

# Makler oder Vertreter?

Begehrt ein Versicherer die Rückzahlung unverdienter Vorschüsse von ungebundenen Vermittlern, machen diese nicht selten geltend, sie seien in Wahrheit Versicherungsvertreter. Ob tatsächlich eine Abhängigkeit besteht, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab.

Jürgen Evers

Unlängst hatte das OLG Düsseldorf über einen solchen Fall zu entscheiden. Das Landgericht bejahte eine Handelsvertreterstellung. Der OLG-Senat sah dies anders. In den Urteilsgründen führte er Folgendes aus.

Am Merkmal des Fehlens einer ständigen Betreuung durch den Versicherer unterscheidet das Handelsrecht den Makler vom Vertreter. Der wesentliche Unterschied liege in der Pflicht des Vertreters, sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen. Im Übrigen komme es auf alle Umstände des Einzelfalles an.

Eine Courtagezusage sei als Maklervertrag ausgestaltet, wenn sie den Pflichtenkatalog eines Vertreters nicht enthalte. Solle der Vermittler nach dem Wortlaut der Courtagezusage als Makler im Sinne der §§ 93 ff. HGB tätig werden, sei nach den in Bezug genommenen Bestimmungen eine Tätigkeit für den Versicherer nicht geschuldet. Wesensbestimmend für einen Vertretervertrag sei die Pflicht, bei seiner Tätigkeit das Interesse des Versicherers wahrzunehmen. Allein der Umstand, dass dem Vermittler mit der Courtagezusage die Verpflichtung zur Wahrung des Datengeheimnisses nach § 5 BDSG auferlegt werde, begründe keine solche Interessenwahrungspflicht. Die Regelung diene dem Interesse des Versicherers, etwaige Schadensersatzansprüche gegen ihn aus einer unzulässigen Datenerhebung nach § 7 BDSG auszuschließen.

## Auch Makler sind zur Bestandserhaltung verpflichtet

Könne der Courtagezusage weder ein Wettbewerbsverbot entnommen werden noch eine in § 90 HGB besonders geregelte Verschwiegenheitspflicht in Bezug auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, spreche dies ebenso gegen ein Vertreterverhältnis wie der Umstand, dass eine Nachrichten- und Informationspflicht gegenüber dem Versicherer nicht vorgesehen sei.

Die in einer Courtagezusage geregelte Pflicht zur Zahlung von Courtage für zugeführtes Geschäft lasse keinen Schluss auf ein Vertreterverhältnis zu. In der Versicherungsbranche erhalte der Makler seine Provision vom Versicherer. Auch die Vereinba-

rung einer unbefristeten Bestandscourtage lasse nicht den Schluss auf einen Vertretervertrag zu. Denn übernehme ein Vermittler auch die weitere Betreuung des Versicherungsvertrages, werde dies durch das reine Vermittlungsentgelt nicht abgegolten. Es unterliege der Vertragsfreiheit der Parteien, für die weitere Betreuung des Versicherungsvertragsverhältnisses eine besondere Vergütung zu vereinbaren. Dies könne auch im Verhältnis des Versicherers zum Makler geschehen, um sein Interesse an der Bestandserhaltung und Stornoverhütung wachzuhalten. Die der Bestandserhaltung dienende und von Vertretern und Maklern gleichermaßen übernehmbare Tätigkeitspflicht sei von der seitens des Vertreters in Richtung Geschäftsvermittlung und Geschäftsabschluss geschuldeten Tätigkeit zu unterscheiden. Deshalb stelle das hierfür vereinbarte Entgelt für sich gesehen kein taugliches Kriterium für die Annahme eines Vertreterverhältnisses dar.

Stehe der Pflicht zur Zahlung einer Abschlusscourtage mangels Tätigkeitspflicht des Vermittlers keine Gegenleistungspflicht gegenüber, handele es sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag. Dies entspreche einem Maklervertrag, der ein einseitiger, nur den Auftraggeber im Falle erfolgreicher Vermittlung verpflichtender Vertrag sei. Ebenso spreche die Bezeichnung des Vermittlers als Makler und die der Vergütung als Courtage ebenso für ein Maklerverhältnis wie der Verweis auf die Vorschriften der §§ 93 ff. HGB.

Nehme die Courtagezusage auf § 87 a HGB Bezug, handele es sich um den Verweis auf eine einzelne Bestimmung, deren Regelungsgehalt den Besonderheiten der Bestandscourtage entspreche. Diese ist nämlich aufgrund ihres Entgeltcharakters für Bestandserhaltung und -pflege notwendigerweise von der Ausführung des vermittelten Geschäfts abhängig ebenso wie die Provision des Vertreters, § 87 a Abs. 1 HGB, und anders als die nur vom Zustandekommen des vermittelten Geschäfts abhängige Abschlusscourtage.

Die Teilnahme am Avad-Auskunftsverkehr sei kein taugliches Abgrenzungskriterium. Auch die Bezeichnung des Vermittlers als Vertriebspartner lasse Rückschlüsse auf den Status als Vertreter nicht zu, da Vertrieb die Vermittlung von Versicherungsverträgen

meine. Dabei seien sowohl Vertreter als auch Makler befasst. Dass der Vermittler Antragsformulare des Versicherers benutze und auch erläutere, entspreche keiner typischen Verhaltensweise eines Vertreters, sondern sei dem – üblicherweise – standardisierten Verfahren des Versicherers bei der Antragsaufnahme geschuldet und nicht Ausdruck einer Richtlinienkompetenz oder eines Weisungsrechts des Versicherers gegenüber dem Vermittler.

## Wie sind Schein-Makler einzuordnen?

Die Zahlung eines abstrakten Vorschusses sage nichts über die Art der Tätigkeit des Vermittlers aus, da das Bedürfnis hierfür sowohl beim Vertreter als auch beim Makler bestehen könne. Der Umfang des Geschäfts und Zielvorgaben seitens des Versicherers sprächen nicht für ein Vertreterverhältnis. Bestehe keine entsprechende rechtliche Verpflichtung, für den Versicherer tätig zu werden, beruhe dies auf der freien Entscheidung des Vermittlers. Bei der Abgrenzung sei auch zu berücksichtigen, dass der Vermittler tatsächlich eine Zeit lang neben dem Versicherer noch für einen anderen Risikoträger – im Streitfall einen Krankenversicherer – tätig gewesen sei und mit einzelnen Versicherungsnehmern Maklerverträge geschlossen habe.

Die Entscheidung begegnet Bedenken. Der Vertriebspartner des Versicherers kooperierte nur noch mit einem weiteren und wohl nicht einmal konkurrierenden Risikoträger. Er hatte zudem seine Umsätze nahezu ausschließlich mit dem klagenden Versicherer getätigt. Durch die Gewährung eines abstrakten Vorschusses war der Vertriebspartner gehalten, weiteres Geschäft bei dem Versicherer zu platzieren. Unter diesen Umständen liegt die Annahme einer Vertreterstellung im Lager des Versicherers näher als die eines unparteiischen Maklers, auch wenn der Vermittler vereinzelt als Scheinmakler mit Kunden kontrahiert hat.

Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Blanke Meier Evers in Bremen.

## Anmerkung

1 Urt. v. 22.12.2011 – 16 U 133/10 – VertR-LS