entsprechender Bevollmächtigung dem Makler überträgt.

Was die Abstufungen in der Bevollmächtigung angeht, so kann beispielsweise der Makler befugt sein, Versicherungsverträge zu kündigen, während es sich der Kunde vorbehält, den Neuabschluss von Verträgen von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Vielfältige Ausgestaltungen der Vollmacht sind möglich; entsprechend sind die Vollmachtsurkunden in ihrem Wortlaut abgefasst.

Welcher Typ Vollmacht – weitreichend oder begrenzt – im Einzelfall dem Maklerhandeln zugrunde gelegt wird, hängt in der Regel von der Art der Klientel ab. Größere Firmen und Großunternehmen mit eigenem fachlichen Knowhow behalten sich zumeist die grundsätzlichen Entscheidungen bei der Begründung und Änderung von Versicherungsschutz vor, ebenso bei der Kündigung von Verträgen. Am anderen Ende der Gestaltungsmöglichkeiten steht der private Kunde, der sich vielfach vom Conveniencegedanken bestimmen lässt, sich vom lästigen „Sich-Kümmern“ um Versicherungsangelegenheiten freistellen möchte und daher den von ihm beauftragten Makler umfassend bevollmächtigt.

Aber auch andere Erwägungen können bei der Ausgestaltung der Maklervollmacht eine Rolle spielen. So hat möglicherweise der Makler selbst ein Interesse, den Kunden in den Entscheidungsprozess – Neuabschluss, Änderung und Kündigung von Versicherungsverträgen – einzubinden, indem er ihn die letzte Entscheidung treffen lässt. Dahinter steht der Gedanke der Minderung seiner Maklerhaftung. Er erläutert dem Kunden umfassend Vorteile und Nachteile, Chancen und Risiken einer bestimmten Versicherungsdeckung, gibt auch kraft seiner Fachkompetenz und praktischen Erfahrung Empfehlungen ab, überlässt es aber dem Kunden, die letztendliche Entscheidung zu treffen und ihm, dem Makler, eine Handlungsanweisung zu geben.

Hat sich nun der Kunde die letzte Entscheidung über Abschluss, Änderung und Beendigung von Versicherungsverträgen vorbehalten, ist mit anderen Worten der Makler in keiner Beziehung Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff BGB, sondern reduziert sich seine Funktion auf die eines Erklärungsboten¹⁷⁰, wäre es nicht zutreffend, seine Vertretungsmacht mit „null“ anzusetzen. Es würde übersehen, dass der Makler bei der Überprüfung und der Neuordnung des Versicherungsschutzes eines Kunden kaum ohne Kontakte zur Versichererseite auskommt: Anforderung von Dokumenten sowie Auskünften, Verhandlungen über Deckungskonzepte etc. machen eine Legitimation notwendig. Für den Versicherer ist ein Makler auch bei einem enger eingegrenzten Kundenauftrag nur dann akzeptierter Gesprächs- und Verhandlungspartner, wenn er eine entsprechende Vollmacht (Maklervollmacht, -auftrag) vorweisen kann. Diese Art Vollmacht legitimiert allgemein zur Besorgung der Versicherungsangelegenheiten des Kunden durch den Makler, die in dem hier gewählten Beispiel alle Vorbereitungshandlungen umfasst, und enthält des Weiteren den auf den Kunden/VN bezogenen Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der daran anschließenden weisungsgemäßen Ausführung der Rechtsgeschäfte.

¹⁷⁰ *Sein Handeln ist tatsächlicher, nicht rechtsgeschäftlicher Natur, Palandt/Heinrichs, BGB, Einführung vor § 164, Anm. 11.*

b) Vertretungsmacht im engeren Sinn

Das Handeln als Stellvertreter setzt notwendig das Bestehen einer Vertretungsmacht voraus. Diese definiert sich als die Rechtsmacht, mit Wirkung für einen anderen, den Vertretenen, Willenserklärungen abgeben und entgegennehmen zu können¹⁷¹. Das heißt, dass die Rechtswirkungen von Willenserklärungen und auch Rechtshandlungen des Vertreters in der Person des Vollmachtgebers, des Vertretenen, eintreten.

¹⁷¹ *Aktive bzw. passive Vertretungsmacht, s. z.B. Palandt/Heinrichs, BGB, Einführung vor § 164, Anm. 3.*

Die Vertretungsmacht kann grundsätzlich

- gesetzlich festgelegt oder
- rechtsgeschäftlich erteilt

sein. Schon mit Rücksicht auf seine im Gesetz vorgesehene Mittlerstellung zwischen den Parteien verfügt weder allgemein der Handelsmakler noch im Besonderen der Versicherungsmakler über eine gesetzliche Vertretungsmacht¹⁷². Das Tätigwerden eines Versicherungsmaklers gründet sich daher hauptsächlich auf eine *rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht*¹⁷³.

¹⁷² *Zur gewohnheitsrechtlich begründeten Vertretungsmacht vgl. den bei Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 40, dargestellten Sonderfall.*

Sondertatbestände, die im tatsächlichen Bereich angesiedelt sind, legitimieren ein Handeln des Maklers auch außerhalb einer rechtsgeschäftlich exakt definierten Vollmacht. Sie lassen seine Handlungen und Erklärungen in der Person des Kunden rechtswirksam werden, wenn dieser ein nach außen als Vertretungstatbestand erscheinendes Auftreten des Maklers nicht unterbindet¹⁷⁴.

¹⁷³ *Vgl. hierzu z.B. Prölss/Martin/Kollhoser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 8 mit weiteren Hinweisen.*

¹⁷⁴ *Vgl. dazu nachstehend Ziff. c) dd)*

c) Erteilung der Vollmacht

Der Versicherungsmakler wird in seiner Eigenschaft als Bundesgenosse des Versicherungsnehmers nur für ihn, seinen Kunden, tätig, mit dem ihn der Versicherungsmaklervertrag oder –auftrag verbindet. Dieser ist daher sein Vollmachtgeber. Der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ist Sache der Einzelabsprache. Makler verwenden zu diesem Zweck standardisierte Vollmachtsformulare mit einem zumeist weit gesteckten Handlungsspielraum.

¹⁷⁵BGH VersR 1985,
930 ff (931).

Ausnahmsweise, wenn auch nicht ohne Konflikt mit dem modernen Maklerbild, das den Versicherungsmakler als den treuhänderähnlichen Sachwalter des Versicherungsnehmers beschreibt¹⁷⁵, kann aber auch der Versicherer den Makler für bestimmte Funktionen mit spezifischen Vollmachten ausstatten: Policierung, Prämieninkasso, Schadenregulierung.

aa) Bevollmächtigung in schriftlicher Form

¹⁷⁶Z.B. Palandt/Heinrichs,
BGB, § 167, Anm. 2;
Staudinger/Dilcher, BGB,
§ 167, Anm. 18.

Auch wenn grundsätzlich Formfreiheit gilt¹⁷⁶, wird in der Regel die Vollmacht in schriftlicher Form erteilt¹⁷⁷. Das gebieten Gründe der Klarheit und Eindeutigkeit. Im Streitfall ist die schriftliche Vollmacht Beweisurkunde – ein weiterer nicht zu unterschätzender Vorteil. Entweder ist die Bevollmächtigung des Maklers in den Versicherungsmaklervertrag bzw. –auftrag integriert oder sie wird in einer gesonderten Urkunde niedergelegt.

¹⁷⁷Prölss/Martin/Kollhosser,
VVG, nach § 48 a.F., Anm. 8.

Inhaltlich legt die Vollmacht insbesondere fest, ob der Makler befugt ist, Versicherungsverträge abzuschließen, zu kündigen oder Änderungen mit dem Versicherer zu vereinbaren. Die meisten Bevollmächtigungen sehen einen solchen weitreichenden Umfang vor. Limitierungen der Maklerbefugnisse können sich, außer aus der Vollmachtsurkunde selbst, auch aus dem der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, also dem Maklervertrag oder –auftrag ergeben¹⁷⁸. Hier können dem Makler – zusätzliche – Bindungen auferlegt werden, die allerdings grundsätzlich nur im Innenverhältnis zwischen Maklerkunde und Makler wirksam sind.

¹⁷⁸Vgl. z.B. BGH GRUR
1966, 509 (511).

¹⁷⁹GRUR 1966, 509 ff,
Dokumentation des Urteils
mit Kommentierung in Teil 4
(MAKLERURTEILE)
unter Nr. (15).

Während früher einmal streitig war, ob der Versicherungsmakler zur Kündigung von Versicherungsverträgen nach eigenem Ermessen rechtswirksam bevollmächtigt werden kann – kontrovers war die Frage, ob insofern ein wettbewerbswidriges Handeln vorliegt –, sind ernsthafte Zweifel seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.4.1966¹⁷⁹ ausgeräumt. Danach kann der Kunde den Makler wirksam auch zur Kündigung von Versicherungsverträgen bevollmächtigen, wobei dieser nach pflichtgemäßem Ermessen vorzugehen hat.

Das Gericht hat seine Entscheidung u.a. mit den folgenden wesentlichen Gesichtspunkten begründet:

- Mit dem Ausstellen einer uneingeschränkten Vollmacht ist zwar kein fester Kündigungsauftrag des Versicherungsnehmers verbunden, doch liegt darin dessen vorweggenommenes Einverständnis mit der etwaigen Kündigung.
- Mangels anderer nachweisbarer Anhaltspunkte ist bei der Entgegennahme einer Kündigungsvollmacht von der Absicht des Maklers auszugehen, sie nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen seiner maklervertraglichen, gegenüber dem Kunden bestehenden Betreuungsverpflichtung einzusetzen.
- Es ist wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn ein unerfahrener Versicherungsnehmer in dem Bestreben, seine Versicherungsangelegenheiten vorteilhafter als bisher zu gestalten, sich der Hilfe eines unabhängigen Maklers bedient und diesem im Voraus die Entscheidung über die etwaige Umstellung seiner laufenden Versicherungsverträge überträgt, über deren Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit er sich selbst ohnehin kein zuverlässiges Urteil bilden kann¹⁸⁰.

¹⁸⁰BGH a.a.O.,
S. 513, 514.

Die Vollmachtsurkunde legt zum einen im Innenverhältnis zwischen Makler und Kunde fest, mit welcher Rechtsmacht der Makler ausgestattet ist und gegenüber Dritten handeln darf. Zum anderen legitimiert die Urkunde den Makler im Außenverhältnis, das heißt gegenüber dem Versicherer. Hier liegt, wie bei Vollmachten generell, ihre hauptsächliche Bedeutung.

Vorlagepflichtig ist das *Original* der Vollmachtsurkunde. Es genügt also nicht, wenn der Makler beim Versicherer lediglich eine Kopie oder beglaubigte Abschrift einreicht¹⁸¹. Durch die Vorlage des Originals soll die Echtheitsprüfung ermöglicht werden¹⁸². Es ist dies eine Anforderung, die sich nicht auf Maklervollmachten beschränkt, sondern für Vollmachten jeglicher Art gilt. Über die Sinnhaftigkeit der allgemein geübten Praxis zu streiten, ist müßig. Die immer wieder in der Praxis aufflammende Diskussion um diese Frage ist überflüssig. Desgleichen ist rechtlich irrelevant, dass nicht wenige Versicherer die Vorlage einer Kopie der Vollmacht genügen lassen¹⁸³. Hierbei handelt es sich lediglich um einen Verzicht des Versicherers auf ein ihm an sich zustehendes Recht (Vorlage der Originalurkunde).

bb) Bevollmächtigung in mündlicher Form

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass es an einer schriftlichen Vollmacht fehlt. Das sind die Fälle, in denen der Makler „auf Zuruf“ tätig wird. Der Kunde beauftragt ihn beispielsweise telefonisch, oder es liegen andere tatsächliche Umstände vor, aus denen heraus die exakte Definition der Vollmacht und die Ausfertigung einer schriftlich abgefassten Vollmachtsurkunde unterbleiben.

Das hier geltende Prinzip der Formfreiheit¹⁸⁴ lässt auch diese Art der

§ 167 BGB Erteilung der Vollmacht

- (1) Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.
(2) Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht.

Vollmachtserteilung zu. Der Nachteil der mangelnden Schriftform liegt allerdings auf der Hand. Im Streitfall sehen sich Makler wie auch der Kunde Beweisschwierigkeiten gegenüber. Im Zweifel trifft denjenigen die Beweislast, der das Vorliegen eines Vertretergeschäfts behauptet¹⁸⁵.

cc) Bevollmächtigung durch schlüssiges Verhalten

Fehlt es an einer ausdrücklichen – schriftlichen oder mündlichen – Bevollmächtigung, kann dem Makler auch durch schlüssiges Verhalten eine Vollmacht erteilt werden. Der Kunde, der – allgemein ausgedrückt – eine Versicherungsangelegenheit in bestimmter Weise erledigt wissen will, ohne gleichzeitig eine ausdrückliche Vollmacht zu erteilen, stattdessen aufgrund dieser Verhaltensweise den Makler mit der zur Ausführung des erteilten Auftrags erforderlichen Vollmacht aus (schlüssiges Verhalten). Allgemein gilt der Satz: Die Übertragung von Aufgaben, deren ordnungsgemäße Erfüllung eine bestimmte Vollmacht erfordert, enthält stillschweigend zugleich eine entsprechende Bevollmächtigung¹⁸⁶.

¹⁸¹Zu dieser Thematik: Palandt/Heinrichs, BGB, § 174, Anm. 2 mit Rechtsprechungshinweisen.

¹⁸²Staudinger/Dilcher, BGB, § 174, Anm. 3.

¹⁸³Zur Anwendung der AGB-Normen des BGB auf die formulärmäßig erteilte Vollmacht vgl. Abschnitt III.

¹⁸⁴Palandt/Heinrichs, BGB, § 167, Anm. 2.

¹⁸⁵Palandt/Heinrichs, BGB, § 164, Anm. 18.

¹⁸⁶Palandt/Heinrichs, BGB, § 167, Anm. 1; Staudinger/Dilcher, BGB, § 167, Anm. 29.

¹⁸⁷Natürliche oder juristische Personen.

¹⁸⁸Urteil vom 20.5.1997, VersR 1999, 884 f.

¹⁸⁹Sachverhalt verkürzt dargestellt.

Die Übertragung von Aufgaben kann auch indirekt geschehen, indem nämlich ein bestimmtes Verhalten eines anderen hingenommen wird. Mit anderen Worten kommt es auch auf diese Weise zwischen zwei Personen¹⁸⁷ zu einem vertretungsrechtlichen Verhältnis. Das OLG Oldenburg hat sich im Jahre 1997 mit einer derartigen Konstellation befasst¹⁸⁸; es ging um folgenden Fall¹⁸⁹:

Die Klägerin nahm als führender Versicherer – es lag Mitversicherung vor – die beklagte Versicherungsnehmerin auf Zahlung rückständiger Versicherungsprämien in Anspruch. Für das von ihr betriebene Seeschiff MS S. hatte die eingeschaltete Maklerfirma A. GmbH Versicherungsschutz für Kasko, Maschine und Zubehör besorgt.

Die Maklerfirma stellte die Versicherungspolice aus und bezeichnete sich darin als Verwalterin und Maklerin der Police. Aufgrund langjähriger Übung zahlte die Versicherungsnehmerin die Prämien an die Maklerfirma, die über keine ausdrückliche Inkassovollmacht verfügte. Diese verrechnete Prämien und Schäden aus verschiedenen Versicherungsverträgen und zahlte den sich daraus ergebenden Betrag an die einzelnen Versicherer aus. Schließlich kam es zum Rechtsstreit.

Von der beklagten Versicherungsnehmerin an die Maklerfirma gezahlte Prämienbeträge von insgesamt rund 85.000 DM leitete diese nicht an die Versicherer weiter. Kurze Zeit später fiel die Maklerfirma A. GmbH in Konkurs. Die Klägerin als führender Versicherer mahnte bei der beklagten Versicherungsnehmerin die offenen Prämien an.

Die Zahlungsklage des führenden Versicherers hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht hat zunächst mit Recht herausgestellt, es komme nicht darauf an, ob ein Versicherungsmakler *üblicherweise* über Inkassovollmacht verfüge. Entscheidend sei vielmehr, ob im konkreten Fall die beklagte Versicherungsnehmerin mit Erfüllungswirkung an die Maklerfirma zahlen konnte und damit zugleich von ihrer Prämienschuld gegenüber den Versicherern frei wurde.

Diese Frage hat das Gericht bejaht – zu Recht. Die Firma A. GmbH hatte – was ihrer Aufgabe als Versicherungsmaklerin entsprochen hätte – nicht lediglich die demnächst fällig werdenden Prämien mitgeteilt, vielmehr sie selbst in Rechnung gestellt und von der Versicherungsnehmerin Zahlung an sich verlangt. Mit der Rechnungstellung und mit der Zahlungsaufforderung hatte die Maklerfirma typische Versichereraufgaben wahrgenommen.

Ausschlaggebend war die Feststellung des Gerichts, die Klägerin habe von dieser Praxis der Maklerin gewusst und sie auch akzeptiert. Von der Klägerseite war in diesem Zusammenhang sogar eingeräumt worden, zwischen der Maklerin und den jeweiligen Mitversicherern hätten Verrechnungsabreden bestanden, wonach nicht nur Schäden und Prämien aus dem gleichen Versicherungsverhältnis verrechnet werden durften.

Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung durch eine zusätzliche Überlegung abgesichert. Mit der Art der Prämienberechnung und der Verrechnung mehrerer Prämienforderungen hätten die Versicherer so viele Anzeichen für eine Inkassovollmacht gesetzt, dass sie sich an dem dadurch verursachten Rechtsschein festhalten lassen müssten.

Der zuletzt genannte Gesichtspunkt deutet in die Richtung einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht. Die Versicherer hätten aufgrund des ihnen bekannten Auftretens der Versicherungsmaklerin die dadurch erzeugte Außenwirkung erkennen können. Ein anderer – hier die

Versicherungsnehmerin als Maklerkundin – konnte und durfte annehmen, die Maklerfirma sei insoweit gleichsam der verlängerte Arm der Versicherer und die Zahlung an sie befreie sie von ihrer Prämienschuld. Dieses Vertrauen ist schutzwürdig. Zu vermerken bleibt daher, dass die durch entsprechende Tatsachen untermauerte Vertragskonstruktion aufgrund schlüssigen Verhaltens nicht nur solche Fälle betrifft, in denen der Makler als Vertreter des Klienten und für dessen Interessen tätig wird, sondern auch solche Tatbestände einschließt, in denen er Einzelaufgaben für den Versicherer übernimmt und ausführt.

dd) Anscheins- und Duldungsvollmacht

Eine weitere Kategorie im Recht der Stellvertretung ist die Anscheins- und die Duldungsvollmacht. Es handelt sich um eine *nicht rechtsgeschäftlich begründete* Vertretungsmacht. Der anscheinend Vertretene hätte – so die zugrunde liegende These – bei gehöriger Aufmerksamkeit das Auftreten und Handeln des nicht Bevollmächtigten erkennen können. Ein Dritter durfte den Eindruck haben, er billige dieses Auftreten. Damit wird ein Vertrauenstatbestand geschaffen¹⁹⁰, auf den sich der Dritte verlassen durfte.

Wenn die Rechtsprechung zwischen Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht unterscheidet, so ist diese Differenzierung mit Recht kritisiert worden. Es handelt sich um eng nebeneinander liegende Tatbestände, die zu unterscheiden es an einer überzeugenden rechtlichen Begründung fehlt. Außerdem sollte es vermieden werden, in dem ohnehin nicht einfach gelagerten vertretungsrechtlichen Themenfeld weitere Kontroversen zu erzeugen. Fazit: Da beide Begriffe einen nahezu identischen Bedeutungsinhalt haben, werden sie synonym gebraucht¹⁹¹.

Für die Annahme eines derartigen Vertrauenstatbestandes – der Handelnde ist anscheinend bevollmächtigt –, müssen bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, wie z.B.:

- Der als Vertreter Handelnde ist mit bestimmten Unterlagen etc. (Stempel, Briefbögen, Formulare, Prospekte) ausgestattet, die vom Vertretenen stammen und auf ihn hinweisen. Sie indizieren damit eine Bevollmächtigung.
- Eine derartige Anscheinwirkung liegt auch dann vor, wenn der Handelnde in der Vergangenheit wiederholt als wirklich Bevollmächtigter aufgetreten ist. Ein erneutes Handeln suggeriert demselben Personenkreis vor diesem Hintergrund ein befugtes Auftreten als Bevollmächtigter.
- Weitere Voraussetzung für die Annahme einer Anscheinsvollmacht ist, dass der Inhalt der abgegebenen Willenserklärung oder die Art der vorgenommenen Rechtshandlung nicht völlig aus dem Rahmen dessen fällt, was unter denselben tatsächlichen Umständen ein wirklich Bevollmächtigter in zulässiger Weise hätte tun dürfen.

Für den Versicherungsmakler ergibt sich in Ansehung des ihm vertraglich verbundenen Kunden unter diesem Blickwinkel ein relativ weit gesteckter Handlungsspielraum. Eine restriktiv gedachte Vollmacht wird überholt durch die Tatsache, dass in der Praxis verwendete Maklervollmachten in der Regel umfassende Kompetenzen enthalten (Recht zur Kündigung und zum Neuabschluss von Versicherungsverträgen, wie auch das Recht, mit dem Versicherer Änderungen von Versicherungsverträgen zu vereinbaren).

Strenger sind die Anforderungen für die Annahme einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht bei Handlungen des Maklers, die dem Versicherer zugerechnet werden sollen. Ein befugtes

¹⁹⁰ Dazu Staudinger/Dilcher, BGB, § 167, Anm. 28 ff (34); zur herkömmlichen Abgrenzung von Anscheins- und Duldungsvollmacht vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 173, Anm. 11 ff.

¹⁹¹ So auch im Ergebnis Staudinger/Dilcher, BGB, § 167, Anm. 32.

¹⁹²Wie bereits weiter oben dargestellt; s. dazu auch nachfolgend unter lit. ee).

Handeln des Versicherungsmaklers mit Wirkung für und gegen den Versicherer ist die Ausnahme. Der Makler steht im Lager des Versicherungsnehmers, seines Vertragspartners, befindet sich also aus der Sicht des Versicherers auf der Vertrags-Gegenseite. Die Annahme einer solchen nicht der Regel entsprechenden Anscheins- oder Duldungsvollmacht wird daher beispielsweise durch ein in der Vergangenheit erfolgtes, wiederholtes – befugtes – Auftreten für den oder die Versicherer gestützt werden¹⁹². Im Allgemeinen wird es sich um relativ wenige Ausnahmefälle handeln.

¹⁹³Palandt/Heinrichs, BGB, § 173, Anm. 14.

¹⁹⁴Staudinger/Dilcher, BGB, § 167, Anm. 40.

- Um das Vertreterhandeln dem Geschäftsherrn zurechnen zu können, ist weiter erforderlich, dass dieser es unterlassen hat, das Auftreten des Handelnden zu unterbinden und damit im Ergebnis die nach außen gerichteten Anscheinwirkungen zu zerstören. Das gilt auch für den Fall, dass der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können¹⁹³. Dieses Unterlassen muss schuldhaft erfolgt sein¹⁹⁴. Selbstverständliche Voraussetzung ist, was den Grundsatz angeht, die Kenntnis des Geschäftsherrn vom Handeln des anscheinend Vertretungsberechtigten bzw., wie bereits erwähnt, die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung.
- Schließlich muss der Geschäftspartner schutzwürdig sein und gutgläubig der Anscheinsvollmacht vertraut haben. Ist der VN/Maklerkunde der durch dieses Rechtsinstitut Begünstigte, wird diese Voraussetzung im Allgemeinen erfüllt sein, zumal er wohl kaum Einblick in die Geschäftsinterna eines Versicherungsmaklers hat. In nur wenigen Fällen wird der Versicherer der durch die Anscheinsvollmacht begünstigte Kontrahent sein können.

¹⁹⁵Staudinger/Dilcher, BGB, § 167, Anm. 39.

Ein Vertretungswille auf Seiten des Handelnden ist mit der überwiegenden Meinung des Schrifttums und im Einklang mit dem Bundesgerichtshof abzulehnen¹⁹⁵. Es kommt hier auf die Außenwirkung von Erklärungen und Handlungen des anscheinend Bevollmächtigten an sowie auf die unterlassene Zerstörung der Anscheinwirkung durch den Vertretenen, nicht aber auf eine vorhandene oder nicht vorhandene innere Willensbildung. Ein solcher Nachweis würde in nicht wenigen Fällen scheitern. Der Schutz desjenigen, der auf die aus dem Auftreten nach außen erzeugte, scheinbare Vertretungsmacht vertraut hat, würde zunichte gemacht.

ee) Anscheins- und Duldungsvollmacht: Maklerhandeln für den Versicherer

In dem Dreiecksverhältnis Versicherer – Versicherungsmakler – Versicherungsnehmer kommt es, wie schon oben erwähnt, nicht selten vor, dass der Makler vom Versicherer für die Wahrnehmung bestimmter (Versicherer-)Funktionen bevollmächtigt wird. Das geschieht generell in begrenztem Umfang und zudem nur in einer die Belange seines Klienten nicht nachteilig berührenden Weise, so dass der Makler auch nicht ansatzweise das Interessengebiet bzw. das Lager des Klienten verlässt (z.B. Prämieninkasso, Schadenregulierung (limitiert)). Ein Maklerhandeln für den Versicherer ist aber auch ohne ausdrückliche Beauftragung oder Bevollmächtigung anzutreffen, wenn nämlich bestimmte Umstände die Schlussfolgerung zulassen, der Versicherer habe den Makler hierzu autorisiert.

Dass bei derart gelagerten Sachverhalten Kontroversen zwischen den Beteiligten aufbrechen, in denen oft mit großer Intensität die Gründe des Pro und Contra einer solchen Bevollmächtigung in streitiger Auseinandersetzung – nicht selten bis in das Stadium von Gerichtsprozessen – ausgetauscht werden, ist nur zu verständlich.

Mit einem solchen Fall hatte sich beispielsweise das OLG Düsseldorf zu befassen. Der Leitsatz seiner Entscheidung vom 31.10.2003¹⁹⁶ hat folgenden Wortlaut:

¹⁹⁶VersR 2004, 1170.

„Hat der Versicherer einem Makler Antragsformulare für Kfz-Versicherungen überlassen, auf denen der Makler den formularmäßig vorbereiteten vorläufigen Versicherungsschutz mit seiner Unterschrift als „Vermittler“ erteilen kann und wiederholt – auch dem Antragsteller unter Aushängung einer Doppelkarte – erteilt hat, und hat der Versicherer den entsprechenden Versicherungsbeginn stets mit der Policierung bestätigt, so hat der Versicherer für den Antragsteller in zurechenbarer Weise den Rechtsschein gesetzt, dass er den Makler zu solchen Zusagen auch bevollmächtigt hat, und muss für die vorläufige Deckung einstehen.“

Die Erteilung einer vorläufigen Deckung durch den Makler gehört zu den Tatbeständen, die unter dem Gesichtspunkt der Kundeninteressen nicht nur unbedenklich sind, sondern vielmehr dem Maklerkunden nützen, weil sie ihm sofortigen Versicherungsschutz verschafft. Daher kann dem Makler zunächst – als orbiter dictum – bescheinigt werden, dass in derartigen Fällen eine Verletzung von Kundeninteressen ausscheidet.

In der hier in erster Linie relevanten Frage, ob die Erteilung der vorläufigen Deckung durch den Makler vom Willen des Versicherers – in welcher Weise auch immer – gedeckt war, ist zu berücksichtigen, dass die dem Makler im vorliegenden Fall vom Versicherer zur Verfügung gestellten Antragsformulare die Erteilung einer vorläufigen Deckung vorsahen und sie durch ihre Gestaltung den Eindruck erweckten, der Vermittler – Makler oder Vertreter – sei zu einer solchen Zusage berechtigt. Hier fiel besonders ins Gewicht, dass der die vorläufige Deckung betreffende Text sich auf dem Formular in unmittelbarer Nähe der vom Vermittler zu leistenden Unterschrift befand. Der Kunde/VN konnte und durfte – so sinngemäß das Gericht – mit Blick auf diesen weiteren besonderen Umstand von der entsprechenden Befugnis des ihn betreuenden Maklers ausgehen. Wie das Oberlandesgericht zu Recht feststellt, hatte der beklagte Versicherer – es ging um Leistungen aus einer Vollkaskoversicherung – einen ausreichenden Rechtsschein für die Bevollmächtigung des Maklers gesetzt, worauf der Maklerkunde und Versicherungsnehmer berechtigterweise vertrauen durfte.

Diese Fallgestaltung ist strikt von Sachverhalten zu unterscheiden, bei deren rechtlicher Beurteilung versucht wird, auf den Versicherungsmakler und sein Handeln – letztlich unter Missachtung seines Status – generell den Grundsatz der versicherungsrechtlichen Vertrauenshaftung anzuwenden bzw. sein Handeln dem eines Versicherungsvertreters gleichzusetzen. Dies wird dann verbunden mit der Einstandspflicht des Versicherers, indem z.B. Antragsformulare in der Hand des Maklers, das Vorhandensein von Bonifikationsauslobungen oder der Aufdruck „Es betreut Sie ...“ in der Police mit dem Hinweis auf das Maklerunternehmen als diese These stützende Indizien herangezogen werden. Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht, wie das Oberlandesgericht zutreffend feststellt. Vielmehr hat der Versicherer in dem entschiedenen Streitfall deutlich erkennbare Anzeichen gesetzt, die für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht sprechen, und zwar nur im Zusammenhang mit der Erteilung einer vorläufigen Deckungszusage, also für einen begrenzten Ausschnitt aus der Maklertätigkeit, die in diesem Fall für den Versicherer geleistet wird. In Anbetracht der immer wieder anzutreffenden (abzulehnenden) Versuche, das Handeln eines Versicherungsmaklers unter bestimmten Umständen im Einzelfall dem eines Versicherungsvertreters gleichzustellen, ist die Feststellung angebracht, dass zur Stützung dieser These diese Gerichtsentscheidung jedenfalls nicht herangezogen werden kann.

Der Versicherer, der sich dem Risiko von Fehlinterpretationen und den daraus resultierenden Folgen nicht aussetzen will, hat – das ist die schlichte, aber nichtsdestoweniger wichtige Erkenntnis – auf den dem Vermittler überlassenen Antragsformularen durch eindeutige Formulierungen, die auch für den – künftigen – Versicherungsnehmer einen unzweideutigen Erklärungsinhalt haben, deutlich erkennbar werden zu lassen, ob dem Vermittler die selbstständige Erteilung von Deckungszusagen gestattet ist oder nicht¹⁹⁷.

¹⁹⁷OLG Düsseldorf a.a.O.,
rechte Spalte.

d) Willens- und Wissensmängel sowie fehlerhaftes Handeln des Vertreters

Aus § 166 Abs. 1 BGB folgt, dass es bei Willensmängeln wie auch bei der Kenntnis oder des Kennenmüssens bestimmter Umstände grundsätzlich auf den Vertreter und nicht auf den Vertretenen ankommt¹⁹⁸. Bei dem Erwerb einer beweglichen Sache nach § 929 BGB, die dem Veräußerer nicht gehört, ist somit der gute oder böse Glaube des Vertreters maßgeblich.

¹⁹⁸Palandt/Heinrichs, BGB,
§ 166, Anm. 1.

§ 166 Abs. 1 BGB Willensmängel; Wissenszurechnung

Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

Allerdings kann sich der Vertretene hinsichtlich solcher Umstände, die er selbst kannte oder kennen musste, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen, § 166 Abs. 2 BGB.

§ 166 Abs. 2 BGB Willensmängel; Wissenszurechnung

Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.

Diese allgemeinen Regeln gelten auch im Recht des Versicherungsmaklers. Dessen Klient kann sich somit nicht mit Aussicht auf Erfolg hinter der Unkenntnis des Maklers beispielsweise von einer zwischenzeitlich eingetretenen Gefahrerhöhung verstecken, zumal er – eigene Kenntnis vorausgesetzt – durch sein Schweigen seine vertragliche Pflicht zur Informationserteilung gegenüber dem Makler verletzt¹⁹⁹. Dazu hat der Bundesgerichtshof einen signifikanten Fall auf dem Gebiet der Rückwärtsversicherung – § 2 VVG – entschieden²⁰⁰. Der Kläger jenes Rechtsstreits hatte den von ihm beauftragten Versicherungsmakler den Antrag auf Abschluss einer Einzelunfallversicherung stellen lassen, obwohl er wusste, dass der Versicherungsfall – ein Verkehrsunfall, den er erlitten hatte – bereits eingetreten war. Darüber hatte er den Makler nicht unterrichtet. Wie es in der Entscheidung heißt, kommt es bei einem von einem Vertreter geschlossenen Vertrag auf die Kenntnis des Vertretenen an²⁰¹. Der klagende Versicherungsnehmer hatte sich somit ohne Erfolg auf die Unkenntnis des von ihm eingeschalteten Versicherungsmaklers berufen; die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen²⁰².

¹⁹⁹Prölss/Martin/Kollhosser,
VVG, nach § 48 a.F., Anm. 12.

²⁰⁰Urteil vom 19.2.1992,
NJW 1992, 1505.

²⁰¹BGH, a.a.O., S. 1506.

²⁰²Vgl. zu diesen Fragen im
Rahmen der Rückwärtsversicherung
Prölss/Martin, VVG,
§ 2 a.F., Anm. 14.

²⁰³Ritter, Das Recht der
Seeversicherung, Band I, 1922,
S. 227, mit Hinweis auf ältere
Literatur und Rechtsprechung.

²⁰⁴Ritter, a.a.O.

Deklarationspflicht verletzt (gänzliches Unterlassen oder Versäumen der Deklarationsfrist), hat der Versicherungsnehmer das Verschulden des von ihm beauftragten Maklers zu vertreten²⁰⁵.

Dieselbe rechtliche Konsequenz ergibt sich bei einem arglistigen Handeln des Versicherungsmaklers. Auch in diesem Fall hat der Versicherungsnehmer für das dolose Verhalten des Vertreters einzustehen und, je nach Lage der tatsächlichen Umstände, dem Geschädigten Ersatz zu leisten oder eine erlangte Entschädigung herauszugeben²⁰⁶. Auch eine schlichte Falschanzeige des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherer muss sich der Versicherungsnehmer, sein Klient, wie eigenes Verschulden anrechnen lassen²⁰⁷.

Allgemein und zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die aus dem Handeln des Vertreters ergebenden rechtlichen Folgen „im Guten wie im Bösen“ in der Person des Vertretenen niederschlagen.

e) Dauer und Beendigung der Vollmacht

Die Vollmacht ist prinzipiell unabhängig vom Grundgeschäft, bei dem es sich im Regelfall um einen Auftrag oder einen Geschäftsbesorgungsvertrag handelt²⁰⁸. Zum letzteren Vertragstypus zählt der Versicherungsmaklervertrag²⁰⁹. In der Relation Vollmacht – Grundgeschäft gilt das Abstraktionsprinzip²¹⁰. Das heißt, dass Vollmacht und Versicherungsmaklervertrag grundsätzlich ein getrenntes rechtliches Schicksal haben können. Die Regel ist allerdings, dass mit dem Ende des Maklervertrags auch die Vollmacht erlischt, § 168 BGB²¹¹. Allerdings wird sich in nicht wenigen Fällen der gegenständliche Geltungsbereich oder die zeitliche Geltung der Handlungsbefugnis aus der Vollmachtsurkunde selbst ergeben²¹².

In der Praxis sind Dauer des Versicherungsmaklervertrags und Dauer der Vollmacht in der Regel deckungsgleich, zumal vielfach die Vollmacht in den Maklervertrag integriert ist. Sie teilt damit dessen Schicksal, wenn nichts Abweichendes vereinbart wird. Möglich ist aber auch ein Widerruf oder eine Einschränkung der dem Makler erteilten Vollmacht, während der Versicherungsmaklervertrag fortbesteht. Dieser Weg kann z.B. beschritten werden, wenn der Kunde die Dienste des Maklers weiterhin in Anspruch nehmen, sich jedoch bei Vertragsänderungen, -kündigungen und Neuabschlüssen die Entscheidung hierüber vorbehalten will. Unberührt von dieser Vollmachtsbeschränkung gelten die übrigen Maklerpflichten, wie beispielsweise Beratung, laufende Betreuung des Klienten und Verwaltung der Verträge, unverändert fort.

Im Einzelnen sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich gemäß § 168 BGB

§ 168 BGB Erlöschen der Vollmacht

Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

§ 167 Abs. 1 BGB Erteilung der Vollmacht

Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegen dem zu Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

²⁰⁵Ritter/Abraham, *Das Recht der Seeversicherung, Band II*, 1967, S. 1181.

²⁰⁶Ritter, a.a.O., S. 227 mit Hinweis auf die entsprechende Regelung im Römischen Recht.

²⁰⁷Ritter/Abraham, a.a.O., S. 372 mit Hinweis auf LG Hamburg HGZ 1880, 169.

²⁰⁸Palandt/Heinrichs, BGB, Einführung vor § 164, Anm. 2.

²⁰⁹Dazu im Einzelnen Abschnitt III („Der Versicherungsmaklervertrag“).

²¹⁰Palandt/Heinrichs, BGB, § 167, Anm. 4 und Einführung 2 vor § 164.

²¹¹S. auch Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 8.

²¹²Palandt/Heinrichs, BGB, § 168, Anm. 1.

²¹³Palandt/Heinrichs,
BGB, § 168, Anm. 1.

nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Das ist missverständlich²¹³. Gemeint ist, dass sich Dauer und Ende der Vollmacht nach ihrem Inhalt richten: Mit welcher Bestimmung ist die Vollmacht erteilt worden? So kann der Vollmachtgeber sie befristen oder unter eine auflösende Bedingung stellen. Beispiel: Ist also der Auftrag ausgeführt oder die Geschäftsbesorgung abgeschlossen, erlischt die Vollmacht.

²¹⁴Eines Geschäftsbesorgungs-
vertrags mit Dienst- und
Werkvertragsselementen.

Im Rahmen der Tätigkeit eines Versicherungsmaklers auf der Grundlage eines Maklervertrags²¹⁴ werden im normalen Maklergeschäft derartige Fälle seltener auftreten. Sie werden am ehesten im Geschäft mit Großkunden vorkommen, etwa bei der Versicherung bestimmter Projekte bzw. gegenständlich oder zeitlich limitierter Vorhaben. Bei deren Beendigung wird zumeist eine weitere Tätigkeit des Maklers gegenstandslos und es erlischt zugleich die ihm erteilte Vollmacht.

Im übrigen Maklergeschäft (mittleres und Kleingewerbe, Mittelstand, freie Berufe, Privatkundengeschäft), das für den Versicherungsmakler zunehmend an Bedeutung gewinnt, ist die Vollmacht üblicherweise nicht projekt- bzw. einzelfallbezogen. Sie legitimiert vielmehr im Regelfall den Makler auf Dauer – bis zu ihrem Erlöschen – für eine unbestimmte Vielzahl von Einzelvorgängen.

²¹⁵Palandt/Heinrichs,
BGB, § 168, Anm. 5.

■ Die Erteilung einer Vollmacht ist die Verleihung einer Rechtsmacht an eine andere Person mit für den Vollmachtgeber weitreichenden rechtlichen Folgen. Das Gesetz ordnet daher in § 168 S. 2 BGB an, dass die Vollmacht bei Fortbestehen des Grundgeschäfts widerrufen werden kann, und zwar jederzeit²¹⁵. Von dieser Möglichkeit kann der Kunde, wie bereits dargestellt, Gebrauch machen, wenn er den Handlungsspielraum des Maklers einschränken und sich selbst stärker in grundlegende Entscheidungen einbinden will. Das wird namentlich bei Großabschlüssen bzw. im Großkundengeschäft der Fall sein.

²¹⁶Palandt/Heinrichs,
BGB, § 167, Anm. 4.

■ Trotz des Abstraktionsprinzips stehen Vollmacht und Grundgeschäft nicht beziehungslos nebeneinander²¹⁶. Die Verknüpfung ergibt sich aus § 168 S. 1 BGB mit seiner Bezugnahme auf das „zugrunde liegende Rechtsverhältnis“, also das Grundgeschäft. Damit ist eine Verbindung zwischen Vollmacht und Versicherungsmaklervertrag bzw. –auftrag hergestellt.

²¹⁷Die Vollmacht erlischt in
der Regel mit dem Ende des
Maklervertrags: Pröls/Martin/
Kollhosser, VVG, nach
§ 48 a.F., Anm. 8.

Eine dem Makler erteilte Vollmacht wird im Zweifel auch dann nicht vor dem Ende des Maklervertrags erlöschen, wenn sie in einer separaten Urkunde dokumentiert ist. Findet der Maklervertrag sein Ende, wird man ein Fortbestehen der Vollmacht nur in seltenen Fällen annehmen können²¹⁷. Kündigt der Kunde den Maklervertrag, will er durch die Ausübung dieses Gestaltungsrechts die Geschäftsbesorgung durch den Makler beenden. Dann liegt darin im Regelfall zugleich der Widerruf der Vollmacht mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung. Ein anderes Ergebnis setzt eine ausdrücklich getroffene abweichende Absprache zwischen den Parteien voraus. In diesen Zusammenhang gehört auch der Fall des Vermittlerwechsels; die Vollmacht des Erstmaklers erlischt mit diesem Zeitpunkt, der in der Regel mit dem Ende des Maklervertrags zusammenfällt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn beispielsweise die Vollmacht für einen Teilausschnitt des gesamten Risikobereichs aufgrund entsprechender Vereinbarung unter den Parteien fortbestehen soll.

²¹⁸Dazu Palandt/Heinrichs,
BGB, Einführung vor § 164,
Anm. 2.

In der gleichzeitigen Beendigung bzw. dem Erlöschen von Maklervertrag und Vollmacht aufgrund Auslegung liegt eine weitere Durchbrechung des Abstraktionsprinzips²¹⁸.

■ Ein Erlöschensgrund kann auch in der Person des Bevollmächtigten, hier also des Versicherungsmaklers, liegen. Handelt es sich bei dem Bevollmächtigten um eine natürliche Person, führt ihr Tod gemäß §§ 673, 675 BGB zum Erlöschen der Vollmacht. Damit ist ausgeschlossen, dass die Maklervollmacht auf den oder die Erben übergeht, ein Ergebnis, das zwingend ist. Der Makler ist vom Vollmachtgeber aufgrund seiner Experteneigenschaft ausgewählt und wegen des speziell in seine Person gesetzten Vertrauens bevollmächtigt worden. Die Wahlfreiheit des Vollmachtgebers ist nicht einschränkbar, weder durch gesetzliche noch durch gewillkürte Erbfolge. Vertrauen, das sich auf fachliche Kompetenz und Zuverlässigkeit gründet, ist nicht auf eine beliebige Person oder eine Mehrzahl von Personen übertragbar.

Ebenfalls endet die Vollmacht beim Tod einer juristischen Person – viele Maklerunternehmen werden in der Rechtsform der GmbH betrieben –, allerdings nicht schon beim Eintritt in die Liquidationsphase sondern erst mit ihrem vollständigen Erlöschen²¹⁹.

²¹⁹Palandt/Heinrichs, BGB, § 168, Anm. 3.

Handelt es sich bei dem Maklerunternehmen um eine Personengesellschaft, beispielsweise um eine offene Handelsgesellschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und verstirbt einer der Gesellschafter, tritt diese Folge nicht ein. Die Vollmacht besteht im Zweifel in Bezug auf die übrigen Gesellschafter fort. Anderes gilt nur dann, wenn in der Vollmachtsurkunde außer der Unternehmensbezeichnung ausdrücklich der Name eines der Gesellschafter genannt ist.

■ Tritt der Tod in der Person des Vollmachtgebers ein, verhält es sich anders. In diesem Fall erlischt nach der allgemein geltenden gesetzlichen Regelung die Vollmacht nicht, §§ 672 S. 1, 675 BGB.

§ 672 Satz 1 BGB Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers

Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers.

§ 675 Abs. 1 BGB Entgeltliche Geschäftsbesorgung

Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ ... 672 ... entsprechende Anwendung.

Diese Rechtsfolge gilt auch für das Verhältnis Makler – Kunde. Das Handeln des Maklers auf der Grundlage der ihm vom Erblasser erteilten Vollmacht und in Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Pflichten wird durch den Tod des Vollmachtgebers nicht gegenstandslos. Die eingedeckten Risiken des Erblassers, nunmehr zum Nachlass gehörend, bedürfen weiterhin der laufenden Betreuung und Verwaltung durch den beauftragten Makler. Es ist Sache des oder der Erben, die Vollmacht zu widerrufen oder sie in ihrem Umfang neu zu definieren. Handelt es sich um eine Miterbengemeinschaft, kann jeder Miterbe die Vollmacht widerrufen, aber „nur für sich“. Das Vertretungsrecht des Bevollmächtigten wird in diesem Fall hinsichtlich der übrigen Miterben nicht berührt²²⁰. Deren Interessen werden mit anderen Worten nach wie vor von dem Versicherungsmakler wahrgenommen.

²²⁰Vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, Einführung vor § 2197, Anm. 16.

f) Vollmachtgeber und Bevollmächtigter in Konkurrenz

Der Kunde/VN hat dem Makler – so soll das Beispiel lauten – eine umfassende Vollmacht im Sinne der §§ 164 ff BGB zum Neuabschluss, zur Änderung und zur Kündigung von Versicherungsverträgen erteilt. Gleichwohl kontrahiert der Kunde, ohne den Makler hiervon auch nur zu unterrichten, direkt mit dem Versicherer, also unter Ausschluss des Maklers. Ist sein Handeln zulässig und wirksam?

²²¹Staudinger/Dilcher, BGB, Vorbemerkung zu § 164, Anm. 17; die unwideruflich verdrängende Vollmacht ist ein Ausnahmefall, s. dazu Staudinger/Dilcher, a.a.O., § 168, Anm. 15.

Die Frage ist uneingeschränkt zu bejahen. Zweifel, die hin und wieder in der Praxis angemeldet werden, sind unbegründet. Denn die Bevollmächtigung eines anderen beseitigt nicht die Fähigkeit des Vertretenen zum Eigenhandeln²²¹. Angesichts dieser rechtlichen Situation besteht allerdings die Gefahr kollidierender Rechtsgeschäfte: Vollmachtgeber und Bevollmächtigter gehen hinsichtlich desselben Geschäftsgegenstands divergierende Verpflichtungen ein oder treffen widerstreitende Verfügungen.

Im Verhältnis Kunde – Makler – Versicherer können vor diesem Hintergrund gravierende Konflikte entstehen, die das Handeln des Maklers belasten und nicht zuletzt seine Kompetenz gegenüber der Versichererseite in Frage stellen. Die Lösung derartiger Konfliktfelder wird maßgeblich davon abhängen, wie das Innenverhältnis zwischen Kunde und Makler ausgestaltet ist. Ergibt die Auslegung von Vollmacht und Maklervertrag eine vollständige, keine Ausnahme zulassende Überantwortung der Versicherungsangelegenheiten und deren Besorgung auf den Makler, kann ein Eingreifen des Kunden, trotz rechtlichen Dürfens, in Schadenersatzansprüche des Maklers – aus positiver Vertragsverletzung – gegen ihn, den Kunden, einmünden. Ob derartige rechtliche Möglichkeiten im Rahmen des Kunde – Makler – Verhältnisses auch tatsächlich realisiert werden, ob dies namentlich aus Maklersicht opportun ist, steht auf einem anderen Blatt.

g) Fazit

Der Einzelne kann seinen rechtlichen Wirkungskreis dadurch beträchtlich erweitern, indem er einen anderen mit der Rechtsmacht ausstattet, für ihn im Rechts- und Geschäftsverkehr mit rechtlich bindender Wirkung zu handeln. Das Fundament hierfür bildet das Recht der Stellvertretung, verkörpert in den Vorschriften der §§ 164 ff BGB. Handelt der mit einer entsprechenden Vollmacht versehene Vertreter im Rahmen der ihm verliehenen rechtlichen Befugnisse, so treffen die hieraus resultierenden Rechtswirkungen grundsätzlich den Vertretenen in der gleichen Weise, als wenn dieser selbst gehandelt hätte.

Nimmt ein Versicherungsinteressent oder Versicherungsnehmer die Dienste eines Versicherungsmaklers in Anspruch, indem er mit ihm einen Versicherungsmaklervertrag abschließt und ihm des Weiteren eine Vollmacht erteilt, so verschafft er sich Vorteile in einer zweifachen Hinsicht: Zum einen nutzt er das Fachwissen und die Praxiserfahrung eines Experten, zum anderen liegt sein Vorteil im Rahmen der Umsetzung darin, dass in das Stellvertreter-Handeln des Maklers dessen Expertentum einfließt, also seine Willenserklärungen und Rechtshandlungen gegenüber dem Versicherer in einer dem Maklerkunden/VN qualitativ günstigen Weise beeinflusst.

Im Gegensatz zum Versicherungsvertreter, dessen Vertretungsmacht in den §§ 69 ff VVG gesetzlich definiert ist, wird dem Versicherungsmakler die Vollmacht rechtsgeschäftlich erteilt, was den Vollmachtgeber – Versicherungsinteressent oder Versicherungsnehmer – in die Lage versetzt, sich beispielsweise letzte Entscheidungen vorzubehalten, wenn er sich auf der ande-

ren Seite nicht dazu entschließt, den Makler umfassend zu bevollmächtigen, weil er sich der Beschäftigung mit Versicherungsangelegenheiten weitestgehend entledigen will (Conveniencegedanke). Von vornherein gänzlich konfliktfrei ist die Bevollmächtigung eines Maklers nicht, weil nämlich der Vollmachtgeber trotz der Einschaltung eines Stellvertreters seine rechtlichen Handlungsbefugnisse nicht einschränkt, er vielmehr rechtlich handlungsfähig bleibt und somit von Fall zu Fall auf einem bestimmten Gebiet divergierende Willenserklärungen und/oder Rechtshandlungen dieser Beteiligten zu einer unklaren Rechtslage führen können. Dem Versicherer ist im Übrigen zur Legitimation des Bevollmächtigten das Original der Vollmacht vorzulegen, auch wenn die Praxis hierauf teilweise verzichtet.

Nicht nur der Maklerkunde/VN kann den Versicherungsmakler mit mehr oder weniger weitreichenden Befugnissen ausstatten, vielmehr, in einem mit der Stellung des Maklers verträglichen Umfang, auch der Versicherer, wie zum Beispiel zum Zwecke der Regulierung von Schäden oder dem Inkasso von Prämieengeldern. Dabei muss dem Makler eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden. Mit Blick auf mögliche Interessenkollisionen gilt für eine solche Doppelvertretung dasselbe Gebot der Vorsicht und Rücksicht gegenüber den vorrangigen Interessen des Klienten wie generell im Falle des Doppelrechtsverhältnisses²²².

²²²S. dazu die vorstehende Ziff. 3.

5. Abgrenzung Versicherungsmakler – Versicherungsvertreter

a)	Gesetz	80
b)	Zuordnung	83
c)	Vertrag	84
d)	Vertretungsmacht	85
e)	„Reinheitsgebot“	88
f)	Relevanz der Abgrenzung	91
g)	Untauglicher Versuch zur Statusbestimmung	94
h)	Situative Festlegung der Vermittlereigenschaft?	97
i)	Fazit	100

Rechtliche Auseinandersetzungen darüber, ob im Einzelfall ein Versicherungsmakler oder ein Versicherungsvertreter tätig geworden ist, beschäftigten die Gerichte lange Zeit und, dies kommentierend, auch das Fachschrifttum. Diese Erscheinung geht darauf zurück, dass die Konsequenzen aus der Beurteilung dieser Frage von außerordentlicher Bedeutung sind. Denn – wenn man es allgemein ausdrückt – treffen die Rechtsfolgen des Vermittlerhandelns entweder den Kunden/VN (Versicherungsmakler) oder aber den Versicherer (Versicherungsvertreter). Besonders bei Fehlleistungen auf Vermittlerseite und dadurch verursachte wirtschaftliche Nachteile wird die außerordentliche Bedeutung der Unterscheidung sichtbar.

Die Beantwortung dieser Zuordnungsfrage wurde in der Vergangenheit nicht dadurch einfacher, dass nach einer im Schrifttum da und dort vertretenen, jedoch abzulehnenden Ansicht es grundsätzlich miteinander vereinbar sein soll, „dass der Versicherungsmakler auch Versicherungsagent ist“²²³, oder dass die Vermittlereigenschaft situativ, das heißt nach den Umständen des Einzelfalls, festgelegt wird. Das bedeutete nach dieser Ansicht den Verzicht auf einen festgeschriebenen, dauerhaften Status des Vermittlers, der somit in dem einen Fall als Makler tätig wird, in einem anderen Fall indessen als Versicherungsvertreter²²⁴.

Thesen dieser Art, für die keine überzeugende Begründung erkennbar ist, waren dazu ange-
tan, die interessierte Öffentlichkeit zu irritieren und Konfliktsituationen eher zu erzeugen
denn zu vermeiden oder zu beseitigen.

Mit der im Jahre 2007 in Kraft getretenen Neuregelung des Rechts der Versicherungsvermittlung durch Aufnahme entsprechender Vorschriften in das VVG²²⁵ ist u.a. die definitorische Abgrenzung von Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter gesetzlich festgeschrieben²²⁶. Daher werden im Zusammenhang mit der zwingenden Registrierung der Vermittler Streitfälle der erörterten Art, wie zu hoffen ist, mittelfristig der Vergangenheit angehören.

In einer Landschaft der Vermittlervielfalt können die Konturen eines bestimmten Vermittlertypus‘ am sinnfälligsten mit dem Instrument der Polarisierung sichtbar gemacht werden, also in einer Gegenüberstellung der diametral unterschiedlichen Vermittlertypen mit ihren markanten, Rolle und Funktion prägenden Merkmalen²²⁷. Denn dass im Zusammenhang mit der tatsächlichen und rechtlichen Positionierung des Versicherungsmaklers aus der Sicht der Allgemeinheit wie auch im Bewusstsein der Vermittlerschaft selbst noch erhebliche Unklarheiten

²²³ S. z.B. Bruck, *Das Privatversicherungsrecht*, S. 152.

²²⁴ Dazu Deckers, *Die Abgrenzung des Versicherungsvertreters vom Versicherungsmakler*, Dissertation 2003; zu dieser Thematik im Einzelnen nachstehend unter lit. h).

²²⁵ §§ 42a ff VVG (zunächst mit dieser Paragraphenbezeichnung).

²²⁶ Dazu im Einzelnen nachstehend unter lit. a).

²²⁷ Allgemein zur Abgrenzung vgl. z.B. Sieg, *Vertrieb und Vermittlung*, ZVersWiss 1988, 261 (271 – Versicherungsvertreter; 280 – Versicherungsmakler); Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 13 ff.

²²⁸ 2007: *Versicherungs-*
vertreter: § 42a Abs. 2 VVG,
Versicherungsmakler:
§ 42a Abs. 3 VVG; 2008:
Versicherungsvertreter:
§ 59 Abs. 2 VVG,
Versicherungsmakler:
§ 59 Abs. 3 VVG.

vorhanden sind und damit Klärungsbedarf besteht, belegt die Praxis. Selbst die Behandlung vermittlerrechtlicher Sachverhalte durch die Gerichte zeigt nicht selten Unsicherheiten und auch Fehlbeurteilungen. Diese Tatsache liefert zusätzlichen Anlass, die spezifische Positionierung des Versicherungsmaklers innerhalb der Vermittlerschaft wiederholt und mit Nachdruck herauszustellen. Trotz der in den Jahren 2007/2008 erfolgten gesetzlichen Definition der hauptsächlichen Vermittlertypen²²⁸ wird es einen auf Jahre zu veranschlagenden Zeitraum dauern, bis sich insofern die Unterscheidung mit ihren weitreichenden Folgen auch nur in der Fachöffentlichkeit durchgesetzt hat.

Zunächst ist davon auszugehen, dass sich Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler unter dem gemeinsamen Dach ‚Versicherungsvermittler‘ versammeln, ein Begriff, den in der Vergangenheit weder das Versicherungsvertragsgesetz noch das Versicherungsaufsichtsgesetz kannte. Er ist nunmehr in § 59 Abs. 1 VVG festgeschrieben. Diese beiden hauptsächlichen Vermittlertypen verkörpern vor dem Hintergrund der gegensätzlichen Interessenlagen von Versicherer und Versicherungsnehmer diametral entgegengesetzte Positionierungen.

Wenn man das Mittel der Polarisierung einsetzt, läuft dieser Ansatz, wie bereits angemerkt, auf den Abgleich des Berufsbilds des Versicherungsmaklers mit dem des Versicherungsververtreters in ihren jeweils typischen, ihre Tätigkeiten prägenden Merkmalen hinaus. Hieraus erwachsen Erscheinungsbilder dieser Vermittlertypen, die in Großbritannien, wo sie sich als Broker und als Tied Agent gegenüberstehen, seit längerem praktische Wirklichkeit sind. Für diese Art der Betrachtung steht eine ganze Reihe von Parametern zur Verfügung:

a) Gesetz

Der erste Blick richtet sich auf die vorhandene gesetzliche Regelung. Das Gesetz zur Neuordnung des Versicherungsvermittlerrechts hatte zunächst u.a. die §§ 42a ff in das Versicherungsvertragsgesetz eingefügt. Ein wesentlicher Teil dieser Normen ist dann im Zuge der VVG-Reform in den Abschnitt 7 des Versicherungsvertragsgesetzes in Gestalt der §§ 59 ff deckungsgleich übernommen worden. Nach einer langen Zeit der Diskussionen und der Unsicherheit ist durch das Wort des Gesetzgebers klargestellt, dass sich Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter unter dem Dach des Begriffs ‚Versicherungsvermittler‘ befinden, § 59 Abs. 1 VVG. In den folgenden beiden Absätzen dieser Vorschrift werden Haupttätigkeit und Positionierung von Makler und Vertreter unter Verwendung des den §§ 84 und 93 HGB entlehnten Begriffs des Betrautseins umschrieben:

§ 59 VVG Begriffsbestimmungen

- (1) *Versicherungsvermittler im Sinn dieses Gesetzes sind Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler.*
- (2) *Versicherungsvertreter im Sinn dieses Gesetzes ist, wer von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut ist, gewerbsmäßig Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen.*
- (3) *Versicherungsmakler im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein. Als Versicherungsmakler gilt, wer gegenüber dem Versicherungsnehmer den Anschein erweckt, er erbringe seine Leistungen als Versicherungsmakler nach Satz 1.*

Der Versicherungsvertreter – er gehört zu der größeren Gruppe der Handelsvertreter nach dem Handelsgesetzbuch – ist gemäß §§ 84 Abs. 1, 92 Abs. 1 HGB ständig damit betraut,

§ 84 Abs. 1 HGB (Begriff des Handelsvertreters)

Handelsvertreter ist, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

„für einen anderen Unternehmer ... Geschäfte zu vermitteln.“ Der in der Sprache des Gesetzes „andere Unternehmer“ ist in dem hier interessierenden Themenkreis das Versicherungsunternehmen. § 59 Abs. 2 VVG nennt jetzt ausdrücklich den Versicherer oder einen Versicherungsvertreter als den anderen Teil. Im letzteren Fall wird der Versicherungsvertreter als Untervertreter tätig.

Für den den Handelsmaklern – §§ 93 ff HGB – zuzurechnenden Versicherungsmakler gilt das Merkmal der ständigen Betrauung durch den Unternehmer gerade nicht. § 93 Abs. 1 HGB bildet das Gegenstück zu

§ 93 Abs. 1 HGB (Begriff)

Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über die Anschaffung oder die Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmaklers.

§ 84 Abs. 1 HGB und kennzeichnet den Handelsmakler als einen Gewerbetreibenden, der seine Tätigkeit entfaltet, ohne ständig betraut zu sein. In letzterer Hinsicht ist nach zutreffender Auffassung der Versicherer (Unternehmer) angesprochen²²⁹, so dass im Falle des Versicherungsmaklers die grundsätzlich auf Dauer angelegte Beauftragung – oder ständige Betrauung – durch den Kunden/VN nicht gehindert wird. Ob es sich hierbei um eine zulässige Gesetzesauslegung oder um eine ebenfalls zulässige Abänderung einer Gesetzesnorm durch Parteivereinbarung handelt²³⁰, sei dahin gestellt. Desgleichen muss nicht mehr diskutiert werden, in welchem Maße die angeführten Thesen überzeugen. Dass der Makler im Lager des Versicherungsnehmers steht und die für ihn typische Unabhängigkeit auf sein Verhältnis zu den Versicherern abzielt, ist eine in der Praxis gewachsene, nunmehr unstrittige Rechtstatsache. § 59 Abs. 3 VVG stellt nunmehr zusätzlich klar, dass der Versicherungsmakler gewerbsmäßig für den Auftraggeber, also den Kunden/VN, tätig wird, ohne mit dieser Aufgabe von einem Versicherer oder Versicherungsvertreter betraut zu sein.

²²⁹ S. z.B. Werber, *Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in heutiger Zeit*, VW 1988, 1159 (1160).

²³⁰ Vgl. z.B. Prölss/Martin/Kollhosser, *VVG*, nach § 48 a.F., Anm. 4.

Auch die Gerichte in Österreich haben sich mit der Abgrenzungsfrage beschäftigt. So hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 26.7.2000²³¹ das Urteil der Vorinstanz bestätigt, das die gegen den Versicherer gerichtete Klage mit der Begründung abgewiesen hatte, das Handeln bzw. Unterlassen des in jenem Fall tätig gewordenen Versicherungsmaklers sei entgegen der Ansicht des Erstrichters nicht dem Versicherer zuzurechnen. Indirekt, insoweit teilweise zustimmend, hat es die Ausführungen des Berufungsgerichts referiert, in der Relation Versicherer – Makler fehle es an dem Merkmal der ständigen Betrauung mit der Vermittlungstätigkeit. Nur eine solche Dauerverpflichtung zum Tätigwerden für den Versicherer störe die Maklereigenschaft. Die Frage der ständigen Betrauung hat es allein im Abgleich mit dem

²³¹ VersR 2001, 923 f.

Versicherungsvertreter gemäß § 43 ff VVG a.F. abgehandelt – und mit Recht die Erörterung eines Betrauungsverhältnisses zwischen Makler und Kunde/VN unterlassen.

Die Prüfung des Obersten Gerichtshofs in jenem Fall – es ging darin um eine vom tätig gewordenen Makler unterlassene Anzeige von Vorerkrankungen im Rahmen des Abschlusses einer Krankenversicherung – erstreckte sich auf die Frage, ob ausnahmsweise eine Zurechnung des Maklerverhaltens zulasten des Versicherers aus einem wirtschaftlichen Nähverhältnis abzuleiten sei. Dieses Nähverhältnis des Maklers zum Versicherer müsse so intensiv sein, dass sich Zweifel erheben müssten, ob der Makler in der Lage sei, die Interessen des Kunden/VN zu wahren. Das hatte in dem Rechtsstreit nicht festgestellt werden können.

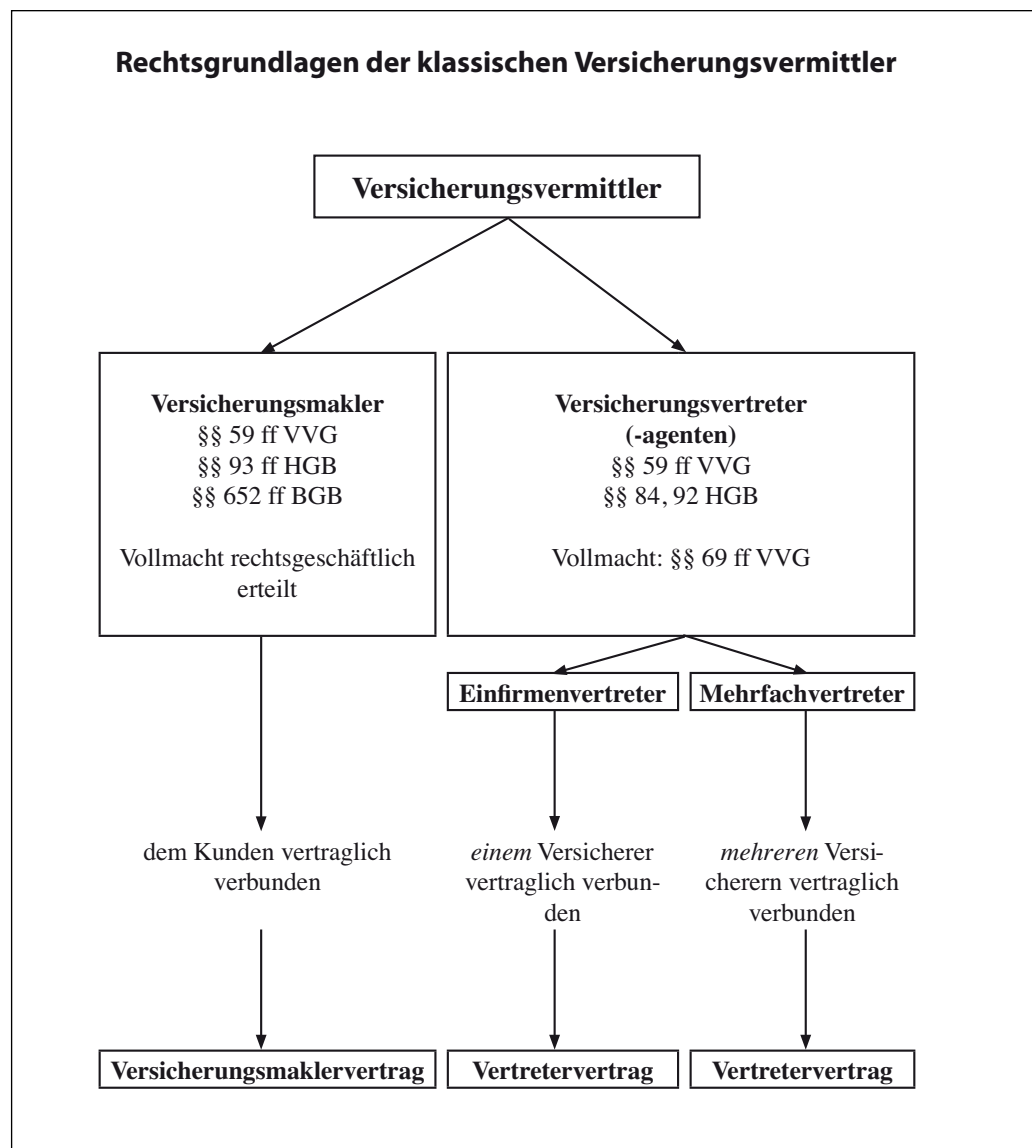


Abbildung 10

b) Zuordnung

Das vielfältige Bemühen, die hauptsächlichen Vermittlertypen – Versicherungsvertreter auf der einen und Versicherungsmakler auf der anderen Seite – für das allgemeine Verständnis sinnfällig voneinander abzuheben, schlägt sich in plakativen Umschreibungen nieder. Hier waren, in der Zeit, bevor der Gesetzgeber tätig geworden ist, sowohl die Gerichte als auch die Fachautoren durchaus erfinderisch. Alle diesbezüglichen Ansätze gehen davon aus, welcher Interessen- und Einflussphäre der Vermittler zuzuordnen ist:

So heißt es über den Versicherungsvertreter, er sei der „verlängerte Arm des Versicherers“²³² oder dessen „Auge und Ohr“²³³ – Letzteres konkret in dem Sinn, dass das, was ihm, dem Vertreter, gesagt oder vorgelegt ist, dem Versicherer gesagt oder vorgelegt sei. Dieses intensive Näheverhältnis zum Versicherer besteht unbeschadet der Tatsache, dass der Versicherungsvertreter immerhin selbstständiger Gewerbetreibender im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB ist.

Anders dagegen die Kennzeichnung des Versicherungsmaklers. Er ist der „Bundesgenosse des VN“²³⁴, „Sachwalter des VN“²³⁵, „Interessenvertreter des VN“²³⁶, „Interessenwahrer seines Kunden“²³⁷, „treuhänderähnlicher Sachwalter“ des VN²³⁸, „Vertrauensmann des VN“²³⁹. Diese Begriffe, besonders das Wort vom treuhänderähnlichen Sachwalter, lassen – im Vergleich zum Versicherungsvertreter – eine noch engere rechtliche und tatsächliche Beziehung des Versicherungsmaklers – in diesem Fall zu seinem Kunden, dem Versicherungsnehmer – erkennen. Es kommt hinzu, dass er in den meisten Fällen gleichzeitig für ihn als Stellvertreter tätig wird und dies – je nach individueller Ausgestaltung der Vollmacht – in mehr oder weniger umfassender Weise.

²³² So z.B. Sieg, *Entwicklungslinien*, ZVersWiss 1982, 156 mit Hinweis auf VerBAV 1967, 226.

²³³ Vgl. dazu BGHZ 102, 194.

²³⁴ Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 13, 40; Möller, *Recht und Wirklichkeit*, S. 24; R. Schmidt, *Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in Deutschland*, Die Versicherungs Rundschau 57, 69 (72).

²³⁵ Möller, *Recht und Wirklichkeit*, S. 266.

²³⁶ Prölss/Martin/Kollhoser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 4.

²³⁷ Küstner, *Außendienstrecht*, Anm. 1868 mit weiteren Hinweisen; Prölss/Schmidt, VAG, Zusatz zu § 1, Anm. 33.

²³⁸ BGH VersR 1985, 930.

²³⁹ Sieg, *Entwicklungslinien*, ZVersWiss 1982, 143 (160); derselbe, *Vertrieb und Vermittlung*, 88, 263 (282 ff).

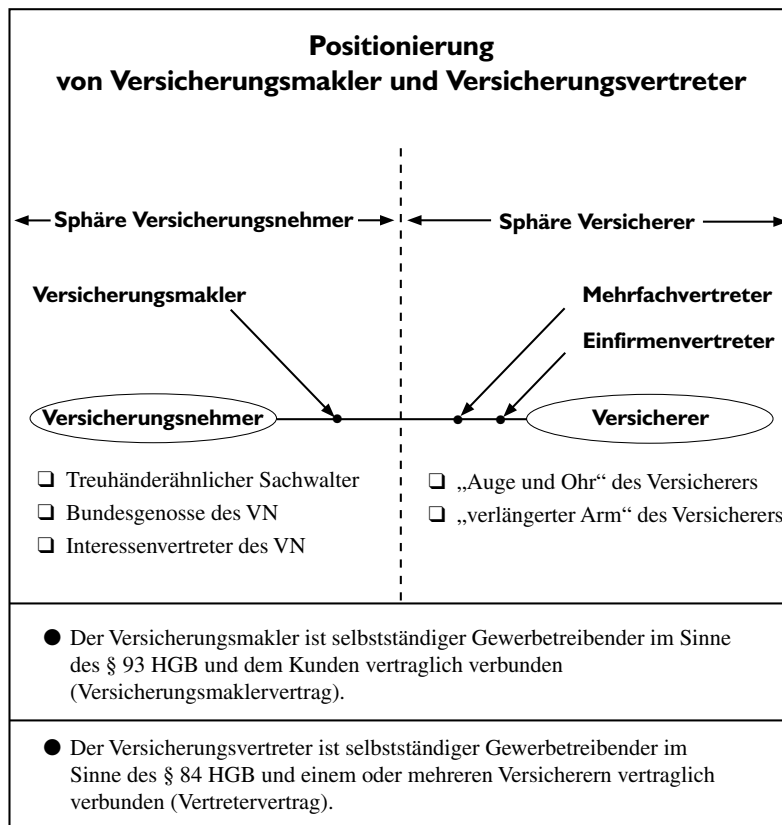


Abbildung 11

Diese beispielhaft zitierten Bezeichnungen tragen dazu bei, die entgegengesetzten Positionierungen der beiden Vermittlertypen zum allgemeinen Verständnis durch einen signifikanten Sprachgebrauch zu veranschaulichen. Mit anderen Worten bilden diese sprachlichen Skizzierungen die so genannte Lagertheorie ab, also einerseits die Tatsache des im Lager des Kunden/VN stehenden Maklers und – andererseits – die Positionierung des Versicherungsvertreters überwiegend auf der Seite des Versicherers, wenn nicht in dessen Lager. Das sind Standorte dieser Vermittler, die die Ausgangs- und Bezugspunkte ihrer Aktivitäten bezeichnen und zugleich grundsätzlich darüber entscheiden, wem – Versicherer oder Kunde/VN – die Konsequenzen ihres Handelns oder Unterlassens im positiven oder negativen Sinn zuzurechnen sind.

c) Vertrag

Sowohl der Versicherungsvertreter als auch der – unabhängige – Versicherungsmakler stehen in vertraglichen Bindungen. Den Einfirmen- bzw. Ausschließlichkeitsvertreter wie auch den Mehrfachvertreter verpflichtet der Vertretervertrag dazu, dem Versicherungsunternehmen Versicherungen zu vermitteln, die Geschäfte des Versicherers nach besten Kräften zu fördern und dessen Interessen zu wahren.

Die vertragliche Bindung des Versicherungsmaklers geht in die entgegengesetzte Richtung. Sein Partner ist der ihm durch den Maklervertrag verbundene Kunde, der in seiner Eigenschaft als Versicherungsnehmer gleichzeitig Vertragskontrahent des Versicherers ist. Der Versicherungsmaklervertrag verpflichtet den Makler, die Belange seines Kunden/VN wirkungsvoll und bestmöglich gegenüber dem im Regelfall sowohl fachlich als auch wirtschaftlich überlegenen Versicherer wahrzunehmen – vom Abschluss des Versicherungsvertrags bis hin zu seiner Unterstützung, wenn Leistungsansprüche gegenüber dem Versicherer geltend zu machen sind.

In der nüchternen Umschreibung der Rechtssprache wird ein Vertrag definiert als die von zwei oder mehr Personen erklärte Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolgs²⁴⁰. Das bedeutet für einen wesentlichen Teil der Rechtsgeschäfte (vereinfacht): Ware gegen Geld, Dienstleistung gegen Vergütung. In Dienstleistungsverträgen wie dem Versicherungsmaklervertrag mit schwergewichtig beratendem Charakter spielt die Interessenwahrnehmung eine erhebliche Rolle. Dieses Merkmal verdient besonders beim Versicherungsmakler mit seinen umfangreichen Beratungspflichten hervorgehoben zu werden, desgleichen im Hinblick auf die ihm ebenfalls obliegende Aufgabe der Anspruchsverfolgung zugunsten seines Klienten. Aber auch der Vertreter ist gehalten, bei seinen akquisitorischen und beratenden Aktivitäten die Interessen „seines“ Versicherers zu wahren.

So stehen sich Versicherungsvertreter und Makler, beide vertragsrechtlich an Versicherer bzw. Kunde/VN gebunden, zwar nicht in feindlichen Lagern, aber doch in Positionen gegenüber, die zwar manche Gemeinsamkeiten aufweisen, aber doch überwiegend durch gegensätzliche Interessen gekennzeichnet sind. Vertreter und Makler sind, Anwälten gleich, zu ihrer wirkungsvollen Wahrnehmung verpflichtet, ohne hierbei auf strikte Einseitigkeit festgelegt zu sein. Trotz ihrer jeweiligen eindeutigen vertraglichen Bindung hat der Versicherungsmakler in bestimmtem Umfang auf die Interessen des Versicherers Rücksicht zu nehmen, wie auch der Versicherungsvertreter die Belange des Versicherungsnehmers nicht vernachlässigen wird.

²⁴⁰Z.B. Palandt/Heinrichs,
BGB, Einführung vor
§ 145, Anm. 1.

d) Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht oder Vollmacht ist die Legitimation für das Auftreten und Handeln des Vermittlers im Außenverhältnis. Sie ist im Falle des Versicherungsvertreeters in den §§ 43 ff VVG gesetzlich festgelegt; sie wird dem Versicherungsmakler – hier fehlt eine gesetzliche Regelung – von seinem Vertragspartner, dem Kunden und Versicherungsinteressenten/VN, rechtsgeschäftlich erteilt.

Versicherungsagent / Versicherungsvertreter

Die §§ 69 ff VVG regeln, innerhalb welcher Grenzen die Erklärungen und Rechtshandlungen des Versicherungsvertreeters dem Versicherungsunternehmen, mit dem ihn der Vertretervertrag (Agenturvertrag) verbindet, zuzurechnen sind. Sie unterscheiden zwischen dem mit geringeren Befugnissen (Entgegennahme von Anträgen und Anzeigen) ausgestatteten Vermittlungsvertreter (§ 69 VVG) und dem Abschlussvertreter (§ 71 VVG), der – die Bezeichnung umschreibt es – über die Vertretungsmacht zum Abschluss von Versicherungsverträgen verfügt, ferner über die Befugnis, Änderungen und Verlängerungen von Verträgen zu vereinbaren und auch Kündigungs- und Rücktrittserklärungen abzugeben²⁴¹.

Unerwünscht ist eine Erscheinung in der Praxis, die offenbar darauf abzielt, die auch von einem Vertreter geleistete Beratung stärker zur Geltung zu bringen, vielleicht sogar, um sich den Anschein einer maklergleichen Tätigkeit zu geben. Es handelt sich um die so genannten Betreuungsaufträge. Als eine Art Gegenstück – so die wahrscheinlich dahinter stehende Absicht – zum Maklerauftrag oder –vertrag sind sie unerwünscht, weil sie die Grenzen zwischen den Vermittlertypen verwischen. Sie beschädigen damit die Bemühungen, im versicherungsuchenden Publikum für Transparenz zu sorgen, mit anderen Worten für den Jedermann erkennbar werden zu lassen, wer in wessen Lager steht. Und sie sind für den Vertreter sogar gefährlich, weil sie aufgrund des durch dieses Dokument erzeugten Anscheins einer versicherungsnehmerorientierten, maklerähnlichen Tätigkeit seine Eigenhaftung gegenüber dem Kunden begründen können. § 42a Abs. 3 S. 2 VVG, eingefügt durch das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts von 2006/2007 nach der Reform des VVG § 59 Abs. 3 Satz 2, bestätigt diesen von der Rechtsprechung entwickelten Rechtssatz. Danach gilt als Versicherungsmakler, wer gegenüber dem Versicherungsnehmer den Anschein erweckt, er erbringe seine Leistungen als Versicherungsmakler.

²⁴¹ Einzelheiten zum Außenverhältnis der Versicherungsvertreter: Bruck/Möller, VVG, vor §§ 43–48, Anm. 502 ff.

Versicherungsmakler

Im Normenkreis, der den Handelsmakler betrifft – in den §§ 93 ff HGB –, fehlt eine die Vertretungsmacht regelnde Vorschrift. Dort ist lediglich in § 97 HGB ein Negativtatbestand („keine Inkassovollmacht“) beschrieben. Eine solche Regelung kann auch nicht erwartet werden, als – es geht um den klassischen Handelsmakler – dieser sich für andere Personen gewerbsmäßig betätigt, „ohne von ihnen aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein“, § 93 Abs. 1 HGB. Darüber hinaus hatte der Gesetzgeber des Handelsgesetzbuchs den Makler in der Rolle eines Mittlers, eines „in der Mitte“ zwischen den Parteien stehenden Neutralen, vor Augen.

Dem Versicherungsmakler wird daher die Vertretungsmacht vom Kunden/VN rechtsgeschäftlich erteilt. Dieser legt fest, in welchem Rahmen der Makler mit Wirkung für und gegen ihn tätig werden darf, ob er also die Befugnis hat, Verträge eigenständig, das heißt stell-

²⁴²Einzelheiten und

Besonderheiten:

Bruck/Möller, VVG, vor
§§ 43–48, Anm. 40 ff.

vertretend für den Vollmachtgeber, zu kündigen, neu abzuschließen, inhaltlich zu ändern etc. Das Abstecken des Kompetenzrahmens wird hauptsächlich bestimmt durch das Maß des Vertrauens in den Makler, in dessen Zuverlässigkeit und fachliches Knowhow, schließlich auch durch Art und Umfang der zu versichernden und zu betreuenden Risiken des Kunden/VN²⁴². Darüber hinaus steht in nicht wenigen Fällen hinter einer weit gefassten Vollmacht der Wunsch des Klienten, sich selbst von den Mühseligkeiten in einem ihm fremden Fachgebiet zu entlasten und die Wahrnehmung seiner Versicherungsbelange dem Experten zu überlassen (Conveniencegedanke).

²⁴³BB 1972, 11.

Natürlich gibt es auch auf dem Gebiet der Abgrenzung von Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler Fälle, die eine nachweislich klare Zuordnung in das eine oder das andere Vermittlerlager nicht zulassen und die vor diesem Hintergrund u.a. die Beantwortung vertretungsrechtlicher Fragen kompliziert erscheinen lassen. In einem solchen Fall sind alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu prüfen, insbesondere die vertraglichen Bindungen, in denen der Vermittler steht. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 18.11.1971²⁴³ diese Verfahrensweise eingeschlagen und den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Es ging in jenem Fall um den Angestellten einer Versicherungsgesellschaft, der mit deren Einverständnis Finanzierungsgeschäfte gegen Provision an verschiedene Kreditinstitute vermittelte. Der Bundesgerichtshof hat in Zweifel gezogen, ob der beklagte Vermittler sich gegenüber mehreren Kreditinstituten verpflichtet hatte, für sie vermittelnd tätig zu werden, was eher unwahrscheinlich erschien, und den Berufungsrichter darauf hingewiesen, dass der Beklagte möglicherweise nicht Handelsvertreter sondern, was in tatsächlicher Hinsicht aufgeklärt werden musste, Handelsmakler (§§ 93 ff HGB), Zivilmakler gemäß §§ 652 ff BGB oder Geschäftsbesorger im Sinne der §§ 675, 662 ff BGB war. Hier spielten also auch Grundsätze der Lebenserfahrung eine Rolle, wonach ein in einem Anstellungsverhältnis befindlicher Mitarbeiter für seine außerdem ausgeübte Vermittlungstätigkeit eher die freiere Form beispielsweise einer Tätigkeit als Makler wählen wollte.

Sonderfall

²⁴⁴VersR 2001, 368.

Nach der dargestellten Grundregel vertritt der Versicherungsvertreter aufgrund gesetzlicher Vollmacht den Versicherer; der Versicherungsmakler vertritt auf der Grundlage rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht den Kunden/VN. Nun kommen in der Praxis Fälle vor, in denen diese Regel – scheinbar oder tatsächlich – ins Wanken gerät oder vielleicht sogar durchbrochen wird. Einen solchen Fall hat der Bundesgerichtshof in neuerer Zeit behandelt und durch Urteil vom 17.1.2001²⁴⁴ entschieden. Der Leitsatz 1 dieses Urteils lautet wie folgt:

„Hat ein Versicherungsmakler den Versicherer nicht nur beim Abschluss des Versicherungsvertrags vertreten, sondern auftragsgemäß auch alle Rechtshandlungen aus dem Vertrag als Vertreter des Versicherers allein vorgenommen, so ist er Vertreter des Versicherers und nicht treuhänderischer Sachwalter des VN.“

Zu dieser Beurteilung hat sich das Gericht durch die folgenden tatsächlichen Umstände veranlasst gesehen:

- Der Makler hat die Versicherer beim Abschluss des Vertrags vertreten.
- Der Makler war von den Versicherern mit der gesamten Geschäftsführung aus dem Vertrag beauftragt worden.

- Der Makler hat alle Rechtshandlungen als Vertreter der Versicherer vorgenommen und auch gegenüber der Versicherungsnehmerin die Leistungsablehnung mit Hinweis auf die Klagefrist des § 12 Abs. 3 VVG a.F. ausgesprochen.

Mit der Übertragung bzw. Übernahme dieser Aufgaben hat der Makler in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall Funktionen ausgeübt, die typischerweise Sache des Versicherers sind. Eine derartige – von Fall zu Fall im Umfang unterschiedliche – Verlagerung von versicherertypischen Aufgaben einschließlich der dazugehörigen Kompetenzen auf einen Versicherungsmakler ist nicht ungewöhnlich, kommt vielmehr in der Tagespraxis häufiger vor, wenn dazu die erforderlichen Kriterien, wie z.B. Vertrauenswürdigkeit und Fachkompetenz, auf Maklerseite gewährleistet sind, wobei eine solche Aufgabendelegation namentlich bei den im Markt agierenden bedeutenden Maklerunternehmen anzutreffen ist.

Rechtlich ist mit einem derartigen Zusammentreffen von Aufgaben und Funktionen der sich gegenüberstehenden Marktbeteiligten in der Person des Maklers kein unlösbares Problem verbunden, als ja § 181 BGB eine Doppelvertretung zulässt, genauer: Makler und Klient eine Befreiung von der grundsätzlich geltenden gesetzlichen Beschränkung vereinbaren können. Schon schwieriger stellt sich die Beurteilung dieser Situation dar, wenn man, wie noch auszuführen ist, den Blick auf die Interessen der beteiligten Parteien lenkt und die Frage zu beantworten ist, wie man sich unter derartigen Umständen deren konfliktfreie Wahrnehmung durch den Makler vorstellen soll.

Zunächst verdient festgehalten zu werden, dass mit der Wahrnehmung von Aufgaben, die ihm vom Versicherer übertragen worden sind, der Versicherungsmakler nicht von vornherein als – rechtsgeschäftlich bestellter – Vertreter des Kunden/VN ausscheidet, also auf der Ebene der Vertretungsmacht nicht etwa Lager und Status wechselt²⁴⁵. Ferner ist zweifelhaft, ob bei dieser Konstellation ein unausweichlicher Konflikt in der Wahrnehmung der Interessen von Versicherer einerseits und Klient andererseits entsteht. In der Regel liegt in der Doppelfunktion, die ja grundsätzlich von Seiten des Maklers angestrebt, ihm mithin nicht oktroyiert wird, ein nicht zu unterschätzender Vorteil, den er seinem Kunden bietet: Schnelligkeit bei der Eindeckung von Risiken, Vereinfachung der Kommunikation, Zügigkeit der Schaden- bzw. Leistungsbearbeitung. In nicht wenigen Fällen begünstigen die so genannten Maklerbedingungen²⁴⁶, also ein vom Makler vor dem Hintergrund seiner kundenorientierten Aufgabenstellung geschaffenes Regelwerk als Grundlage für die Versicherungsdeckung, den von ihm betreuten Klienten/VN.

In dem hier erörterten Rechtsstreit geht der Bundesgerichtshof auf die Frage eines mit der Versicherungsnehmerin (und Klägerin) bestehenden Maklervertrags, der, falls nicht schriftlich fixiert, auch konkludent zustande kommen kann, nicht ein. Ebenso wenig wird eine in diesem Zusammenhang bestehende Vertretungsmacht für die Klientin des Maklers erörtert. Diese scheint das Gericht zu verneinen, wenn es ein mögliches Redaktionsversehen beim Abfassen der Bedingungen durch den Makler behandelt²⁴⁷ und sodann feststellt, dieses würde sich im Übrigen nicht zulasten der klagenden Versicherungsnehmerin auswirken. Dem Urteil liegt damit offenbar die Annahme zugrunde, dass der Makler in diesem Fall ausschließlich die Versicherer vertreten hat, eine Auslegung, die durch die in diesem Zusammenhang gebrauchte Formulierung gestützt wird, der Makler sei der Klägerin/VN „gegenübergetreten.“

Diese Ansicht erscheint höchst problematisch. Denn da der Bundesgerichtshof die Versicherungsmaklereigenschaft nicht in Frage stellt und auf dieser Grundlage der Kundenkontakt

²⁴⁵ Keine situative Bestimmung der Vermittlereigenschaft; dazu nachstehend unter lit. h).

²⁴⁶ Auch in dem vom BGH entschiedenen Fall stammen die Vertragsbedingungen aus der Feder des Maklers.

²⁴⁷ BGH, a.a.O., S. 369.

eines Versicherungsmaklers, wenn es nicht lediglich um eine unverbindliche Auskunft etc. geht, zumindest zu einem konkludent abgeschlossenen Versicherungsmaklervertrag führt, einschließlich einer Vertretungsmacht mit Mindestumfang, hätte es im Urteil einer Auseinandersetzung mit dieser Konstellation bedurft. Der Bundesgerichtshof hätte mithin eine Begründung dafür liefern müssen, warum es im vorliegenden Fall nach seiner Ansicht sowohl an einem Maklervertrag als auch an jeglicher Vertretungsmacht des Maklers für die Versicherungsnehmerin (die dann nicht seine Klientin gewesen wäre) fehlte und aus diesem Grund davon abzusehen war, den Fehler beim Abfassen der Bedingungen ganz oder teilweise der Klägerin/VN zuzurechnen.

Der Standpunkt des Bundesgerichtshofs erscheint daher zweifelhaft. Die Übertragung auch umfangreicher Aufgaben des Versicherers auf einen Makler muss nicht zwangsläufig dazu führen, dem Makler die Sachwaltereigenschaft abzusprechen und darüber hinaus, wie es nach der Entscheidung den Anschein hat, jegliche vertragliche Bindung zum Versicherungsnehmer wie auch eine Vertretungsmacht zu verneinen.

Kommt es bei einer Konstellation, wie sie in dem ausgeurteilten Fall gegeben ist, zu Pflichtverletzungen gegenüber dem Klienten – Fehler, Versehen und sonstige mangelhafte Dienstleistungen –, sind die daraus resultierenden Folgen im Innenverhältnis zu regulieren. Der Klient verfügt in diesem Fall über einen Schadenersatzanspruch gegen den von ihm beauftragten Makler. Diese Konsequenz wollte der Bundesgerichtshof möglicherweise vermeiden und den Versicherer als den potenteren Beteiligten in die Pflicht nehmen. Eine solche Vorgehensweise kann, zumal in Anbetracht der vom Gericht in den Entscheidungsgründen nicht erschöpfend behandelten Problematik, nicht befriedigen.

Fazit: Nach der hier vertretenen Ansicht war eine Durchbrechung der Regel, dass der Versicherungsmakler den Klienten vertritt und als Sachwalter dessen Interessen wahrnimmt, zur Lösung dieses Streitfalles nicht geboten und ist daher abzulehnen. Im Einzelfall sind Verstöße des Maklers gegen seine Pflichten auf der Grundlage des Maklervertrags, also im Innenverhältnis, rechtlich und wirtschaftlich zu bewältigen bzw. zu regeln. Die Möglichkeit, dass ein Versicherungsmakler nur den Versicherer vertritt, scheidet mit Rücksicht auf seine auf den Versicherungsnehmer ausgerichtete und insofern festgeschriebene Sachwaltereigenschaft aus.

e) „Reinheitsgebot“

Offenheit, Klarheit und Eindeutigkeit im Auftreten der Vermittlerschaft gegenüber dem versicherungsuchenden Publikum gehören zu den nach wie vor wichtigen Geboten. Außerdem gehören dazu Lauterkeit und Zuverlässigkeit. Der Vermittler, der sich als – unabhängiger – Makler ausgibt, in Wirklichkeit jedoch als Versicherungsvertreter vertraglich an einen oder mehrere Versicherer gebunden ist, täuscht den sich ihm anvertrauenden Kunden. Auf diese Weise werden diejenigen Anstrengungen der Versicherungswirtschaft empfindlich gestört, die sich unter der Bezeichnung ‚vertrauensbildende Maßnahmen‘ zusammenfassen lassen, und es werden dadurch überkommene negative Einschätzungen gegenüber der Branche wie auch in der Bevölkerung weit verbreitete Vorurteile neu genährt.

Die Regelung in § 59 Abs. 3 S. 2 VVG, nach der als Versicherungsmakler gilt, wer den Anschein eines Maklers erweckt – mit der dahinter stehenden unausgesprochenen Haftungsdrohung, erscheint nur bedingt geeignet, derartige Verhaltensweisen zu unterbinden. Umso mehr wird es darauf ankommen, dass die Vorschrift des § 11 VersVermV in der Praxis voll zur

Geltung kommt, der dem Vermittler in Abs. 1 u.a. auferlegt, dem – potenziellen – Versicherungsnehmer „klar und verständlich in Textform mitzuteilen“, ob er als Versicherungsmakler oder als Versicherungsvertreter gemeldet und registriert ist. Notfalls hat der angesprochene Verbraucher im Eigeninteresse auf diese Information zu dringen und sich eine Legitimation vorweisen zu lassen.

Aufsichtsrechtliche Gesichtspunkte

Der Maklervertreter bzw. -agent oder Pseudomakler ist eine im Versicherungsmarkt unerwünschte Erscheinung²⁴⁸. Die Versicherungsaufsicht hat sich schon frühzeitig für ein eindeutiges, statusgerechtes Auftreten der Vermittler ausgesprochen und erklärt, es liege nicht im Interesse der am Versicherungsgeschäft Beteiligten, wenn die klare Scheidung zwischen Versicherungsvertreter und Makler verwischt werde²⁴⁹. Versicherungsinteressenten werde der Eindruck vermittelt, er, der Maklervertreter, sei sein Bundesgenosse, während er tatsächlich nur der verlängerte Arm des Versicherers ist, mit dem ein Vertretervertrag besteht²⁵⁰. Die Maklervertreter verhalten sich daher gegenüber dem Versicherungsnehmer treupflichtwidrig²⁵¹.

Deutlicher sind die Aussagen des – vormaligen – Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen in seinem späteren Rundschreiben R 3/61²⁵² unter der Überschrift „Abgrenzung von Makler- und Agententätigkeit in der Schaden- und Unfallversicherung“. Nach der Feststellung, durch den Makleragenten werde – entgegen der wahren Sachlage – das Publikum getäuscht, heißt es dann weiter, die Tätigkeit eines solchen Makleragenten sei als Missstand anzusehen. Die Aufsichtsbehörde sei gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 VAG berechtigt, gegen Versicherer vorzugehen, die Agenturverträge oder agenturähnliche Vereinbarungen mit Makleragenten abschließen oder unterhalten²⁵³.

Dazu ein Beispiel aus der Praxis. In einem an ein Schadenversicherungsunternehmen gerichteten Schreiben des Bundesaufsichtsamtes wird u.a. Folgendes ausgeführt:

„Wie Sie mir mitgeteilt haben, besteht zwischen Ihrem Unternehmen und der o. g. Vermittlerfirma ein Agenturvertrag. Gleichzeitig soll die Vermittlerfirma Maklergeschäfte ausüben.

Ich weise Sie darauf hin, dass die Verbindung von Makler- und Agententätigkeit ein Missstand ist, der geeignet ist, die Belange der Versicherten zu beeinträchtigen. Denn hierdurch wird dem Versicherungsnehmer gegenüber der Eindruck erweckt, dass die Vermittlerfirma in Maklereigenschaft als Wahrer allein der Interessen des Versicherungsnehmers tätig wird. Dem widerspricht aber vorliegend die Tatsache, dass die Firma ... mit Ihrem – und anderen – Unternehmen eine vertragliche Bindung eingegangen ist. ...

... bitte ich Sie, auf die Firma ... einzuwirken, dass diese davon Abstand nimmt, die ... Vollmachten, die inhaltlich Makleraufträge sind, zu verwenden. Bereits erteilte Vollmachten sind von der Firma ... zurückzunehmen, auch darf diese selbst sich nicht mehr als „Maklerfirma“ bezeichnen“

Ein Teil der Vermittlerschaft ist auf das so genannte „Hamburger System“ ausgewichen, um der kritischen Doppeleigenschaft zu entgehen. Dabei werden einerseits das Maklergeschäft und andererseits das über Versicherungsvertreter akquirierte Geschäft über getrennte, juristisch selbstständige Unternehmen betrieben. Die Aufsichtsbehörde hat dazu angekündigt, die weitere Entwicklung sorgfältig zu beobachten²⁵⁴.

²⁴⁸Goldberg/Müller, VAG, § 1, Anm. 37 und § 81, Anhang B, Anm. 7 – Stichwort „Makleragenten“; vorsichtig Prölss/Schmidt, VAG, Zusatz zu § 1, Anm. 37; Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 61.

²⁴⁹Vgl. VW 1951, 404 mit Hinweis auf vorangegangene Äußerungen der Aufsichtsbehörde; s. hierzu auch Sieg, Vertrieb und Vermittlung, ZVersWiss 1988, 263 (281).

²⁵⁰Goldberg/Müller, VAG, § 81, Anhang B, Anm. 7 – Stichwort „Makleragenten“.

²⁵¹Prölss/Martin/Kollhosser, VVG, nach § 48 a.F., Anm. 61.

²⁵²VerBAV 1961, 38 f.

²⁵³BAV, a.a.O., S. 39.

²⁵⁴BAV, a.a.O., S. 39.

Wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte

²⁵⁵S. dazu z.B. Prölss/Martin/
Kollhosser, VVG, nach
§ 48 a.F., Anm. 60.

Das Auftreten von Maklervetretern²⁵⁵ ist auch ein wettbewerbsrechtlich relevanter Tatbestand. Maklervetreter verschaffen sich dadurch Wettbewerbsvorteile, dass sie – Maklereigenschaft vortäuschend – unter falschen, irreführenden Angaben in Konkurrenz zu den reinen, den „echten“ Maklern treten und sich gleichzeitig außerdem Vorteile gegenüber den Vertretern erschleichen: Sie setzen sich den „schönen Hut“ des Maklers auf, täuschen unabhängige Beratung und nachfragerorientierte Interessenwahrnehmung vor und sind doch im Innenverhältnis an einen oder mehrere Versicherer vertraglich gebunden, vermitteln nur deren Produkte und sind gehalten, Versichererinteressen wahrzunehmen.

²⁵⁶Zu dieser Thematik s.
auch Unger, Wirkungsfeld,
S. 16, 17; vgl. ebenfalls Nr. (9)
Wettbewerbsrichtlinien, in der
DOKUMENTATION (Teil 6).

Die Wettbewerbsrichtlinien der Versicherungswirtschaft haben diesen im Markt nicht selten auftretenden Erscheinungen in dem Abschnitt „Grundsätze für das Verhalten im Wettbewerb“ Rechnung getragen. In der das Täuschungsverbot behandelnden Vorschrift Nr. 23 heißt es am Ende: „Vertreter dürfen nicht als Makler auftreten; Makler dürfen nicht als Vertreter auftreten.“²⁵⁶

Zivil- und haftungsrechtliche Gesichtspunkte

²⁵⁷Vgl. z.B. OLG Hamm VersR
1995, 167 ff; ausführlicher in
Abschnitt V („Die Haftung des
Versicherungsmaklers“), dort
unter Ziff. 3. („Haftung: Ver-
sicherungsmakler – Versiche-
rungsvertreter im Abgleich“).

Mangelnde Klarheit im Auftreten nach außen, das Erwecken von Fehlvorstellungen im versicherungsuchenden Publikum können für den Vermittler zu unerwünschten rechtlichen Konsequenzen führen. Ein Versicherungsvertreter, der wie ein Makler auftritt, haftet auch wie ein Makler: Das ist die von der Rechtsprechung eingeführte Eigenhaftung des Mehrfachvertreters²⁵⁷ und die danach – in anderer rechtlicher Einkleidung – Gesetz gewordene Regel²⁵⁸.

²⁵⁸Indirekt der Vorschrift des
§ 59 Abs. 3 S. 2 VVG zu
entnehmen.

Die Frage der Transparenz im Zusammenhang mit dem Auftreten von Vermittlern ist immer wieder Gegenstand von Gerichtsentscheidungen. Instruktiv ist ein Urteil des OLG Oldenburg vom 13.1.1999²⁵⁹, dem einerseits zuzustimmen, hinsichtlich einiger Formulierungen und dem dadurch erzeugten Eindruck jedoch auch zu widersprechen ist. Der Tenor der Entscheidung lautet:

²⁵⁹VersR 1999, 757 f.

„Ein Versicherungsagent, der bei Anbahnung von Vertragsverhandlungen nicht erkennen lässt, dass er (nur) Mehrfachagent ist und als Agent tätig werden will, sondern dem Kunden als „Versicherungsfachmann“ gegenübertritt, der ein „Fachgeschäft für preiswerten Versicherungsschutz“ betreibt und „Versicherungen aller Art“ vermittelt, kann bei Nichtzustandekommen des gewünschten Versicherungsvertrags dem Kunden wie ein Versicherungsmakler persönlich auf Schadenersatz haften.“

Der Aussage in diesem Urteilstenor, der auf der Linie einer durchgesetzten Rechtsmeinung liegt, ist ohne Einschränkung zu folgen. Das Gericht stellt zutreffend darauf ab, dass bei der Beurteilung der Haftungsfrage die äußeren Anzeichen, die der Vermittler durch sein Auftreten selbst gesetzt hat, für die rechtliche Beurteilung seines Handelns ausschlaggebend sind (Briefbogen, Geschäftsbezeichnung, Vorgehensweise bei der Risikoeindeckung). So heißt es im Anschluss an die einschlägigen Darlegungen in den Entscheidungsgründen weiter, der Versicherungsvertreter müsse sich, gemessen an den festgestellten Umständen, so behandeln lassen, als wäre er als Makler tätig geworden. Das entspricht im Übrigen der Regelung in § 59 Abs. 3 Satz 2 VVG.

Irreführend, zumindest missverständlich, sind jedoch die weiteren Ausführungen des Gerichts, wenn es in den Gründen ferner heißt, der beklagte Vermittler habe die Stellung eines Maklers, er habe, gestützt auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit, die vertragliche Pflicht im Sinne eines Geschäftsbesorgungsvertrags übernommen und sei als Sachwalter des Versicherungsnehmers tätig geworden.

Das ist in dieser Form unzutreffend. Der Vertreter kann zwar wie ein Makler tätig werden, aber nicht als Makler (Stellung) agieren mit dem durch diese Formulierung außerdem hervorgerufenen Eindruck, ein Vermittler könne sowohl als Agent (Versicherungsvertreter) als auch als Makler auftreten. Der Status eines Vermittlers kann sich zwar ändern, dann aber generell und auf Dauer und nicht von Fall zu Fall. Richtigerweise bildet die Grundlage für die Haftung (Eigenhaftung) des Vertreters der von ihm geschaffene Vertrauenstatbestand, also nicht ein fingierter Maklerstatus von vorübergehender Dauer oder ein ebenfalls fingierter temporärer Geschäftsbesorgungsvertrag. Die Begründung im Urteil des OLG Oldenburg ist daher in diesem Teil irreführend, zumindest missverständlich, und dient nicht dem Gebot der Klarheit und einer gut erkennbaren Abgrenzung der Vermittlertypen.

f) Relevanz der Abgrenzung

Dass die Abgrenzung von Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter im Interesse der Klarheit und mit Blick auf die Rechtsfolgen, die ihre Handlungen und Unterlassungen nach sich ziehen, höchst bedeutsam ist und dass daher im Einzelfall festgestellt werden muss, ob ein Versicherungsmakler oder ein Vertreter tätig geworden ist, belegt eindrucksvoll eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Versicherungsvertrags bestimmte diese Frage den Ausgang jenes Prozesses, entschied ihre Beantwortung mit anderen Worten über Sieg und Niederlage.

In dem vom Bundesgerichtshof durch Urteil vom 25.3.1987²⁶⁰ entschiedenen Fall ging es um einen Versicherungsantrag mit zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommenen handschriftlichen Änderungen, die zu einem eingeschränkten Versicherungsschutz führten und deren Urheberschaft sich nicht klären ließ. Das Berufungsgericht hatte die Frage, ob im zugrunde liegenden Fall ein Versicherungsvertreter oder ein Makler tätig geworden ist, offen gelassen und lediglich den Oberbegriff ‚Versicherungsvermittler‘ verwendet. Das hat der Bundesgerichtshof korrigiert und in einer ausführlichen Begründung die unterschiedlichen Ergebnisse aufgezeigt²⁶¹:

²⁶⁰VersR 1987, 663 ff – Dokumentation der Entscheidung in Teil 4 (MAKLERURTEILE) unter Nr. (2).

²⁶¹Vgl. hierzu die Darstellung in WI 87, 123-124.

- Handelte es sich beim Vertragsabschluss um einen Vertreter, so war dieser aufgrund der Regelung gemäß § 43 Nr. 1 VVG zur

§ 43 Nr. 1 VVG a. F. (Gesetzliche Vollmacht des Agenten)

Ein Versicherungsagent gilt, auch wenn er nur mit der Vermittlung von Versicherungsgeschäften betraut ist, als bevollmächtigt, in dem Versicherungszweig, für den er bestellt ist, 1. Anträge auf Schließung, Verlängerung oder Änderung eines Versicherungsvertrags sowie den Widerruf solcher Anträge entgegenzunehmen;

Entgegennahme des Versicherungsantrags bevollmächtigt. Mit der Entgegennahme des Antrags durch den Versicherungsvertreter war der Antrag – zeitgleich – dem Versicherer zugegangen. Der vorher ausfertigte, in der Regel vom Antragsteller und vom Vermitt-

²⁶²BGH, a.a.O., S. 664
mit Hinweis auf Pröls/Mar-
tin/Kollhosser, VVG,
§ 43 a.F., Anm. 3.

ler unterschriebene und mit diesem Inhalt vom Willen des Antragstellers gedeckte Versicherungsantrag kann nach der Entgegennahme durch den Agenten bzw. Vertreter und dem damit zugleich erfolgten Eintritt in den Empfangsbereich des Versicherers einseitig, das heißt ohne Zustimmung des Antragstellers, nicht mehr geändert werden²⁶².

Fertigt der Versicherer den Versicherungsschein auf der Grundlage eines nachträglich geänderten Versicherungsantrags aus, so liegt darin keine unveränderte Annahme des Antrags. Es gilt für diesen Fall § 5 VVG. Der Versicherer unterließ die nach Abs. 2 dieser

§ 5 VVG (Billigungsklausel)

(1) Weicht der Inhalt des Versicherungsscheins von dem Antrag oder den getroffenen Vereinbarungen ab, so gilt die Abweichung als genehmigt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb eines Monats nach Empfang des Versicherungsscheins in Textform widerspricht.

(2) Diese Genehmigung ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins darauf hingewiesen hat, dass Abweichungen als genehmigt gelten, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb eines Monats nach Empfang des Versicherungsscheins in Textform widerspricht. Der Hinweis hat durch besondere schriftliche Mitteilung oder durch einen auffälligen Vermerk in dem Versicherungsschein, der aus dem übrigen Inhalt des Versicherungsscheins hervorgehoben ist, zu geschehen; auf die einzelnen Abweichungen ist besonders aufmerksam zu machen.

(3) Hat der Versicherer den Vorschriften des Absatzes 2 nicht entsprochen, so ist die Abweichung für den Versicherungsnehmer unverbindlich und der Inhalt des Versicherungsantrags insoweit als vereinbart anzusehen.

(4) Eine Vereinbarung, durch welche der Versicherungsnehmer darauf verzichtet, den Vertrag wegen Irrtums anzufechten, ist unwirksam.

Vorschrift erforderliche Belehrung (Abweichen des Versicherungsscheins vom Antrag), weil er irrigerweise annahm, der Versicherungsschein entspreche dem ursprünglich vom Versicherungsnehmer gestellten und von seinem Willen gedeckten Antrag. Die Folge ist, dass der Versicherungsvertrag zu den Bedingungen und nach den Vorstellungen des Versicherungsnehmers (= ursprünglicher Antragsinhalt) zustande kommt, § 5 Abs. 3 VVG.

- Ganz anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der in diesem Rechtsstreit verklagte Vermittler Versicherungsmakler war. Im Gegensatz zum Versicherungsvertreter ist der Makler, von besonderen Vereinbarungen abgesehen, nicht bevollmächtigt, für den Versicherer Erklärungen entgegenzunehmen. Typischerweise wird er ausschließlich für den Versicherungsnehmer, seinen Kunden, tätig und vertritt diesen gewöhnlich²⁶³.

²⁶³BGH, a.a.O., S. 664,
rechte Spalte, mit weiteren
Hinweisen.

Demzufolge stellt die Gesamtheit der vom Makler in den formularmäßigen Antrag²⁶⁴ aufgenommenen Angaben des Antragstellers/Kunden den verbindlichen Antrag dar, und zwar auch dann, wenn der Inhalt des Antrags später, ohne Wissen und Willen des Antragstellers/VN, verändert worden ist. Hat im Einzelfall der Makler eine solche Änderung vorgenommen, ist lediglich das Innenverhältnis berührt und bedeutet in der Regel eine Verletzung des erteilten Auftrags, § 662 BGB. Anderes gilt nur für die Fälle, in denen ein vom Interesse und vom mutmaßlichen Willen des Maklerkunden gedecktes Handeln angenommen werden kann. Ein solcher Tatbestand kam in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall von vornherein nicht in Betracht.

²⁶⁴Maklertypisch sind
Deckungsaufgaben.

Von diesen das Innenverhältnis betreffenden Erwägungen zurück zum Außenverhältnis: Der vom Versicherungsmakler formulierte Antrag bzw. die Deckungsaufgabe ist die für den Versicherer maßgebliche Erklärung der Antragstellerseite. Aus dem Innenverhältnis zwischen Makler und Kunde stammende Differenzen über den Erklärungsinhalt sind für den Versicherer ohne rechtliche Relevanz. Für die Anwendung des § 5 VVG ist kein Raum.

Der auf dem veränderten Versicherungsantrag beruhende Versicherungsvertrag hat – wirksam (!) – einen Inhalt, der sich nicht mit dem Willen des Versicherungsnehmers deckt, eine Versicherungsschutzlücke enthält und in dem entschiedenen Fall zu einem beträchtlichen Schaden des Maklerkunden geführt hat. Der hieraus resultierende Konflikt einschließlich der daraus folgenden wirtschaftlichen Nachteile ist Regelungsgegenstand allein des Innenverhältnisses zwischen Makler und Kunde/VN

Nun bedarf es noch der Klärung der in jenem Rechtsstreit kontrovers behandelten Frage, wer eigentlich die nachträgliche Änderung des Antrags vorgenommen hatte bzw. wen die Folgen treffen, wenn dieser Ausschnitt aus dem Sachverhalt unaufklärbar bleibt (Beweislastverteilung). Auch mit dieser Frage hat sich der Bundesgerichtshof eingehend auseinandergesetzt. Danach gilt: Werden Ansprüche aus Vertragsverletzung geltend gemacht, trifft den Verpflichteten, hier also den Versicherungsmakler, die Beweislast für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten, und zwar auch dann, wenn – wie in dem hier erörterten Rechtsstreit – aus der Nichterfüllung dieser Pflichten ein Schadenersatzanspruch hergeleitet wird²⁶⁵.

²⁶⁵BGH, a.a.O., S. 665 mit Hinweis auf BGHZ 83, 260 (267).

Über diese Beweislastverteilung lässt sich durchaus streiten. In den Urteilsgründen hat der Bundesgerichtshof auch die Frage geprüft, ob nicht der Auftraggeber – hier der Kunde des Maklers – als Anspruchsteller für das Abweichen des Bevollmächtigten, also des Maklers, von der erteilten Weisung (hier: umfassender Versicherungsschutz) beweispflichtig sei. Er hat sich indessen anders entschieden mit der Begründung, dass in den von der Rechtsprechung behandelten einschlägigen Fällen – anders als hier – der Inhalt des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unstrittig gewesen sei und lediglich der Inhalt der erteilten Weisung streitig geblieben war²⁶⁶.

²⁶⁶BGH, a.a.O., S. 665 mit weiteren Hinweisen.

Wirtschaftliches Ergebnis

- War der Vermittler *Versicherungsvertreter*, ist der *Versicherer* verpflichtet, Versicherungsschutz in vollem Umfang nach dem ursprünglichen, weiter gehenden Antrag zu gewähren. Anspruchsgegner des Versicherungsnehmers ist also der Versicherer.
- War der Vermittler *Makler*, ist der Versicherungsnehmer auf einen Schadenersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung gegen den *Versicherungsmakler* verwiesen²⁶⁷. Der Ersatzanspruch besteht im Umfang der Deckungslücke infolge des vom Makler verursachten eingeschränkten Versicherungsschutzes und des damit verbundenen wirtschaftlichen Schadens.

²⁶⁷Frage des Innenverhältnisses.

Konsequenz unter vermittlerrechtlichen Gesichtspunkten

- Der Status des Vermittlers ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Frage, gegen wen der geschädigte Versicherungsnehmer seinen Anspruch richten muss (Versicherer oder Vermittler).

- Der Status des Vermittlers entscheidet mit anderen Worten die Frage der Haftung. Ist der Vermittler selbst eintrittspflichtig in Fällen dieser Art (Haftung des Maklers wie ein Versicherer)?
- Zwangsläufige Konsequenz: Der Status des Vermittlers kann in Fällen dieser Art nicht, wie es im Berufungsurteil der Fall war, offen bleiben, ist vielmehr aufzuklären.

g) Untauglicher Versuch zur Statusbestimmung

Wie bei fast jeder Problemstellung so gibt es bei entscheidungserheblichen Statusfragen, die den Vermittler betreffen, teilweise Lösungsversuche der Gerichte, die vom juristisch geraden Weg abkommen und zu vermittlerrechtlichen Abnormitäten führen. Das mag im Einzelfall weniger an der Fehlbeurteilung von Sachverhalten auf der rein rechtlichen Ebene liegen, es ist vielmehr in dem anscheinend unausrottbaren Bestreben so mancher Gerichte zu suchen, ein nach ihrer Ansicht „gerecht und billig“ erscheinendes wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen, das dem vermeintlich Schwächeren zu Hilfe kommen soll. Unter Missachtung anerkannter rechtlicher Eckdaten entfernt sich die dazu gegebene Begründung nicht selten von dem Prinzip sachgerechter, konsequenter Rechtsanwendung.

Diese Vorgehensweise, auch als so genanntes social engineering bekannt, stützt sich auf eine pseudojuristische Argumentation, die, auf ihre Substanz abgeklopft, oft wie ein Kartenhaus zusammenfällt. Diese Methode ist deswegen besonders kritikwürdig, als sich ihr unrichtiges Ergebnis nicht auf den einzelnen Fall beschränkt, sondern die Publizität derartiger Urteile als vermeintliches Attest für die allgemeine Rechtslage weite Kreise zieht, den Kreis der Betroffenen, hier: die Vermittlerschaft, in die Irre führt oder verunsichert. Rechtsklarheit im Kreis der Vermittlertypen sowie Rechtssicherheit werden beschädigt.

²⁶⁸VersR 1995, 94 (nur in verkürzter Form wiedergegeben); die nachfolgende Erörterung stützt sich auf den Originalwortlaut des Urteils in Sachen 8 U 1184/93; s. dazu auch die Dokumentation dieser Entscheidung in Teil 4 (MAKLERURTEILE) unter Nr. (3).

Ein repräsentatives Beispiel hierfür liefert das Urteil des OLG Nürnberg vom 27.1.1994²⁶⁸. Zunächst zur Ausgangslage eine Vorbemerkung: Die Unabhängigkeit – von den Versicherern – ist das den Versicherungsmakler signifikant kennzeichnende Merkmal. Es bedeutet Freiheit von vertraglichen Bindungen und daraus resultierenden Verpflichtungen gegenüber der Risikoträgerseite, aber auch die Abwesenheit wirtschaftlicher Abhängigkeit. Andernfalls wird indiziert, dass der Makler nicht konsequent und ausschließlich die Interessen des Kunden bei der Besorgung seiner Versicherungsangelegenheiten vertreten kann bzw. vertritt. Dazu aber ist der Makler gerade berufstypisch aufgerufen. Er würde in die Nähe des Versicherungsvertreters gerückt, der vertraglich dem Versicherer verbunden ist und das Versicherungsvermittlungsgeschäft – obwohl selbstständiger Gewerbetreibender – im Ergebnis als verlängerter Arm des Versicherers betreibt.

Die Abgrenzung der grundsätzlich in entgegengesetzten Lagern stehenden Vermittlertypen der Versicherungsvertreter und der Versicherungsmakler war in der Vergangenheit – die Tagespraxis hat es immer wieder bestätigt – ein zuweilen schwieriges Unterfangen. Dieser Aufgabe sah sich auch das OLG Nürnberg in dem vorstehend erwähnten Fall gegenüber. Es hat gemeint, einen Vermittler, der über eine Courtagevereinbarung verfügte (!), anhand von im Wesentlichen vier Kriterien dennoch als Mehrfachvertreter einordnen zu können. Die Gründe:

- Teilnahme am AVAD-Auskunftsverkehr
- Vorhalten von Versichererformularen
- Erwähnung „künftigen Geschäftsverkehrs“
- Vorhandensein einer Bonifikationsauslobung.

Dem kann nicht gefolgt werden:

- *Teilnahme am AVAD-Auskunftsverkehr*

Die Versicherungsunternehmen waren und sind aufgrund einer seit langem geltenden Anforderung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen²⁶⁹ gehalten, vor Aufnahme einer Zusammenarbeit mit einem Versicherungsvermittler, also auch bei Versicherungsgeschäften mit einem Versicherungsmakler, über diesen eine AVAD-Auskunft einzuholen²⁷⁰. Das war in der Vergangenheit in das pflichtgemäße Ermessen des Versicherungsunternehmens gestellt. Später hat die Aufsichtsbehörde dieses Verfahren auch in Ansehung der Makler zur Pflicht erhoben²⁷¹. Dieses den Versicherern auferlegte Prüfverfahren ist aus diesem Grund, weil nämlich alle Vermittler erfassend, nicht in dem vom OLG Nürnberg verstandenen Sinn für einen Versicherungsvertreter typisch²⁷².

- *Vorhalten von Versichererformularen, Erwähnung künftigen Geschäftsverkehrs*

Aus diesen beiden Umständen kann nicht geschlossen werden, dass der betreffende Vermittler als Mehrfachvertreter anzusehen ist. Sie bedeuten keine Bindung des Vermittlers – weder faktisch noch rechtlich – an bestimmte Versicherungsunternehmen. Das Verwenden von Formularen, die von Versicherern zur Verfügung gestellt wurden, ist in das Belieben des Maklers gestellt, ohne dass deswegen hinter seinen Status auch nur ein Fragezeichen zu setzen ist. Er kann mit anderen Worten auf die Verwendung der sonst üblichen Deckungsaufgabe verzichten, die zwar maklertypisch, deren Verwendung indessen nicht zwingend und in diesem Sinn nicht statusrelevant ist.

Ebenso wenig ist die Erwähnung künftigen Geschäftsverkehrs in schriftlichen Dokumenten ein Indiz für eine makleruntypische Bindung. Hat sich ein Makler für das Leistungsangebot eines Versicherers entschieden, so werden positive Kriterien wie überdurchschnittlich gute Versicherungsprodukte, schnelle Antragsverarbeitung, hohe Leistungsgeschwindigkeit im Versicherungsfall etc. dazu führen, den Geschäftsverkehr mit diesem Versicherer auch in der Zukunft zu pflegen – so lange, wie dies bei kontinuierlich kritischer Prüfung des gesamten Leistungsspektrums vertretbar bzw. geboten ist und die Interessen des Maklerkunden in vollem Umfang gewahrt sind.

- *Vorhandensein einer Bonifikationsauslobung*

Ein Makler darf sich hinsichtlich der Geschäftszuführung nicht von Bonifikationen bestimmen lassen, die von einem Versicherer ausgelobt werden. Er hat seine materiellen Interessen (Courtage, Bonifikation) dem Kundeninteresse unterzuordnen. Das schlichte Vorhandensein einer Bonifikationsauslobung ist indessen nicht schädlich bzw. statusrelevant – der Makler darf sich dadurch nur nicht in einem vom Versicherer gewünschten Sinn beeinflussen lassen, wenn auf diese Weise sein Klient in irgendeiner Hinsicht benachteiligt wird.

²⁶⁹Seit dem Jahr 2002: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

²⁷⁰Vgl. dazu Teil 6 (DOKUMENTATION), Ziff. (7).

²⁷¹Verlautbarung des BAV in: R 1/94 und R 2/94 des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen (vgl. den Abdruck in Grieff/Zinnert, *Der Versicherungsmakler*, S. 667).

²⁷²Im Übrigen lautet das Kürzel „AVAD“: Auskunftstelle über Versicherungs-/Bausparkassen-außendienst und Versicherungsmakler in Deutschland e.V.

Nach richtiger Auffassung ist das Courtageversprechen des Versicherers gegenüber dem Makler, dem möglicherweise eine Bonifikationsregelung hinzugefügt ist, ein einseitiger Akt. Es handelt sich also auch im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Bonifikation nicht um den Bestandteil eines *Vertrags mit einem bestimmten Verpflichtungsgrad*, auch wenn die Gesamtregelung die Überschrift ‚Courtagevereinbarung‘ statt – zusage‘ trägt.

²⁷³In VersR 1995, 94 f nicht dokumentiert; vgl. das Urteil in Sachen 8 U 1184/93, S. 14 f.

Verfehlt sind auch die Ausführungen des Gerichts im Zusammenhang mit dem Ausfüllen des Antragsformulars²⁷³. Danach interpretiert es diesen Vorgang als Führen einer Antrags- oder Vertragsverhandlung für den Versicherer, eine Annahme, die schon im Ansatz irrig ist. Einem Versicherungsmakler ist es nicht verwehrt, dem Versicherer bei der Eindeckung des Risikos die dazu erforderlichen Angaben statt in einer Deckungsaufgabe dadurch zu machen, dass er ein vom Versicherer zur Verfügung gestelltes Antragsformular benutzt, vom Kunden die nötigen Informationen erfragt und alsdann die entsprechenden Eintragungen vornimmt.

Es handelt sich um einen kommunikationstechnischen Vorgang ohne statusrechtliche Bedeutung. Die dem Versicherer zur Risikobeurteilung zu liefernden Angaben muss er beim Kunden in dem einen wie dem anderen Fall erfragen. Sie müssen vollständig und wahrheitsgemäß sein. Wenn ein Makler diesem Gebot folgt, erfüllt er zum einen für seinen Klienten die vorvertragliche Anzeigepflicht und kommt im Übrigen einem Obligo aus dem Doppelrechtsverhältnis nach, das rechtliche Beziehungen, wenngleich schwach ausgeprägt, auch zum Versicherer beinhaltet. Er handelt damit nicht als oder wie ein Vertreter. Ob im Einzelfall beim Ausfüllen eines Antragsformulars ein Versicherungsvertreter oder ein Makler tätig wird, ändert daher nichts an den Inhalten. Ebenso wenig mutiert ein Versicherungsmakler auf diese Weise zum Versicherungsvertreter.

²⁷⁴VersR 1995, 94 (95).

Erheblichen Bedenken begegnet auch die These des Gerichts, bei der Bestimmung des Vermittlertyps im Einzelfall komme es nicht auf die – vom Versicherer und Vermittler – gewählte Statusbezeichnung (Firmierung) sondern auf die vom Vermittler tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an²⁷⁴. Wäre diese Ansicht zutreffend, würde der Versicherungsvermittler in die Kategorie chamäleonartiger Wesen eingeordnet, gleichzusetzen mit einem Rollenwechsel von Fall zu Fall und je nach der Einschätzung eines außenstehenden Beurteilers. Dass dies weder der Rechtssicherheit dient noch dem Versicherungsinteressenten eine Hilfe ist, liegt auf der Hand. Nur in dem umgekehrten Fall, wenn sich der Vermittler wie ein Versicherungsmakler geriert, ohne es tatsächlich zu sein, wird er – so das Gesetz in § 59 Abs. 3 Satz 2 VVG – an diesem von ihm erzeugten Rechtsschein festgehalten und als Makler behandelt.

²⁷⁵Zum hier erörterten Urteil des OLG Nürnberg und zur generellen Frage der Abgrenzung von Makler und Agent vgl. Matusche-Beckmann, VersR 1995, 1391 ff; ferner: Müller-Stein, VW 1995, 602 ff und Schmelzer, VK 96, 40 f.

²⁷⁶§ 11a GewO, §§ 5–7 VersVermV, vgl. Nr. (3) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

Der Status eines Vermittlers ist in dem Sinne eng mit dem Begriff der Kontinuität verknüpft, als dessen Auftreten nach außen, über die Zeit hinweg betrachtet, von grundlegender Bedeutung ist. Mangels einer für sämtliche Vermittler verbindlichen Registrierung, die u.a. über den Status des Vermittlers Auskunft gibt, musste in der Vergangenheit zwangsläufig auf Hilfsgrößen zurückgegriffen werden, die den Typus aufgrund seines Auftretens nach außen ausweisen. Das sind z.B. Briefbögen, Anzeigen, Firmenstempel, Zugehörigkeit zu einem spezifischen Berufsverband (z.B. bei Maklern: VDVM, auch BVK), Bestehen einer Courtagezusage, deren Vorhandensein das Merkmal einer gewissen Dauerhaftigkeit in sich trägt. Nur dann, wenn diese Kriterien kein eindeutiges Bild ergaben, konnte es danach zulässig sein, aus Tätigkeit und Auftreten im Einzelfall den Vermittlerstatus zu bestimmen²⁷⁵. Die nunmehr erfolgende Registrierung der Vermittler²⁷⁶ wird diese Unsicherheiten nach Überwinden einer Übergangsphase im Wesentlichen beseitigen, mit anderen Worten den Streit über den Status eines Vermittlers weitgehend der Vergangenheit angehören lassen.

h) Situative Festlegung der Vermittlereigenschaft?

Der Status eines Vermittlers – dazu sollen Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter im Blickpunkt stehen – ist nach der hier vertretenen Auffassung eine auf Dauer angelegte Eigenschaft, die in Bedeutung und Wirkung nach außen grundsätzlich nicht vom Einzelfall abhängig ist und bei der es mithin weder darauf ankommt, wie – in welcher Eigenschaft bzw. Funktion – der Vermittler auftreten und handeln wollte, noch darauf, wie der andere Teil, Versicherungsinteressent oder Versicherungsnehmer, das Verhalten des Vermittlers verstehen konnte und durfte. Mit Recht hat Werber²⁷⁷ Tendenzen kritisiert, den Status eines Vermittlers von der jeweiligen Betätigung im Einzelfall abhängig zu machen. Das widerstrebe dem grundsätzlichen Anliegen der Statusklärung. Die Statusklarheit sei sowohl aus der Sicht der Kunden als auch besonders aus der Sicht des Versicherungsmaklers von elementarer Bedeutung, weil daran unterschiedliche Pflichten geknüpft werden²⁷⁸.

²⁷⁷Status und Pflichten der Versicherungsvertreter, insbesondere des Versicherungsmaklers, vor dem Hintergrund der Reformarbeiten, ZfV 1998, 419 (421).

²⁷⁸A.a.O., S. 424.

Die gültige Maxime lautet also: klare Trennung der Vermittlertypen mit dauerhaftem Vermittlerstatus und der Konsequenz einer von vornherein eindeutig erkennbaren Zuordnung der Einstandspflichten im Falle von Fehlleistungen des Vermittlers – Versicherungsvertreter (Haftung des Versicherers), Versicherungsmakler (persönliche Haftung des Maklers). Ein Statuswechsel ist nur generell mit Wirkung für die Zukunft und nur, wenn vom Vermittler selbst initiiert, zulässig (Eintragungserfordernis!²⁷⁹). Einzig anerkannte Ausnahme in diesem Szenario bleibt die Eigenhaftung des Mehrfachvertreters, der sich nach außen, wenn er dem Versicherungsinteressenten gegenübertritt, wie ein Makler geriert. Das ist eine Verhaltensweise, die trotz der Registrierungspflicht weiterhin in Rechnung gestellt werden muss. In diesem einzigen Fall bewahrt ihn die Vertretereigenschaft in Abweichung von der Regel, dass der Versicherer für ihn haftet, nicht vor der persönlichen Inanspruchnahme, wenn ihm im Rahmen seiner Tätigkeit für den Kunden schadenverursachende Fehler unterlaufen. Die Fiktion des § 59 Abs. 3 S. 2 VVG lässt indirekt den Standpunkt

²⁷⁹Vgl. insbesondere § 5 Abs. 1 VersVermV.

§ 59 Abs. 3 Satz 2 VVG Begriffsbestimmungen

Als Versicherungsmakler gilt, wer gegenüber dem Versicherungsnehmer den Anschein erweckt, er erbringe seine Leistungen als Versicherungsmakler nach Satz 1.

des Gesetzgebers erkennen, dass in diesem Fall die Eigenhaftung des Versicherungsvertreters wirksam wird.

²⁸⁰Vgl. dazu tendenziell OLG Hamm VersR 1992, 1462.

Ebenso ist es, vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus betrachtet, nicht zu billigen, den Versicherer in bestimmten Fällen für die Tätigkeit eines Versicherungsmaklers haften zu lassen, wenn dieser die von ihm auf der Grundlage des Maklervertrags geschuldete Dienstleistung fehlerhaft erstellt und bei seinem Auftraggeber einen Schaden verursacht hat.

²⁸¹Vgl. Kollhossner in Prölss/Martin, VVG, § 43 a.F., Anm. 42: Eine Vertreterhaftung kommt nur „ausnahmsweise“ zum Zuge.

Nicht nur in der Spruchpraxis einiger Gerichte ist da und dort versucht worden, das Prinzip der dauerhaften Vermittlereigenschaft und die damit verknüpften Haftungsgrundsätze zu durchbrechen²⁸⁰ und das etablierte Regel-Ausnahme-Verhältnis, wie es insbesondere vom führenden aktuellen Kommentar zum VVG²⁸¹ vertreten wird, in bestimmten Fällen zu beseitigen. In der Literatur ist in neuerer Zeit ebenfalls eine Ansicht vertreten worden, die diese Tendenz nicht nur verstärkt, sondern darüber hinausgeht, indem im Sinne einer generell gültigen Regel eine situative Beurteilung der Eigenschaft eines Vermittlers von Fall zu Fall propagiert wurde²⁸². Danach sei der Vermittler auf dem Boden der Vertragsfreiheit in seinem Verhältnis zum anderen Teil „das, was er sich verpflichtet zu sein“²⁸³. Das bedeutet im Klartext, dass

²⁸²So Deckers, Die Abgrenzung des Versicherungsvertreters vom Versicherungsmakler, Dissertation 2003, als Quintessenz seiner Untersuchung; s. dazu u.a. die Beispiele auf S. 32 ff.

²⁸³Deckers, a.a.O., S. 82.

nach dieser Ansicht der Vermittler in jedem einzelnen Fall entscheiden kann, in welcher Eigenschaft – Vertreter oder Makler – er dem Versicherungsinteressenten gegenübertritt und er seine Leistung erbringt, und weiter, wie zu folgern ist, ob das Risiko der Haftung für fehlerhaftes Handeln je nach Wahl ihn selbst oder den Versicherer treffen soll.

Diese Position und die aus ihr resultierenden Konsequenzen stoßen auf entschiedenen Widerspruch²⁸⁴. Eine Reihe von Gründen spricht gegen diese Ansicht. Sie sollen, obwohl nach der aktuellen Rechtslage weitgehend nur noch von historischem Interesse, dennoch kurz dargestellt werden:

²⁸⁴Dazu auch kritisch
Werber in der Rezension der
Monografie von Deckers in
VersR 2004, 1112.

²⁸⁵Versicherungsmakler –
Klient: Versicherungsmakler-
vertrag; Versicherungsvertre-
ter –Versicherer: Agentur- bzw.
Vertretervertrag.

²⁸⁶Vgl. Deckers,
a.a.O., S. 81.

- Das nach der herrschenden Auffassung maßgebliche Kriterium der Betrauung, das auf die Regelung in § 84 Abs. 1 HGB und, negativ ausgedrückt, auf § 93 Abs. 1 HGB zurückgeht, – der Klient betraut den Makler; der Versicherer betraut den Vertreter – ist nicht nur auslösendes Moment für die dadurch begründeten vertraglichen Beziehungen²⁸⁵, sondern legt darüber hinaus fest, in wessen Lager der Vermittler steht, wessen Interessen er vertritt, sowie, ob und wem er im Falle der Schlechtleistung zu haften hat. Das sind grundsätzliche Weichenstellungen, die von vornherein Klarheit schaffen.
- Wenn zur Stützung der These von der situativen Festlegung der Vermittlereigenschaft im Zusammenhang mit der Frage, wer eigentlich in diesem Bereich durch Gesetz und Rechtsprechung geschützt werden soll, zwischen dem allgemeinen Publikum, der Öffentlichkeit, auf der einen und dem Versicherungsnehmer auf der anderen Seite differenziert und die dieser These entgegenstehende herrschende Ansicht kritisch behandelt wird²⁸⁶, so kann man dieser Argumentation kaum etwas an Überzeugungskraft in dem gewünschten Sinne entnehmen. Dass der Schutz nur auf den Versicherungsnehmer abzielt, nicht aber auch auf das Publikum gemünzt ist, erscheint als eine willkürliche Differenzierung und ungerechtfertigte Einschränkung. Richtig ist vielmehr, dass sich Publikum oder Öffentlichkeit, Versicherungsinteressenten und Versicherungsnehmer als Schutzobjekte unter einem gemeinsamen Dach versammeln und verbraucherschützende Maßnahmen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung alle diese Adressaten erfassen und sie sich lediglich in Richtung Versicherungsnehmer kontinuierlich verdichten bzw. zunehmend konkretisieren.
- Nach der These von der situativen Beurteilung der Vermittlereigenschaft tritt der tatsächliche Status des Vermittlers zu Unrecht in den Hintergrund und wird jedenfalls für den hier erörterten Aspekt bedeutungslos. Rechtlich relevant ist danach sein Auftreten im Einzelfall, von dem die Frage abhängt, ob Makler- oder Handelsvertreterrecht gilt. Die Entscheidung darüber wäre dem erkennbar nach außen hervorgetretenen Willen des Vermittlers oder der oft strittigen Würdigung der tatsächlichen Umstände überantwortet und der darauf beruhenden Bestimmung der Vermittlereigenschaft. Das Ergebnis wären Rechtsunsicherheit, ein Anwachsen prozessualer Auseinandersetzungen und als letztendliches Resultat eine kaum noch überschaubare Kasuistik.
- Der These von der situativ orientierten Beurteilung der Vermittlereigenschaft haftet nicht nur der Makel der Instabilität und der mangelnden Klarheit an. Sie bedeutet auch eine Abkehr von der besonders in Großbritannien zu beobachtenden – und grundsätzlich auch für den deutschen Versicherungsmarkt zu befürwortenden – Entwicklung der im Interesse der Verbraucher liegenden Polarisierung von Makler und Versicherungsvertreter. Dabei bedeutet Polarisierung nicht nur Reduzierung der Vermittlervielfalt auf die

beiden Grundtypen, sondern diesem Prinzip wohnt zugleich ein Signal an das Versicherungsschutz suchende Publikum inne. Ihm soll deutlich der Vermittlertypus – als Dauereigenschaft – und die damit verknüpfte Beschaffenheit der Produktauswahl vor Augen geführt werden. Der hiermit verbundene Ausweiszwang unterstreicht die Bedeutung des tatsächlichen und dauerhaften, also nicht verhaltens- und einzelfallbezogenen Status eines Vermittlers und demonstriert zugleich die Untauglichkeit einer situativen Beurteilung dieses Kriteriums.

- Die hier exemplarisch behandelten Vermittlertypen der Versicherungsmakler und der Versicherungsvertreter haben über Jahrzehnte hinweg eigenständige und auch in der Öffentlichkeit wahrgenommene Berufsbilder entwickelt. Waren sie in der Vergangenheit eher die Hilfsorgane zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer als den Parteien des Versicherungsvertrags, sind sie im Laufe der Zeit zu wichtigen eigenständigen Dienstleistern mit markantem Profil als Berater und Unterstützer geworden, was in besonderem Maße für die Versicherungsmakler gilt.

Wenn die Vermittler daher zunehmend aus dem Schatten von Versicherer und Versicherungsnehmer herausgetreten sind, sich für ihre Dienstleistungen werbend an die Öffentlichkeit wenden sowie kontinuierlich wachsende Eigenständigkeit und Selbstbewusstsein als kompetente Finanzdienstleister erworben haben, verträgt es sich nicht, den Angehörigen dieses Berufsstandes je nach Lage der Dinge oder nach individuellen Einschätzungen den Mantel eines Versicherungsmaklers oder eines Versicherungsververtreters umzuhängen. Auch wird man vor diesem Hintergrund kaum annehmen dürfen, dass die Vermittler selbst an einem Wechselspiel dieser Art – heute Makler, morgen Vertreter – interessiert sind. Das lässt ihr Selbstverständnis nicht zu, ebenso wenig ihr profilorientiertes Auftreten in der Öffentlichkeit, und wahrscheinlich würden nur wenige Versicherungsvermittler, vornehmlich wohl aus opportunistischen Gründen, von der durch die hier erörterte These eingeräumten Wahlfreiheit Gebrauch machen wollen.

- Eine situative Festlegung der Vermittlereigenschaft läuft schließlich dem zuwider, was auf europarechtlicher Ebene als unumstößliche Entwicklung auf den Weg gebracht worden ist. Nach der Vermittlerrichtlinie vom 9.12.2002²⁸⁷, die am Ende eines länger währenden Entwicklungsprozesses steht²⁸⁸, kommt es bei dem Auftreten des Vermittlers zwar ebenfalls auf die Außenwirkung an, dies jedoch vor dem Hintergrund einer dauerhaften, weil in einem Register eingetragenen spezifischen Vermittlereigenschaft. Schutzobjekt ist der Verbraucher, der von vornherein wissen soll, ob ihm – so die Begriffsbestimmung in Art. 2 Ziff. 7. der Richtlinie – ein „vertraglich gebundener Versicherungsvermittler“ gegenübertritt oder, wie zu ergänzen ist, ein – von den Versicherern unabhängiger – Versicherungsmakler. Erwägungsgrund (18) der Richtlinie bringt diese Absicht deutlich zum Ausdruck:

„Für den Verbraucher kommt es entscheidend darauf an, zu wissen, ob er es mit einem Vermittler zu tun hat, der ihn über Produkte eines breiten Spektrums von Versicherungsunternehmen oder über Produkte einer bestimmten Anzahl von Versicherungsunternehmen berät.“

²⁸⁷Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.12.2002 über Versicherungsvermittlung, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 9/3 vom 15.1.2003; vgl. Nr. (5) in Teil 6 (DOKUMENTATION).

²⁸⁸Und als deren Ausfluss das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 22.12.2006 ergangen ist.

Zwar spricht die Richtlinie nicht ausdrücklich von Versicherungsmaklern und Versicherungsver Vertretern, sondern von Versicherungsvermittlern, vermeidet diese spezifischen Bezeichnungen jedoch nur deswegen, weil sie in ihrem Wortlaut andernfalls die unterschiedlichen Vermittlerbegriffe und -kategorien in den EU-Mitgliedsstaaten hätte berücksichtigen müssen²⁸⁹. Übersetzt auf die Vermittlersituation in Deutschland, sind, gestützt auf Erwägungsgrund (18),

²⁸⁹So für den Richtlinienvorschlag vom 20.9.2000: Abram, Der Vorschlag für eine EU-Versicherungsvermittlerrichtlinie, NVersZ 2001, 49 (52).

Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter gemeint. Aus der fehlenden ausdrücklichen Verwendung der Bezeichnungen Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter kann die These von der situativen Bestimmung der Vermittlereigenschaft daher nichts für sich herleiten. Richtig betrachtet stellt sie sich vielmehr außerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung, deren Philosophie ein einheitlicher Verbraucherschutz innerhalb der EU ist und die Verwirklichung dieser Zielsetzung im Bereich der als fachkundige Dienstleister eingeschalteten Versicherungsvermittler gerade nicht auf eine einzelfallbezogene, situative Methode anstrebt.

Durch das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 22.12.2006 hat der deutsche Gesetzgeber für die nötige Klarheit gesorgt. Die Pflicht zur Registrierung entweder als Versicherungsmakler oder als Versicherungsvertreter, wie es dem § 5 Abs. 1 VersVermV zu entnehmen ist, und die weitere Pflicht des Versicherungsvermittlers, dem Versicherungsinteressenten gemäß § 11 Abs. 1 VersVermV beim ersten Geschäftskontakt mitzuteilen, ob er ihm als Versicherungsmakler oder als Versicherungsvertreter gegenübertritt, verwirklichen schon lange erhobene Forderungen, die der Allgemeinheit und hier insbesondere den Verbrauchern zugute kommen.

i) Fazit

Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter befinden sich unter dem gemeinsamen Dach der Gruppe der Versicherungsvermittler. Unterhalb dieser Ebene gehen allerdings ihre tatsächlichen und rechtlichen Wege weit auseinander. Blickt man auf das Versicherungsvertragsverhältnis mit dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer als Partner, so sind Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler den sich gegenüberstehenden Lagern zugeordnet: Der Versicherungsvertreter ist der verlängerte Arm und der Interessenvertreter des Versicherers, während auf der anderen Seite der Versicherungsmakler als der Bundesgenosse des Versicherungsnehmers sich in dessen Lager befindet. Entsprechend sind die vertraglichen Beziehungen der Beteiligten angelegt. Der Versicherungsvertreter ist durch den Vertretervertrag an den Versicherer gebunden und auf dessen Interessen verpflichtet. Auf der gegenüberliegenden Seite knüpft der Versicherungsmaklervertrag das rechtliche Band zwischen dem Makler und dem Versicherungsnehmer, seinem Klienten. Als treuhänderähnlicher Sachwalter hat er dessen Interessen wahrzunehmen.

Unterschiedlich sind auch die Befugnisse dieser hauptsächlichen Vermittlertypen geregelt. Die Vollmacht, für den Versicherer zu handeln, ist im Falle des Versicherungsververtreters gesetzlich, und zwar in den §§ 59 ff VVG, festgelegt; dem Versicherungsmakler hingegen wird die Vollmacht von seinem Klienten rechtsgeschäftlich erteilt, der somit ihren Umfang nach seinen Vorstellungen gestalten kann.

Im Interesse des in Versicherungsangelegenheiten Rat suchenden Publikums ist Klarheit und Eindeutigkeit im Auftreten und Handeln des Vermittlers ein unabdingbares Gebot. Der Pseudomakler, der nach außen die Maklereigenschaft vorgibt, im Innenverhältnis jedoch Vertreterverträge zu Versicherern unterhält, täuscht den Verbraucher. Er hat keinen Platz in der Vermittlerschaft zu beanspruchen. Entschieden entgegentreten ist ebenfalls da und dort auftretenden Tendenzen, die den Vermittlerstatus von Fall zu Fall situativ bestimmen wollen. Der Status eines Vermittlers ist unverrückbar und keinem Rollentausch von Fall zu Fall zugänglich; anderslautende Thesen sind rechtlich nicht haltbar und irritieren darüber hinaus die Öffentlichkeit.