

Julia Corinna Cornelissen

Die gewerberechtliche Erlaubnis zur
Versicherungsvermittlung und -beratung
unter besonderer Berücksichtigung
des Polarisationsprinzips



Dr. Julia Corinna Cornelissen

Die gewerberechtliche Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung und
-beratung unter besonderer Berücksichtigung des Polarisationsprinzips

Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht Band 122

Begründet von Prof. Dr. Ernst Klingmüller

Herausgegeben von Prof. Dr. Rolf Herber, Hamburg; Prof. Dr. Christian Rolfs,
Köln; Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Bonn

Die gewerberechtliche Erlaubnis zur
Versicherungsvermittlung und -beratung
unter besonderer Berücksichtigung
des Polarisationsprinzips

Dr. Julia Corinna Cornelissen



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.

© 2016 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:

© 2016 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.

ISSN 0522-6236

ISBN 978-3-89952-926-5

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation im Sommersemester 2015 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität zu Köln angenommen. Das Manuskript wurde im April desselben Jahres abgeschlossen. Später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurde lediglich punktuell umgesetzt.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Prof. Dr. Christian Rolfs, der zu jedem Zeitpunkt Verständnis für meine Situation als berufstätige Ehefrau und Mutter hatte und der mich über den gesamten Zeitraum der Bearbeitung immer wieder motiviert und unterstützt hat. Seine Betreuung war gewiss außerordentlich. Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die freundlichen Worte im Anschluss an meine Disputation.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, der ich diese Arbeit widme.

Allen voran meinem Mann Julian und meinen Kindern Jasper und Fidelia für das aufgebrachte Verständnis. Dem durch nichts zu erschütterndem Glauben in meine Fähigkeiten und der ausgleichenden Art meines Mannes ist es zu verdanken, dass die Arbeit erfolgreich zu Ende geführt werden konnte.

Nicht weniger Dank schulde ich meinen Eltern Georgia und Horst Soemers für ihre liebevolle Unterstützung in allen Lebenslagen und die uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung.

Erkelenz, im März 2016

Julia Corinna Cornelissen LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
1 Einleitung	1
1.1 Anlass der Untersuchung.....	1
1.2 Gang der Untersuchung.....	3
2 Gewerberechtliche Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung	7
2.1 Europarechtlicher Hintergrund.....	7
2.1.1 Grundfreiheiten.....	7
2.1.1.1 Versicherungsvermittlung und Grundfreiheiten.....	8
2.1.1.2 Beschränkung.....	11
2.1.2 Richtlinie.....	12
2.1.2.1 Entstehungsgeschichte.....	12
2.1.2.2 Rechtsgrundlage.....	14
2.1.3 Versicherungsvermittler mit Sitz im EU/EWR-Ausland.....	15
2.2 Versicherungsvertrieb.....	18
2.2.1 Versicherung als Wirtschaftsgut.....	19
2.2.2 Versicherungsvermittlung und Versicherungsvertrieb ..	20
2.2.2.1 Versicherungsvermittlung.....	21
2.2.2.1.1 Vermittlerbegriff.....	21
2.2.2.1.1.1 Funktionaler Vermittlerbegriff.....	21
2.2.2.1.1.2 Abschlussorientierter Vermittlerbegriff.....	22
2.2.2.1.2 Abgrenzung.....	24
2.2.2.1.2.1 Tippgeber.....	24
2.2.2.1.2.2 Vergabe.....	27
2.2.2.1.2.3 Gruppenversicherung.....	30
2.2.2.1.2.4 Krankenkasse.....	34

2.2.2.2	Versicherungsvertrieb.....	38
2.2.2.2.1	Struktur des Versicherungsvertriebes.....	38
2.2.2.2.2	Versicherungsvermittler.....	41
2.2.2.2.2.1	Versicherungsvertreter.....	41
2.2.2.2.2.2	Versicherungsmakler.....	46
2.2.2.2.2.2.1	Maklerpflichten.....	46
2.2.2.2.2.2.2	Courtagesysteme.....	50
2.2.2.2.2.2.3	Rechtmäßigkeit der Courtagezahlung durch den Versicherer.....	59
2.3	Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung.....	65
2.3.1	Verwaltungsverfahren, Konkurrentenschutz, Aufhebung der Erlaubnis	66
2.3.1.1	Das Verwaltungsverfahren	67
2.3.1.2	Konkurrentenschutz.....	71
2.3.1.3	Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis	73
2.3.2	Inhaber der Erlaubnis.....	76
2.3.2.1	Die gewerberechtliche Erlaubnis bei der GmbH und ihren Vorstufen	77
2.3.2.1.1	Die Erlaubnis bei der GmbH	77
2.3.2.1.1.1	Rechtsfähigkeit der GmbH im Verwaltungsrecht.....	78
2.3.2.1.1.2	Personenbezogene Eigenschaften im Erlaubnisverfahren	80
2.3.2.1.1.3	Versicherungsvermittlung als gesetzlich zulässiger Zweck.....	82
2.3.2.1.2	Erlaubnis bei der Vorgründungsgesellschaft und der Vorgesellschaft.....	84
2.3.2.1.2.1	Vorgründungsgesellschaft.....	84
2.3.2.1.2.2	Vorgesellschaft.....	86
2.3.2.2	Die gewerberechtliche Erlaubnis bei der OHG	89

2.3.2.2.1	OHG als juristische Person	89
2.3.2.2.2	OHG als Gesamthandsgesellschaft.....	93
2.3.2.2.2.1	Traditionelle Rechtsauffassung.....	93
2.3.2.2.2.2	Die Gruppenlehre.....	97
2.3.2.2.2.3	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.....	99
2.3.2.2.2.4	Rechtsanwendungskonsequenz	102
2.3.2.2.2.4.1	Sachverhalt.....	102
2.3.2.2.2.4.2	Rechtliche Wertung	102
2.3.2.2.2.5	Stellungnahme	104
2.3.2.2.3	OHG als Erlaubnisinhaberin.....	107
2.3.2.2.3.1	Meinungsstand.....	107
2.3.2.2.3.2	Stellungnahme	109
2.3.2.2.3.3	Ergebnis	117
2.3.2.3	Die Erlaubnis bei der KG.....	119
2.4	Tätigkeit als Versicherungsvertreter und als Versicherungsmakler.....	120
2.4.1	Das in § 34d Abs. 1 GewO enthaltene Polarisationsprinzip.....	121
2.4.1.1	Die frühere Rechtslage und die Neuregelung der Rechtsstellung des Pseudomaklers	121
2.4.1.1.1	Gewerberecht.....	121
2.4.1.1.2	Zivilrecht.....	122
2.4.1.1.2.1	Interessenkollision.....	122
2.4.1.1.2.2	Pseudomakler	123
2.4.1.1.2.2.1	Sachverhalt.....	127
2.4.1.1.2.2.2	Rechtliche Wertung	128
2.4.1.2	Polarisationsprinzip	129
2.4.1.2.1	Prinzip	129

2.4.1.2.2	Ausnahmen	130
2.4.2	Das Polarisationsprinzip bei der Versicherungs- vermittlung durch eine GmbH	132
2.4.2.1	Kriterium des „bestimmenden Einflusses“	133
2.4.2.1.1	Grundlage.....	133
2.4.2.1.2	Erweitertes Stimmverbot.....	134
2.4.2.1.3	Einfluss als Rechtsprinzip	137
2.4.2.2	Reichweite des Polarisationsprinzips	138
2.4.2.2.1	Geltung des Polarisationsprinzips für den Gesellschafter einer GmbH.....	138
2.4.2.2.1.1	Einfluss durch Stimmenmehrheit	138
2.4.2.2.1.1.1	Geschäftsanteil	138
2.4.2.2.1.1.2	Stimmbindungsvertrag.....	139
2.4.2.2.1.1.3	Stimmrechtvollmacht.....	143
2.4.2.2.1.2	Einfluss in sonstiger Weise	146
2.4.2.2.2	Geltung des Polarisationsprinzips für Nichtgesellschafter	149
2.4.2.2.2.1	Selbstständiger Stimmbindungsvertrag ..	149
2.4.2.2.2.2	Stimmrechte in Verbindung mit der Begründung von Rechten Dritter	153
2.4.2.2.2.2.1	Nießbrauch	153
2.4.2.2.2.2.2	Verpfändung	157
2.4.2.2.2.2.3	Treuhand.....	159
2.4.2.2.2.3	Fremdgeschäftsführer.....	162
2.4.2.2.3	Tochtergesellschaft einer GmbH.....	164
2.4.2.3	Wettbewerbsverbot und Polarisationsprinzip	169
2.4.2.3.1	Wettbewerbsverbot	169
2.4.2.3.2	Wettbewerbsverbot/Polarisierungsgebot	171
2.4.3	Die Geltung des Polarisationsprinzips bei der OHG	172

2.4.3.1	Geltung des Polarisationsprinzips für den Gesellschafter der OHG	172
2.4.3.1.1	Einzelgeschäftsführung	172
2.4.3.1.2	Ressortgeschäftsführung	176
2.4.3.1.3	Geschäftsführung durch einen Gesellschafter	177
2.4.3.1.4	Fremdgeschäftsführung	178
2.4.3.1.5	Geschäftsführer mit Mehrheitsbeteiligung	180
2.4.3.1.5.1	Mehrheit	180
2.4.3.1.5.2	Minderheitenschutz	182
2.4.3.1.5.3	Bestimmender Einfluss	184
2.4.3.2	Geltung des Polarisationsprinzip für Dritte	185
2.4.4	Polarisationsgebot bei der KG	187
2.4.4.1	Komplementär	187
2.4.4.2	Kommanditist	190
2.4.4.2.1	Ohne Geschäftsführungsbefugnis	190
2.4.4.2.2	Alleingeschäftsführender Kommanditist.....	191
2.4.4.2.3	Kommanditist in der GmbH & Co. KG.....	194
2.5	Verfassungsrechtliche Beurteilung	196
2.5.1	Der verfassungsrechtliche Beurteilungsmaßstab	197
2.5.1.1	Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG als einheitliches Grundrecht.....	197
2.5.1.2	Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG	200
2.5.1.2.1	Sachlicher Schutzbereich.....	200
2.5.1.2.2	Persönlicher Schutzbereich	202
2.5.1.3	Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG	205
2.5.1.4	Eingriffsrechtfertigung.....	207

2.5.1.4.1	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	207
2.5.1.4.2	Stellungnahme	211
2.5.2	Anwendung des verfassungsrechtlichen Beurteilungsmaßstabes	212
2.5.2.1	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsprinzip	213
2.5.2.2	Die einzelnen Prüfungsstufen	214
2.5.2.2.1	Legitimer Zweck	214
2.5.2.2.2	Geeignetheit der gesetzlichen Regelung	216
2.5.2.2.3	Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung ...	217
2.5.2.2.4	Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).....	218
2.5.2.2.4.1	Proportionalität	218
2.5.2.2.4.2	Abwägung	219
2.5.2.2.4.2.1	Verbraucher (§ 13 BGB)	219
2.5.2.2.4.2.2	Unternehmer	221
2.5.3	Verfassungsrechtliche Konsequenz.....	223
2.5.3.1	Verfassungskonforme Auslegung.....	223
2.5.3.2	Teilnichtigkeit ohne Normtextreduzierung	224
2.6	Versagungstatbestände gemäß § 34d Abs. 2 GewO.....	225
2.6.1	Unzuverlässigkeit.....	226
2.6.2	Ungeordnete Vermögensverhältnisse.....	228
2.6.3	Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung.....	231
2.6.4	Fehlende Sachkunde	232
2.7	Befreiung und Ausnahme von der Erlaubnispflicht gem. § 34d Abs. 3 und Abs. 4 GewO	234
2.7.1	Produktakzessorischer Vermittler	234
2.7.2	Gebundener Vermittler gemäß § 34d Abs. 4 GewO ...	239

2.7.2.1	Die unmittelbare Anwendung von § 34d Abs. 4 GewO	240
2.7.2.1.1	Ausschließlichkeitsvertreter	240
2.7.2.1.2	Unechter Mehrfirmenvertreter	241
2.7.2.1.2.1	Haftungsübernahme.....	241
2.7.2.1.2.2	Konkurrenz der Versicherungsprodukte..	243
2.7.2.1.2.2.1	Konkurrenz	243
2.7.2.1.2.2.2	Konkurrenzprodukte im Konzern	245
2.7.2.2	Anwendbarkeit von § 34d Abs. 4 GewO bei der „Ventilvermittlung“	248
2.7.2.2.1	Wirtschaftlicher Hintergrund.....	248
2.7.2.2.2	Zulässigkeit der Ventillösung.....	249
2.7.2.2.2.1	Auslegung	249
2.7.2.2.2.1.1	Meinungsstand	249
2.7.2.2.2.1.2	Wortlaut als Auslegungsgrenze	252
2.7.2.2.2.2	Rechtsfortbildung (planwidrige Lücke)....	254
3	Rechtsberatung.....	261
3.1	Einführung.....	261
3.2	Rechtsberatung	262
3.2.1	Versicherungsberater.....	262
3.2.1.1	Berufsbild.....	263
3.2.1.2	Rechtsberatung	264
3.2.1.3	Rechtsanwalt und Versicherungsberater.....	268
3.2.2	Rechtsberatung durch den Versicherungsmakler.....	270
3.2.2.1	Rechtsberatung auf der Grundlage von § 34d Abs. 1 S. 4 GewO	271
3.2.2.1.1	Fremde Rechtsangelegenheit	271
3.2.2.1.2	Beratungsumfang	273

3.2.2.1.3	Honorarpflichtige Beratung und Versicherungsvermittlung	275
3.2.2.2	Rechtsberatung auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 RDG	277
3.2.2.2.1	Rechtsberatung als Nebenleistung zur Maklertätigkeit	277
3.2.2.2.1.1	Ausschluss von § 5 RDG durch § 34d Abs. 1 S. 4 GewO	277
3.2.2.2.1.2	Nebenleistung	278
3.2.2.2.2	Honorarvereinbarung für die als Neben- leistung zu erbringende Rechtsberatung	280
3.2.3	Rechtsberatung durch den Versicherungsvertreter	282
4	Folgen eines Rechtsverstoßes	285
4.1	Unerlaubte Versicherungsvermittlung	285
4.1.1	Gewerberecht	285
4.1.1.1	Abgrenzung Schließungsverfügung/Untersagungsverfügung ..	285
4.1.1.2	Schließungsverfügung	287
4.2	Gewerbeuntersagung	289
4.2.1	Zivilrecht	290
4.2.1.1	Unerlaubte Maklertätigkeit	291
4.2.1.2	Unerlaubte Vertretertätigkeit	293
4.2.2	Wettbewerbsverstoß	294
4.3	Unzulässige Rechtsdienstleistungen	298
5	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	301
6	Literaturverzeichnis	305

1 Einleitung

1.1 Anlass der Untersuchung

Der Bundesgesetzgeber hat auf der Grundlage europarechtlicher Vorgaben im Jahr 2007¹ nicht nur das aus dem Jahr 1908² stammende Versicherungsvertragsrecht grundlegend reformiert, sondern auch mit dem Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts³ erstmals durch § 34d GewO für den Versicherungsvertreter und den Versicherungsmakler eine gewerberechtliche Erlaubnispflicht zur Berufsausübung eingeführt. Nach bisherigem Recht konnte auf einem der großen Versicherungsmärkte der Europäischen Union als Versicherungsvermittler beruflich tätig sein, wer nach § 14 GewO diese Absicht der zuständigen Stelle angezeigt hatte.⁴ Der Versicherungsberater benötigte eine Genehmigung nach dem Rechtsberatungsgesetz.⁵ Ziel der gesetzgeberischen Aktivitäten war es zum einen, die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für die Versicherungsvermittler im Bereich der Europäischen Union zu stärken und zum anderen, die Verbesserung des Verbraucherschutzes zu fördern. Die Europäische Kommission sah die Verbesserung der Kontrolle der Versicherungsvermittler insbesondere auch deshalb für erforderlich an, weil durch die dritte Richtliniengeneration die präventive Genehmigung der Versicherungsprodukte entfallen war.⁶ Der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Versicherungsvermittlungsrichtlinie⁷ darauf verzichtet, ein eigenständiges Gesetz zu erlassen und den Weg gewählt, die Gewerbeordnung in den §§34d, 34e GewO um entsprechende Erlaubnistatbestände zu erweitern. Dabei konnte er auf klassische Modelle für gewerberechtliche Genehmigungsverfahren und weitgehend geklärte gewerbe-

¹ Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechtes vom 23.11.2007, BGBl. I S. 2631.

² Versicherungsvertragsgesetz vom 30.5.1908, RGBl. I S. 263.

³ Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 19.12.2006, BGBl. I S. 3232.

⁴ Mönnich, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Hdb, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 89.

⁵ Gesetz vom 10.7.1958, BGBl. I S. 437.

⁶ Art. 6 Dritte Schadens-RL (92/49/EWG), ABl. EG L 228/1 vom 11.8.1992; Art. 6 Abs. 5 Dritte Lebens-RL (92/96/EWG), ABl. EG L 360/1 ff. vom 9.12.1992.

⁷ Richtlinie 2002/92/EG vom 9.12.2002, ABl. EG L 9 S. 3 vom 15.1.2003.

rechtliche Rechtsbegriffe zurückgreifen. Die in die Gewerbeordnung aufgenommene Erlaubnispflicht wird durch die komplementäre Vorschrift des § 80 VAG⁸ abgesichert, wonach die Versicherungsunternehmen verpflichtet sind, nur mit solchen Vermittlern zusammenzuarbeiten, denen eine gewerberechtliche Erlaubnis erteilt wurde oder die insoweit freigestellt sind.

Die praktischen Auswirkungen der Erlaubnispflicht zeigen sich, wenn man berücksichtigt, dass die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren⁹ davon ausging, die Umsetzung der EU-Richtlinie betreffe etwa eine halbe Million Versicherungsvermittler, von denen etwa 400 000 Versicherungsvertreter an ein Unternehmen gebunden sein sollten. Im Oktober 2009 waren im bundesweit geführten Zentralregister der Deutschen Industrie- und Handelskammer 250.823 Versicherungsvermittler registriert; an ein Versicherungsunternehmen gebunden waren davon 172.997 Versicherungsvermittler. Die Zahl der Versicherungsvertreter mit Erlaubnis betrug 33.570 und die der eingetragenen Versicherungsmakler belief sich auf 41.289 Personen.¹⁰ Im Mittelpunkt der Arbeit und des Erkenntnisinteresses steht das in § 34d Abs. 1 GewO normierte Polarisierungsprinzip mit seiner klaren Trennung zwischen einem Versicherungsvertreter und einem Versicherungsmakler sowie die dadurch für die Kunden angestrebte Transparenz der Rechtsverhältnisse. Die Relevanz des Prinzips für das Erlaubnisverfahren gibt vorrangig Veranlassung zur Beantwortung der Frage, wem die Erlaubnis zu erteilen ist. Während hier die Rechtslage bei der natürlichen Person und der GmbH weitgehend unproblematisch ist, kann dies für die OHG und die KG nicht festgestellt werden.¹¹ Die moderne zivilrechtliche Rechtsprechung bejaht zwar in Übereinstimmung mit der wissenschaftlichen Literatur die Rechtsfähigkeit der Personenhandelsge-

⁸ Versicherungsaufsichtsgesetz vom 29.3.1983, BGBl. I S. 377 in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.12.1992, BGBl. I S. 2.

⁹ BT-Drucks. 16/1935, S. 13.

¹⁰ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, 66. Aufl. 2014, § 34d Rn. 7.

¹¹ Die Rechtslagen bei der BGB-Gesellschaft und den anderen Gesellschaftsformen sind nicht Gegenstand der Arbeit.

sellschaften,¹² doch ist die Frage, wann die Gesellschaft und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter Zuordnungsobjekt öffentlich-rechtlicher, personenbezogener Rechte sind, nicht mit der gleichen Eindeutigkeit wie bei der GmbH als juristischer Person zu beantworten. Von der hier festzustellenden Rechtslage hängt es dann ab, wer von dem in § 34d Abs. 1 GewO enthaltenen Polarisierungsprinzip betroffen ist. Die Frage der Reichweite der angeordneten Polarisierung stellt sich insbesondere, wenn ein Stimmbindungsvertrag abgeschlossen wurde oder bei der Belastung von gesellschaftsrechtlichen Rechtspositionen zugunsten von Nichtgesellschaftern.

1.2 Gang der Untersuchung

Nachstehend soll der Gang der Untersuchung in seinen wesentlichen Schritten skizziert werden. Der erste Teil der Arbeit beschäftigt sich zunächst mit dem europarechtlichen Hintergrund der gewerberechtlichen Neuregelungen sowie mit dem Versicherungsvertrieb und der Abgrenzung der erlaubnispflichtigen Versicherungsvermittlung von anderen Formen der Förderung des Vertragsabschlusses. Das in § 34d Abs. 1 GewO enthaltene Polarisierungsprinzip, welches es ausschließt, dass jemand die Erlaubnis sowohl für die Versicherungsvertretung als auch für die Maklertätigkeit erhält, steht im Zentrum des ersten Teils der Untersuchung. Da die Anwendung des Prinzips zunächst die Klärung der Frage erfordert, wem bei einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft die Erlaubnis zu erteilen ist, zwingt dies dazu, sich mit gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen auseinanderzusetzen und die Rechtsnatur der Gesellschaftsformen sowie das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft zu bestimmen. Auf der Grundlage der dabei gewonnenen Erkenntnisse wird dann der Frage nachgegangen, inwieweit die Polarisierungswirkung bei der Beteiligung von Gesell-

¹² BGHZ 146, 341 (347); die Entscheidung wird von H. P. Westermann als „Paukenschlag“ bezeichnet (H. P. Westermann, in: Erman, BGB, Bd. I, 14. Aufl. 2014, Vor § 705 Rn. 17; NZG 2001, 289 (290)).

schaften reicht und ob es vor dem Hintergrund der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, trotz weitgehender Informations- und Beratungspflichten das Polarisierungsgebot ausnahmslos auch auf die Versicherungsvermittlung an Unternehmer zu erstrecken.

Die Gewerbeordnung enthält in ihrem § 34 Abs. 4 eine Regelung, nach der ein gebundener Vermittler als Ausschließlichkeitsvertreter unter gewissen Voraussetzungen von der Erlaubnispflicht befreit ist. Problematisch ist, ob dieser nach Inkrafttreten von § 34d GewO die Privilegierung noch in Anspruch nehmen kann, wenn er Produkte anderer Versicherungsunternehmen mit Zustimmung des Versicherungsunternehmens, an das er vertraglich gebunden ist, anbietet (sog. Ventilklausel). Der Wortlaut des Gesetzes dürfte dem entgegenstehen, sodass zu untersuchen ist, ob hier eine Lücke vorliegt und ob diese durch Zulassung einer „Ventilvermittlung“ geschlossen werden kann. Bejaht man die Zulässigkeit der sog. Ventillösung, so stellt sich weiter das Problem der Haftung des Versicherungsunternehmens, wenn der für ein anderes Versicherungsunternehmen tätige Versicherungsvertreter für dieses den Abschluss eines Versicherungsvertrages vermittelt und dabei eine Pflichtverletzung begeht.

Im Mittelpunkt des zweiten Teils der Arbeit steht die Rechtsberatung durch den Versicherungsberater und die in § 34d Abs. 1 S. 4 GewO enthaltene Regelung, die es dem Versicherungsmakler ermöglicht, eine Rechtsberatung in Versicherungsangelegenheiten für Unternehmen vorzunehmen. Hier gilt es zum einen, die Grenze der zulässigen Rechtsberatung zu bestimmen und zum anderen der Frage nachzugehen, wie sich dieses Recht zur Annexberatung durch den Versicherungsmakler verhält.

Den Abschluss der Arbeit bildet dann der dritte Teil, in dem die Frage beantwortet wird, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn ein Vermittler ohne die Erlaubnis der Industrie- und Handelskammer als Versicherungsvermittler beruflich tätig ist oder die durch die Erlaubnis gezogenen Grenzen überschreitet. Untersucht wird weiter, wel-

che Auswirkungen ein Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz hat. Von besonderem Interesse sind hierbei die Auswirkung der Rechtsverletzung auf den vermittelten Versicherungsvertrag und der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch eines Mitbewerbers.

2 Gewerberechtliche Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung

2.1 Europarechtlicher Hintergrund

Das im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft niedergelegte primäre Gemeinschaftsrecht gewährt den Organen der Gemeinschaft nach dem in Art. 5 Abs. 1 EGV (Art. 5 EUV)¹³ verankerten Prinzip der begrenzten Ermächtigung und unter Wahrung des in Art. 5 Abs. 2 EGV (Art. 5 EUV) enthaltenen Subsidiaritätsprinzips die Befugnis, als sekundäres Recht Richtlinien zu erlassen, die zur Verwirklichung des vertraglich vorgegebenen Ziels der Errichtung des Binnenmarktes dienen. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen, von denen der nationale Gesetzgeber die Erteilung der Erlaubnis nach § 34d GewO abhängig gemacht hat, beruhen auf den Zielsetzungen der die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit stärkenden Richtlinie über die Versicherungsvermittlung. Das Verständnis der nationalen Vorschriften, insbesondere von § 34d Abs. 5, 11 GewO, erschließt sich erst vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte und der Kenntnis des mit der Gesetzgebung verfolgten rechtspolitischen Ziels.

2.1.1 Grundfreiheiten

Die europarechtlich verbürgten Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ermöglichen die nationale Grenzen überschreitende Versicherungsvermittlung bei Respektierung der materiellrechtlichen Vorgaben der Vermittlerrichtlinie.

¹³ Nachstehend wird die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie geltende Rechtslage wiedergegeben, vgl. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EWG-Vertrag) aus dem Jahre 1957 mit der im Jahre 1992 im Maastrichtvertrag erfolgten Umbenennung in EG-Vertrag in der Fassung des Vertrages von Amsterdam aus dem Jahre 1999. Der Vertrag ist durch Art. 2 des Vertrages von Lissabon mit Wirkung zum 1. Dezember 2009 in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union umbenannt worden.

2.1.1.1 Versicherungsvermittlung und Grundfreiheiten

In der Europäischen Union genießen die Versicherungsvermittler den Schutz der Grundfreiheiten. Dabei handelt es sich um auf den Binnenmarkt bezogene Marktfreiheiten, die sicherstellen sollen, dass Hemmnisse, welche die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes beeinträchtigen, beseitigt werden. Als Ordnungsinstrumente des Binnenmarktes haben sie, anders als die gegen die staatliche Hoheitsgewalt gerichteten Grundrechte der Verfassung, eine primär wirtschaftlich geprägte Zielsetzung.¹⁴ Sie gewähren aber darüber hinaus als subjektiv öffentlich-rechtliche Individualrechte¹⁵ den Bürgern auch unmittelbaren Schutz vor staatlichen Übergriffen und begründen nach der Rechtsprechung des EuGH in Einzelfällen auch eine Drittwirkung gegenüber Privaten.¹⁶ Dabei sind den natürlichen Personen gemäß Art. 48 Abs. 1 EGV (Art. 54 AEUV) die juristischen Personen gleichgestellt. Der Begriff der juristischen Person ist europarechtlich auszulegen und erfasst sämtliche Personen des Privatrechts. Darauf, ob das Recht des Staates die Gesellschaft als juristische Person verfasst hat, kommt es nicht an.¹⁷

Art. 43 EGV (Art. 49 AEUV) garantiert als Grundfreiheit die Niederlassungsfreiheit. Diese gewährleistet aus einer spezifisch ökonomischen Sicht in gleicher Weise wie die in Art. 49 EGV (Art. 56 AEUV) geregelte Dienstleistungsfreiheit als Marktfreiheit die optimale Allokation von wirtschaftlichen Ressourcen.¹⁸ Der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit gilt für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten sowie für juristische Personen aus diesen Staaten. Geschützt sind die Aufnahme und die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als dem Heimatstaat. Der EuGH versteht unter Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrich-

¹⁴ Hobe, Europarecht, 8. Aufl. 2014, § 13 Rn. 615.

¹⁵ Seit EuGH Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 st. Rspr.

¹⁶ EuGH Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921 Rn. 83 f.; Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. I, 2. Aufl. 2012, Rn. 462; Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 15 Rn. 11 ff.

¹⁷ Classen, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 26 Rn. 14.

¹⁸ Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2.

tung auf unbestimmte Zeit.¹⁹ Dem weit auszulegenden Begriff wird schon entsprochen, wenn ein Gemeinschaftsangehöriger in stabiler und dauerhafter Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates als dem des Herkunftstaates teilnimmt und daraus Nutzen ziehen möchte.²⁰ Die Grundfreiheit sichert sowohl die Verlegung des tatsächlichen Unternehmenssitzes in einen anderen Mitgliedstaat als auch die Gründung einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft.²¹ Die Niederlassungsfreiheit hat für den Bereich der Versicherungswirtschaft zur Konsequenz, dass bei der nationalen Zulassung eines grenzüberschreitenden, im Versicherungsvertrieb tätigen EU-Versicherers keine strengeren Anforderungen als bei einem ausschließlich in einem Mitgliedstaat tätigen Unternehmen gestellt werden dürfen.

Die Dienstleistungsfreiheit ergänzt die Niederlassungsfreiheit für natürliche und juristische Personen, indem sie grenzüberschreitende, erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten ohne Wohnsitzverlagerung gestattet. Ebenso wie die Niederlassungsfreiheit ist auch die subsidiär geltende Dienstleistungsfreiheit auf die Situation von Selbstständigen ausgerichtet und unterscheidet sich von der Niederlassungsfreiheit insbesondere dadurch, dass sie nur für die vorübergehende Leistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat von Bedeutung ist und bei einer aktiven Dienstleistung keine Eingliederung in die fremde Rechts- und Wirtschaftsordnung stattfindet.²² Auch diese Grundfreiheit hat die Herstellung des Binnenmarktes durch Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern zum Ziel und entfaltet ihre europarechtliche Bedeutung durch die Angleichung der nationalen Voraussetzungen zur Ausübung selbstständiger Tätigkeiten, wie etwa die Anpassung formaler Qualifikationen. Der EuGH hat bereits im Jahre 1986 in seinem sogenannten „Versicherungsurteil“ ausdrücklich festgestellt, dass der Vertrieb von Versicherungsprodukten durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt wird.²³ Hieraus ergibt

¹⁹ EuGH Rs. C-213/89 (Factortame I), Slg. 1991, I-2433.

²⁰ EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165.

²¹ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 49 AEUV Rn. 9.

²² Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 56 AEUV.

²³ EuGH Rs. 205/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1986, I-3755.

sich für den Versicherer das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat ohne Unterhaltung einer Niederlassung Versicherungsgeschäfte zu betreiben.

Problematisch ist die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit bei der grenzüberschreitenden Tätigkeit eines Versicherers, wenn dieser formell keine Niederlassung im Ausland errichtet. Zwar ist die über die Grenze des eigenen Staates hinausgehende Versicherungstätigkeit sowohl durch die Niederlassungs- als auch durch die Dienstleistungsfreiheit gewährleistet, doch sind die aufsichtsrechtlichen Bewertungen in beiden Fällen durchaus unterschiedlich. Wird die Abgrenzung nicht beachtet und in Deutschland die Geschäftstätigkeit formell als Dienstleistung aufgenommen, obwohl es sich um eine Niederlassung handelt, so ist dieses Verhalten gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 2 VAG strafbar. Auch steuerrechtlich ist die Unterscheidung von Bedeutung, da gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG der Unternehmer einer beschränkten Steuerpflicht unterliegt, wenn er in Deutschland eine Zweigniederlassung als Betriebsstätte im Sinne von § 12 AO unterhält.²⁴ Der EuGH nimmt die notwendige Abgrenzung danach vor, ob das Versicherungsgeschäft von einer ständig mit der Abwicklung von Versicherungsgeschäften beauftragten und zu selbstständigem Handeln berechtigten Person geschäftsmäßig betrieben wird.²⁵ Erbringt der Versicherer von vornherein seine Leistung in einem anderen Mitgliedstaat, so ist die Geschäftstätigkeit nach der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen.

Der 6. Erwägungsgrund der Versicherungsvermittlerrichtlinie stellt den Bezug zur Niederlassungsfreiheit und zum Recht des freien Dienstleistungsverkehrs her. Versicherungsvermittler sollen in der Lage sein, die Rechte der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstverkehrs in Anspruch zu nehmen. Hier wird das primäre Ziel der Richtlinie festgelegt, das sich auch deutlich aus dem 8. Erwägungsgrund ergibt. Danach soll über eine Koordinierung der berufli-

²⁴ Loacker, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 2. Aufl. 2011, Vorb. C Rn. 12; Mönnich, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Hdb, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 115.

²⁵ EuGH Rs. C-205/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1986, I-3755.

chen Anforderungen an die Versicherungsvermittler und deren Eintragung in ein Register sowohl zur Vollendung des Binnenmarktes für Finanzleistungen als auch zur Verbesserung des Verbraucherschutzes beigetragen werden.

2.1.1.2 Beschränkung

Der EuGH bejaht nach der heute noch relevanten Dassonville-Formel einen Eingriff in den Schutzbereich dieser Grundfreiheiten bei jeder nationalen Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potenziell zu behindern.²⁶ In seiner weiteren Rechtsprechung hat das Gericht diese weitgehende Formel teilweise relativiert,²⁷ ohne aber die Kernaussage in Frage zu stellen.²⁸ Der Europäische Gerichtshof hat die als Diskriminierungsverbote konstituierten Grundfreiheiten der Niederlassung²⁹ und der Dienstleistung³⁰ in seiner Rechtsprechung zu einem die Diskriminierungen einschließenden allgemeinen Beschränkungsverbot weiterentwickelt.³¹ Das sich unmittelbar aus Art. 12 EGV (Art. 18 AEUV) ergebende und neben den speziellen Diskriminierungsverboten geltende³² allgemeine Diskriminierungsverbot verbietet ausschließlich die Schlechterstellung von Ausländern gegenüber Inländern. Demgegenüber sichert das Beschränkungsverbot, dass sich auch Vorschriften, die unterschiedslos auf Inländer und Ausländer anzuwenden sind, am Maßstab der Verhältnismäßigkeit auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht beurteilen lassen müssen und, sofern sie eine beschränkende Wirkung entfalten, einer Rechtfertigung bedürfen.³³ Insoweit sind auch alle versteckten Diskriminierungsformen, die an Stelle der Staats-

²⁶ EuGH Rs. C-8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837.

²⁷ EuGH Rs. C-267/91 (Keck), Slg. 1993, I-6097.

²⁸ Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. I, 2. Aufl. 2012, Rn. 429 f.

²⁹ EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165.

³⁰ EuGH Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221.

³¹ Loacker, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 2. Aufl. 2011, Vorb. C Rn. 10; Streinz, Europarecht, § 12 Rn. 21.

³² EuGH Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911.

³³ Streinz, § 12 Nr. 797 (sog. vierstufiger Rechtfertigungsstandard des EuGH).

angehörigkeit an andere Unterscheidungsmerkmale anknüpfen, jedoch zu dem gleichen unerwünschten Ergebnis führen, erfasst.³⁴ Den Eingriff in eine Grundfreiheit rechtfertigen dabei alle zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls.³⁵ Hierzu zählen beispielsweise auch die in der Richtlinie zum Schutz der Kunden vorgesehene Registrierung der Versicherungsvermittler sowie ganz allgemein der Schutz des Versicherungsnehmers.³⁶

2.1.2 Richtlinie

Nachstehend werden nach einem Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie und ihre Umsetzung in nationales Recht die europarechtliche Rechtsgrundlage dargestellt sowie der Ausnahmetatbestand des § 34d Abs. 5, 11 GewO für Versicherungsvermittler mit Sitz im EU/EWR-Ausland behandelt. Für ausländische Versicherungsvermittler gilt danach nicht das deutsche Recht, sondern das ihres Heimatlandes.

2.1.2.1 Entstehungsgeschichte

Der Europäischen Gemeinschaft wurde in den Art. 3 lit. c, 52, 59, 57 Abs. 2 und 66 EWGV die Verpflichtung auferlegt, zur Herstellung des Europäischen Binnenmarktes die für die Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bestehenden Beschränkungen zu beseitigen. Im Bereich der Versicherungswirtschaft ist die Erreichung dieses Ziels auf besondere Schwierigkeiten gestoßen, da die unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen und die Besonderheiten des Rechtsproduktes „Versicherung“ die Harmonisierungsaktivitäten erschwerten.³⁷

³⁴ EuGH Rs C-3/88 (Kommission/Italienische Republik) = NVwZ 1991, 356 (357).

³⁵ EuGH Rs C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663.

³⁶ EuGH Rs. C-205/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1986, I-3755.

³⁷ Roth, NJW 1993, 3028 (3029); ders., RabelsZ 1990, 63 (69 f.).

Erst im Jahre 1976 wurde eine Richtlinie in Kraft gesetzt, die den Versicherungsagenten und den Versicherungsmaklern die Ausübung der sich für sie aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergebenden Rechte erleichtern sollte.³⁸ Sie war, da die Versicherungsvermittler vom Regelungsgehalt der anderen Versicherungsrichtlinien nicht erfasst wurden, die erste Richtlinie, die sich mit der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Qualifikationen für die Versicherungsvermittlung befasste. Diese Richtlinie wurde im Jahre 1991 durch eine rechtlich unverbindliche Empfehlung der Kommission ergänzt, mit der diese das Ziel verfolgte, die Mitgliedstaaten zu einer Angleichung ihrer Vorschriften über die Berufsanforderungen für das grenzüberschreitende Geschäft der Versicherungsvermittlung zu veranlassen.³⁹ Die Empfehlung forderte unter anderem die Offenlegung bestehender Bindungen des Versicherungsvermittlers gegenüber dem Kunden sowie in Art. 3 die Beachtung des Prinzips der Polarisierung. Deutschland hat hierauf nicht durch staatliches Handeln reagiert, sondern es der Versicherungswirtschaft überlassen, auf freiwilliger Basis der Empfehlung nachzukommen. Während die erste Richtlinie primär zum Ziel hatte, den gegenseitigen Zugang zum Europäischen Markt zu erleichtern, bezweckte die Empfehlung auch den Schutz der Versicherungsnehmer. Die Mitgliedstaaten wurden angehalten, Vorschriften über die Registrierung und Berufszulassung der Versicherungsvermittler zu erlassen und dabei zwischen abhängigen Versicherungsvertretern und unabhängigen Versicherungsmaklern zu differenzieren. Die Empfehlung sah weiterhin vor, die Versicherungsvermittler zu verpflichten, ihre Kunden über bestehende Abhängigkeiten zu informieren.

Die Kommission legte sodann im Jahre 1999 einen Entwurf vor, der die Richtlinie 77/92/EWG aus dem Jahre 1976 ablösen sollte und der nach mehrjähriger Beratung sowie unter Berücksichtigung einer Vielzahl deutscher Änderungswünsche am 15.1.2003 in Kraft trat.

³⁸ Richtlinie 77/92/EWG vom 13.12.1976, ABi. L 26 vom 31.1.1977.

³⁹ Empfehlung 92/48/EWG über Versicherungsvermittler vom 18.12.1991, ABi. L 19 vom 28.1.1992, S. 32.

Die Richtlinie sieht entsprechend den bereits nach anderen Richtlinien praktizierten Verfahren eine Registrierungspflicht des Versicherungsvermittlers vor und macht die Aufnahme in das staatliche Register vom Nachweis der Sachkompetenz und dem Kundenschutz durch den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung abhängig. Der Verpflichtung, die Richtlinie innerhalb einer Frist von zwei Jahren in nationales Recht überzuleiten, kam Deutschland jedoch nicht nach, sodass sich die Kommission veranlasst sah, auf der Grundlage von Art. 226 EGV (Art. 258 AEUV) ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, das sich erledigte, als die Bundesrepublik durch den Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechtes vom 19.12.2006 ihrer Verpflichtung entsprach. Die Bundesregierung hatte sich zunächst in Hinblick auf die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit daran gehindert gesehen, das Verfahren zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht einzuleiten. Das Gesetz trat dann mit Wirkung zum 22.5.2007 gleichzeitig mit der Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung mit einer Verspätung von mehr als drei Jahren in Kraft. Es begründet insbesondere die Erlaubnispflichten zur Versicherungsvermittlung in § 34d GewO sowie zur Versicherungsberatung in § 34e GewO.

2.1.2.2 Rechtsgrundlage

Das im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft in Art 14 Abs. 2 EGV (Art. 26 AEUV) festgeschriebene Binnenmarktkonzept bildet die Grundlage aller binnenmarktrechtlichen Grundfreiheiten in der Europäischen Union. Die zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen erforderliche Umsetzung der Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechtes in die sekundärrechtliche, gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV (Art. 288 AEUV) für alle Mitgliedstaaten verbindliche Versicherungsvermittlungsrichtlinie bedurfte einer Rechtsgrundlage, die sich ausweislich der Präambel aus dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und insbesondere den Art. 47 Abs. 2, 55 EGV (Art. 53, 62 AEUV) ergab.

Der zum Kapitel über die Niederlassungsfreiheit gehörende Art. 47 Abs. 2 EGV (Art. 53 AEUV) ermächtigte den Rat nach Maßgabe des in Art. 251 EGV (Art. 294 AEUV) vorgeschriebenen Verfahrens, d.h. auf Vorschlag der Kommission und unter Mitwirkung des Parlaments, sekundärrechtliche Rechtsakte und insbesondere Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erlassen. Art. 55 EGV (Art. 62 AEUV) erklärt diese Vorschrift auf das nachfolgende, die Dienstleistungsfreiheit regelnde Kapitel des Vertrages für anwendbar. Auf Art. 47 Abs. 2 EGV (Art. 53 AEUV) konnten damit alle Rechtsakte gestützt werden, die das Ziel verfolgten, die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern. Die enge Beziehung, die zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit besteht, findet damit rechtssystematisch ihren Ausdruck darin, dass der Vertrag für den Erlass entsprechender Richtlinien dieselbe Rechtsgrundlage zur Verfügung stellte.

Neben diesen bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlagen gründete sich die Ermächtigung zur Rechtsangleichung grundsätzlich auch auf der subsidiär geltenden Querschnittskompetenz von Art. 95 EGV (Art. 114 AEUV). Auf Art. 95 EGV (Art. 114 AEUV) konnten Harmonisierungsmaßnahmen gestützt werden, die der Errichtung und der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes dienen, wobei eine Aushöhlung des in Art. 5 Abs. 1 EGV (Art. 5 EUV) enthaltenen vorrangigen Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung unzulässig ist.

2.1.3 Versicherungsvermittler mit Sitz im EU/EWR-Ausland

§ 34d Abs. 5 GewO dient der Verwirklichung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit. Danach bedarf ein Versicherungsvermittler, der in einem anderen EU/EWR-Staat niedergelassen ist und die Eintragung in ein Register nach Art. 3 der Richtlinie über die Versicherungsvermittlung nachweisen kann, keiner gewerberechti-

chen Erlaubnis. Bis zum Inkrafttreten von § 34d Abs. 11 GewO im Jahre 2008⁴⁰ wurde die Vorschrift dahingehend verstanden, dass die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung „keiner Erlaubnis bedarf“ dem bereits im Ausland registrierten Versicherungsvermittler ein Wahlrecht⁴¹ gewährte, das ihm auch die Möglichkeit eröffnete, in der Bundesrepublik auf der Grundlage einer gewerberechlichen Erlaubnis Versicherungsverträge zu vermitteln. Für in der Rechtsform der Limited (Ltd)⁴² geführte Unternehmen mit satzungsmäßigem Sitz in Großbritannien und ausschließlicher Geschäftstätigkeit in Deutschland⁴³ bestand daher, da sie vielfach bei der Eintragung in London den Unternehmensgegenstand Versicherungsvermittlung nicht angaben und daher keine Eintragung in ein Register vorweisen konnten, die Verpflichtung, eine gewerberechliche Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung gemäß § 34d Abs. 1 GewO zu beantragen.⁴⁴ Die Rechtsprechung des EuGH,⁴⁵ wonach Gewerbetreibende die Gesellschaftsform eines anderen EU-Mitgliedstaates wählen können, ohne dass dies einen Einfluss auf die Zulässigkeit von Zweigniederlassungen in dem anderen Mitgliedstaat hat, ermöglichte es der Limited, in Deutschland eine Zweigniederlassung zu gründen.⁴⁶

Dieses Vorgehen stand im Widerspruch zu den Vorgaben der Richtlinie,⁴⁷ denn deren Art. 3 Abs. 1 verpflichtet die Versicherungsvermittler, sich in ihrem Herkunftsmitgliedstaat in das Register eintragen zu lassen. Die zu § 34d Abs. 5 GewO komplementäre Bestimmung⁴⁸ des § 34d Abs. 11 GewO, welche die vom EuGH entwickelte Gründungstheorie berücksichtigt, hat die richtlinienwidrige Praxis der Behörden beseitigt, indem für den Versicherungsvermittler mit

⁴⁰ Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) vom 12.12.2008– BGBl. I S. 2432.

⁴¹ Neuhäuser, in: Pielow, GewO, 2009, § 34d Rn. 132.

⁴² Private Company Limited by Share (Limited).

⁴³ Sog. non-resident-Ltd.

⁴⁴ Neuhäuser, in: Pielow, GewO, 2009, § 34d Rn. 138.

⁴⁵ EuGH Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459; Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9912; Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155.

⁴⁶ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, 66. Aufl. 2014, § 34d Rn. 136.

⁴⁷ Neuhäuser, in: Pielow, GewO, 2009, § 34d Rn. 133; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, 66. Aufl. 2014, § 34d Rn. 136.

⁴⁸ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, 66. Aufl. 2014, § 34d Rn. 151.

Sitz oder Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union die Verpflichtung begründet wurde, sich in seinem Sitzstaat registrieren zu lassen. Damit ist gemäß § 34d Abs. 11b GewO die Limited in Deutschland nicht mehr erlaubnisfähig.⁴⁹ Die erforderliche Registereintragung ist von der Registerbehörde des Herkunftsstaates dem inländischen Register vor Aufnahme der Berufstätigkeit nach § 11a Abs. 4 und 6 GewO zu melden. Zugleich bedeutet dies, dass eine deutsche Unternehmergesellschaft immer einer Erlaubnis zur Ausübung des Versicherungsvermittlergewerbes bedarf, da die Gesellschaft entsprechend der Vorschrift des § 4a GmbHG ihren gesellschaftsrechtlichen Sitz nur in Deutschland haben kann.

§ 34d Abs. 11 GewO schließt die Anwendbarkeit von § 34d Abs. 1 GewO auf im Ausland registrierte Versicherungsvermittler aus. Das führt zu der Frage, ob damit für den angesprochenen Personenkreis auch das Polarisierungsprinzip keine Geltung hat. Die Bejahung der Frage würde bedeuten, dass eine im Ausland als Versicherungsvermittler registrierte Person in Deutschland sowohl als Versicherungsvertreter als auch als Versicherungsmakler den Abschluss von Versicherungsverträgen vermitteln könnte.

Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet den nationalen Gesetzgeber, eine Regelung über die Eintragung in ein Register bei der zuständigen Behörde zu schaffen. Dabei verzichtet das Gemeinschaftsrecht auf eine Unterscheidung zwischen einem Versicherungsmakler und einem Versicherungsvertreter.⁵⁰ Ein Mitgliedstaat wird seiner Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie in staatliches Recht daher auch gerecht, wenn er die Differenzierung abweichend von der deutschen Regelung nicht vornimmt und die Person als Versicherungsvermittler in das Register einträgt. Bei der Lösung des Rechtsproblems ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in § 34d GewO ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁵¹ ge-

⁴⁹ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, 66. Aufl. 2014, § 34d Rn. 155.

⁵⁰ Adjemian/Dening/Klopp/Kürn/Moraht/Neuhäuser, GewArch 2009, 137 (139); Micklitz, in: Reform des Versicherungsvertragsrechts, S. 173 ff. (174).

⁵¹ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 34d Rn. 40.

schaffen hat, um vorbeugend sicherzustellen, dass keine fachlich ungeeigneten Personen zur Versicherungsvermittlung zugelassen werden. Insoweit hat der Gesetzgeber die Vorgaben des Europarechts in deutsches Recht aufgenommen. Mit der Anordnung der Polarisierung ist der Gesetzgeber über seine Umsetzungsverpflichtung hinausgegangen und hat eine materiellrechtliche, nicht auf persönliche Eigenschaften des Antragstellers abstellende Regelung getroffen, die mit der Umsetzungsverpflichtung in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht. § 34d Abs. 11 GewO ist daher dahingehend zu verstehen, dass ein ausländischer Versicherungsvermittler zwar keiner Erlaubnis bedarf, wohl aber an das materiellrechtliche Polarisierungsgebot gebunden ist.

2.2 Versicherungsvertrieb

Die Versicherungsunternehmen bieten Schutz gegen Risiken, indem sie durch den Abschluss von Versicherungsverträgen einen Risikotransfer von den Versicherten auf sich herbeiführen. Dem Wesen dieser Risikoverlagerung wird man gerecht, wenn in der Versicherung ein Mittel oder Verfahren gesehen wird, durch das Unsicherheiten bezüglich zukünftiger Ereignisse gemindert werden können.⁵² Arrow⁵³ hat daher treffend formuliert, wenn er das Wesen einer Versicherung als heutigen Austausch von Geld gegen Geld, das man unter bestimmten Bedingungen später erhält, beschreibt. Zunächst wird nachstehend die einzel- und gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Rechtsproduktes „Versicherung“ aufgezeigt. Danach erfolgt die Bestimmung des Begriffs der Versicherungsvermittlung. Anschließend werden die Vertriebswege der Versicherungsprodukte behandelt, wobei der Versicherungsvertrieb durch Versicherungsvermittler im Mittelpunkt der Ausführungen steht.

⁵² Zweifel/Eisen, Versicherungsökonomie, 2. Aufl. 2003, S. 3.

⁵³ Zitiert nach Zweifel/Eisen, Versicherungsökonomie, 2. Aufl. 2003, S. 3; Kenneth, Joseph Arrow, Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften 1972.

2.2.1 Versicherung als Wirtschaftsgut

Versicherungen sind Wirtschaftsgüter besonderer Art, die mit der Ausweitung technischer Systeme und der damit verbundenen wachsenden Gefährdungen in allen Bereichen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sowohl für den Einzelnen als auch für die Gesamtwirtschaft immer größere Bedeutung erlangen.

Mit der Transferierung des Risikos vom Versicherungsnehmer auf den Versicherer und der dadurch für den Kunden gegebenen Sicherheit, im Schadensfall die vertraglich geschuldete Leistung des Versicherers zu erhalten, wird er der Notwendigkeit enthoben, selbst Liquidität für einen denkbaren Schadenausgleich vorzuhalten. In dieser versicherungsindizierten Verminderung der Liquiditätspräferenz⁵⁴ liegt die einzelwirtschaftliche Bedeutung einer bestehenden Versicherung, die zugleich die Risikobereitschaft erhöht und Freiräume für vermögensgesteuerte Innovationen schafft.⁵⁵ Der Abschluss einer betriebsbezogenen Versicherung sichert die Substanzerhaltung des Unternehmens sowie den Fortbestand des Wirtschaftsgutes und erhöht die Kreditwürdigkeit des Versicherungsnehmers.

Neben dieser einzelwirtschaftlichen Bedeutung kommt der Versicherungswirtschaft durch die von ihr herbeigeführte effiziente Allokation der Risiken und die damit verbundene wachstumssteigernde und stabilisierende Wirkung eine erhebliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung zu.⁵⁶ Die für die einzelnen Unternehmen entfallende Verpflichtung, Rücklagen für denkbare Schadensereignisse zu bilden, schafft ein Finanzierungspotential, das für Konsum und Investitionen genutzt, das Wirtschaftswachstum positiv beeinflusst und sich zugleich auf die Beschäftigungssituation günstig auswirkt. Der Versicherungsschutz beeinflusst damit die Volkswirtschaft genauso vorteilhaft, wie dies durch die Erhöhung des Volkseinkommens im

⁵⁴ Sinn, ZVersWiss 1988, 1 (3 ff.); Schwintowski, VersWissStud, Bd. 6, 22 ff.

⁵⁵ Schwintowski, in: Berl. K., VVG, 2012, § 1 Rn. 14.

⁵⁶ Zweifel/Eisen, Versicherungsökonomie, 2. Aufl. 2003, S. 16.

Rahmen der von den Versicherungsunternehmen getätigten Investitionen zur Kapitalanlage geschieht.

Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der privaten Versicherung wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass die 582 in der Bundesrepublik tätigen Versicherungsunternehmen im Jahre 2010 ein Beitragsaufkommen in Höhe von 179 Milliarden Euro in der Erstversicherung verzeichnen konnten und der Kapitalbestand einen Wert von insgesamt 1,25 Billionen Euro hatte. Die bestehenden 450 Millionen Versicherungsverträge wurden von insgesamt 298.000 abhängig Beschäftigten verwaltet.⁵⁷

2.2.2 Versicherungsvermittlung und Versicherungsvertrieb

Die Vermittlung von Versicherungsprodukten ist wegen der in § 34d Abs. 1 GewO angeordneten Erlaubnispflicht zunächst von Tätigkeiten abzugrenzen, die nicht als Versicherungsvermittlung angesehen werden können. Anschließend wird der Versicherungsvertrieb durch den Versicherungsvertreter und den Versicherungsmakler behandelt, wobei insbesondere die Frage zu beantworten ist, ob nicht der vom Gesetzgeber durch das in § 34d Abs. 1 GewO aufgenommene Polarisierungsprinzip angestrebte Ausschluss einer Interessenkollision zu einer rechtlichen Neubewertung der Rechtsauffassung Veranlassung geben muss, wonach der Versicherungsmakler üblicherweise einen Honoraranspruch gegen den Versicherer hat.

⁵⁷ Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2014, S.1;9 ff.

2.2.2.1 Versicherungsvermittlung

2.2.2.1.1 Vermittlerbegriff

2.2.2.1.1.1 Funktionaler Vermittlerbegriff

Die EU-Richtlinie definiert in ihrem Art. 2 Nr. 5 den Begriff des Versicherungsvermittlers. Sie beschreibt dessen Tätigkeit in Art. 2 Nr. 3 „als das Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungen zum Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung, insbesondere im Schadensfall“. Dieser funktionale Vermittlerbegriff⁵⁸ des Europarechts orientiert sich damit an der gesamten Tätigkeit der Versicherungsvermittlung. Der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Richtlinie demgegenüber in § 59 VVG eine auch für § 34d GewO geltende Begriffsbestimmung gewählt,⁵⁹ die von der europarechtlichen Definition abweicht. Der Begriff der Versicherungsvermittlung ist eng an das Zustandekommen des Versicherungsvertrages gebunden und berücksichtigt nicht die spätere Nachbetreuung und Schadensabwicklung.⁶⁰ Der vom funktionalen Begriff der Richtlinie abweichende, abschlussbezogene Vermittlungsbegriff des deutschen Rechts hat zur Folge, dass die Mitwirkung bei der Vorbereitung eines Vertragsabschlusses und die Vertragsverwaltung nicht der Erlaubnispflicht des § 34d GewO unterliegen. Im Hinblick darauf, dass nach dem weiterreichenden funktionalen Vermittlerbegriff der Richtlinie der Versicherungsnehmer auch in der Phase der vor- und nachvertraglichen Leistungserbringung von qualifizierten Vermittlern betreut werden soll, stellt sich die Frage nach der Richtlinienkonformität der restriktiven deutschen Regelung. Reiff⁶¹ hat nachgewiesen, dass die rechtlichen Bedenken unbegründet sind. Zutreffend weist er, wie im übrigen schon die Be-

⁵⁸ Beenken/Sandkühler, Das neue Versicherungsvermittlergesetz, S. 18; Reiff, VersR 2007, 717 (719); Der funktionale Vermittlerbegriff der Richtlinie wurde vom Gesetzgeber wegen der fehlenden Unterscheidung zwischen Vermittler und Makler nicht übernommen, vgl. BT-Drucks. 16/1935, S. 22.

⁵⁹ Böckmann/Ostendorf, VersR 2009, 154 (155).

⁶⁰ Baumann, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 2. Aufl. 2011, § 59 Rn. 2.

⁶¹ Reiff, VersR 2007, 717 (719).