

Kommentar aus Vertrieb & Marketing vom 9.11.2016

## Abschaffung des Maklerstatus durch Rechtsfortbildung

**Das sogenannte Versteegen-Assekuranz-Urteil des BGH stößt bei Jürgen Evers auf durchgreifende Bedenken, weil es im Ergebnis dazu führe, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherungsmakler als Handelsvertreter-Verhältnis im Sinne der Vorschriften der §§ 84 ff. HGB qualifiziert werden muss. Der Rechtsanwalt zeigt in seinem Gastkommentar als Ausweg auf, den Maklerstatus gesetzlich zu regeln.**

Maklerrecht ist Richterrecht. Dies gilt insbesondere für das Recht der Versicherungsmakler. Deshalb haben höchstrichterliche Entscheidungen das Maklerrecht stark geprägt. Gerichtliche Entscheidungen betreffen zwar nur Einzelfälle, sie können das Recht aber auch gegen den bestehenden Rechtszustand fortbilden.



Jürgen Evers (Bild: Blanke Meier Evers).

Dies war bei der Sachwalter-Entscheidung noch nicht der Fall, obwohl diese in Wahrheit einen Mehrfachgeneralagenten betroffen hat. Der Grund hierfür ist, dass auch ein Versicherungsvertreter nach allgemeinen Grundsätzen als Scheinmakler für die Erfüllung der einem Versicherungsmakler obliegenden Pflichten einzustehen hat.

Auch soweit die Entscheidung den Makler als Sachwalter fortentwickelt hat, handelte es sich noch nicht um eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz. Denn die Entscheidung hat Reichweite und Grenzen der Pflicht des Versicherungsmaklers, die Interessen des Versicherungsnehmers wahrzunehmen, nicht abschließend definiert.

In ihren Folgen nicht einschätzbar sind jedoch Entscheidungen, die die Rechtsordnung abändern, ohne dass dies erkennbar gewollt ist. Eine solche Entscheidung ist die Versteegen-Assekuranz-

Entscheidung des Bundesgerichtshofs (<http://www.bundesgerichtshof.de/>) (BGH). Sie bildet das Berufsbild des Versicherungsmaklers in bedenklich weit gehender Weise fort.

### Der Streitfall

Der BGH hat es dem beklagten Versicherungsmakler untersagt, auf dem Gebiet der Textil-Haftpflichtversicherung schadenregulierend tätig zu werden (VersicherungsJournal 10.6.2016 (<http://www.versicherungsjournal.de/vertrieb-und-marketing/bgh-verbietet-schadenregulierung-durch-versicherungsmakler-126005.php>)). Dabei ist er davon ausgegangen, dass die Tätigkeit wettbewerbsrechtlich unzulässig ist, weil sie gegen marktverhaltensregelnde Vorschriften des Rechtsdienstleistungs-Gesetzes verstieße.

Nach Ansicht des BGH gehört die Schadenregulierung im Bereich der Textil-Haftpflichtversicherung nicht zum Berufs- oder Tätigkeitsbild des Versicherungsmaklers. Das Tätigkeitsbild habe der Gesetzgeber mit § 59 VVG ([https://www.gesetze-im-internet.de/vvg\\_2008/\\_\\_59.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/__59.html)) festgelegt.

Das Berufsbild des Maklers unterscheide sich grundlegend von dem des Handelsmaklers nach § 98 HGB ([https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/\\_\\_98.html](https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/__98.html)), der grundsätzlich von beiden Parteien beauftragt werde, und von demjenigen anderer Makler im Sinne von § 652 BGB ([https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_\\_652.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__652.html)), die unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls für beide Parteien der von ihnen vermittelten Verträge tätig werden dürften.

## **Tätigkeits- und Berufsbild ist gesetzlich nicht geregelt**

Die Ansicht des BGH hält einer kritischen Prüfung nicht stand. Die §§ 59 ff. VVG regeln das Tätigkeits- und Berufsbild des Versicherungsmaklers nur teilweise. Es war auch gar nicht der Sinn der §§ 59 ff. VVG, das Tätigkeits- und Berufsbild des Versicherungsmaklers zu regeln.

Die Normen sind durch Versicherungsvermittler-Richtlinie in das VVG aufgenommen worden. Diese hat aber lediglich Pflichten im Stadium der Anbahnung von Geschäften zum Gegenstand. Über die von dem Makler über den Abschluss des Versicherungsvertrages hinaus zu erbringenden Leistungen schweigt sich das Gesetz aus. Dies gilt auch für das Verhältnis des Maklers zum Versicherer.

Zwar hebt der BGH zutreffend hervor, dass der Versicherungsmakler auch über das Geschäftsanbahnungs-Stadium hinaus Pflichten hat. Er lässt aber unerörtert, dass und warum der Makler einen Maklerstatus hat.

## **BGH beleuchtet Dreiecksverhältnis nicht**

Der BGH grenzt den Versicherungsmakler gegen den Handels- und Zivilmakler ab, ohne die Vorschrift des § 93 Abs. 1 HGB ([https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/\\_\\_93.html](https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/__93.html)) auch nur mit einem Wort zu erwähnen. Er beleuchtet auch nicht die besondere Stellung des Maklers im Dreiecksverhältnis als Mittler zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer.

So verwundert es nicht, dass es versäumt wird, die Frage des Bestehens eines Doppelrechts-Verhältnisses und der daraus folgenden Konsequenzen aufzuwerfen.

Erst recht bleibt unerörtert, ob der Makler in seiner Funktion als Mittler zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages und als so genannter ehrlicher Makler auch zur Beachtung der Interessen des Versicherers verpflichtet ist, wie dies von der herrschenden Lehre angenommen wird.

## **Inhalt und Grenzen des Polarisationsprinzips**

Stattdessen argumentiert der BGH mit dem so genannten Polarisationsprinzip. Dieses trennt Versicherungsmakler und -vertreter aus Transparenzgründen und führt dazu, dass sich ein Versicherungsvermittler gewerberechtlich zu entscheiden hat, ob er die Versicherungs-Vermittlung für einen Versicherer ausübt oder ob er ausschließlich von einem Versicherungsnehmer mit der Vermittlung von Versicherungen betraut ist.

Das lässt sich hören, soweit es um die auf den Abschluss von Versicherungen gerichtete Tätigkeit des Versicherungs-Vermittlers geht. Für die Tätigkeit der Schadenregulierung kann das Polarisationsprinzip aber nicht fruchtbar gemacht werden.

Zwar hat die Versicherungsvermittler-Richtlinie den Begriff der Versicherungs-Vermittlung durchaus auch dahin definiert, dass darunter auch Leistungen bei der Ausführung von Versicherungsverträgen insbesondere im Schadenfall erfasst sind. Nach einhelliger Auffassung ist der Gesetzgeber diesem Versicherungs-Vermittlungsbegriff allerdings nicht gefolgt, sondern hat ihn auf die abschlussorientierte Geschäftsanbahnung beschränkt.

## **Pflichtenlage des Maklers**

Zudem sieht die Richtlinie auch keine vertragsbegleitenden Pflichten des Versicherungs-Vermittlers vor.

Geht man nun aber einmal davon aus, dass der Gesetzgeber die Pflichtenlage des Versicherungsmaklers mit den §§ 59 ff. VVG nicht ausgeleuchtet hat und dass es bisher an der Kodifizierung eines Rechts der Versicherungsmakler in Deutschland fehlt, so stellt sich von hier betrachtet die Frage, mit welcher sachlichen Berechtigung aus dem Gesetz Grenzen für die gewerblichen Aktivitäten des Versicherungsmaklers gezogen werden können.

Ein Polarisationsprinzip und die gewerberechtlichen Vorschriften sind es definitiv nicht. Die Schadenregulierung unterliegt auch nicht etwa der Erlaubnisnorm des § 34d Abs. 1 GewO ([https://www.gesetze-im-internet.de/gewo/\\_\\_34d.html](https://www.gesetze-im-internet.de/gewo/__34d.html)). Jedenfalls ist dies die Auffassung der Aufsichtsbehörden.

## **Interessenkonflikt in der Haftpflichtversicherung**

Die entscheidende Frage ist, ob das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) tatsächlich dazu zwingt, dem Versicherungsmakler die Schadenregulierung zu untersagen.

Vordergründig ist dem BGH darin zuzustimmen, dass die Schadenregulierung des Maklers durchaus kritisch gesehen werden kann. Die bisher geäußerte Kritik hat allerdings nicht Schadenregulierungs-Maßnahmen im Bereich der Haftpflichtversicherung zum Gegenstand. Sie entzündete sich vielmehr daran, dass der Makler den Versicherungsnehmer im Vorfeld der Regulierung über dessen Ansprüche gegen den Versicherer auf Leistung aufklärt.

Für die Haftpflichtversicherung ist ein Interessenkonflikt nicht ohne weiteres erkennbar. Aufgabe des Haftpflichtversicherers ist es nach § 100 VVG ([https://www.gesetze-im-internet.de/vvg\\_2008/\\_\\_\\_100.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/___100.html)), berechnete Ansprüche eines Dritten gegen den Versicherungsnehmer zu erfüllen und unberechtigte Ansprüche abzuwehren.

Hat der Versicherer entweder begründete Ansprüche zu befriedigen oder unbegründete abzuwehren, obliegt es ihm, die Interessen des Versicherungsnehmers gegen den geschädigten Dritten wahrzunehmen. Daher sind die Interessen des Versicherers und die des Versicherungsnehmers gleich gerichtet.

### **Gleiches Interesse von Versicherer und Versicherungsnehmer**

Nun mögen zwar die Erwägungen des BGH in abstrakter Form nachvollziehbar klingen, wonach ein Interessengegensatz auch im Bereich der Haftpflichtversicherung möglich ist. Immerhin könnte dem Versicherer an einer möglichst kostengünstigen Regulierung gelegen sein. Demgegenüber könnte der Versicherungsnehmer das Augenmerk auf die Kundenverbindung legen, weshalb er eine eher großzügige Regulierungspraxis präferieren könnte.

Diese Betrachtungsweise prägt aber nicht das typische Bild der Regulierungspraxis von so genannten Frequenzschäden. Hierbei handelt es sich um gehäuft in absehbarer Höhe eintretende Schäden von geringer Höhe. In Bezug auf sie gilt, dass die Interessen des Versicherers und des Versicherungsnehmers regelmäßig gleich gelagert sind: Die Regulierungspraxis muss kostengünstig, unbürokratisch und vor allem schnell sein.

Bei der Regulierung von häufig auftretenden Kleinschäden geht es nicht darum, einzelne Kunden möglichst üppig zu bedienen, um die Geschäftsverbindung zu ihnen nicht zu gefährden. Denn die zwangsläufige Folge einer üppigen Regulierungspraxis wären höhere Prämien. Dies folgt daraus, dass sie die Schadenquote ansteigen ließe und damit auch die Kostenbelastung des Versicherers.

Der Versicherer würde höhere Regulierungskosten über höhere Prämien an den Versicherungsnehmer weitergeben. Im hart umkämpften Markt der Textilreinigungs-Dienstleistung aber könnte der Betreiber der Textilreinigung die höheren Prämien kaum an seine Reinigungskunden weitergeben.

### **Funktion des ehrlichen, unparteiischen Maklers**

Unabhängig davon kann man aber auch generell nicht sagen, dass es sinnvoll wäre, dem Versicherungsmakler zu untersagen, schadenregulierend tätig zu werden.

Hierbei wird nämlich eine wichtige Funktion des Maklers verkannt: Er ist Mittler zwischen den Parteien des Hauptvertrages. Hierbei kann der Makler statusgemäß auftreten, in dem er einen neutralen Standpunkt zwischen den Parteien einnimmt. So kann er beiden Parteien seine Auffassung dazu mitteilen, dass und warum er Leistungsansprüche des Dritten als gegeben ansieht oder nicht.

Diese Rolle als „ehrlicher Makler“ und „unparteilicher Mittler“ zwischen den Parteien hat eine wesentliche Funktion. Sie ist darin begründet, dass Streit vermieden wird und dass ein wirtschaftlich vom Versicherer unabhängiger Mittler sachkundig den Sachverhalt beurteilt. Diese Funktion bildet den eigentlichen Kern der Maklerdienstleistung bei der Begleitung von Schadenfällen.

### **Versicherer verlangen von Maklern nicht, nicht zu beraten**

Der BGH geht davon aus, dass Versicherer, die Makler mit der Schadenregulierung betrauen, die Schadenregulierung in der Erwartung auslagerten, die Makler würden davon absehen, den Versicherungsnehmer zu beraten. Sie würden diese nicht über das Sonderkündigungsrecht und die Möglichkeit aufklären, im Markt eine anderweitige Deckung vorzunehmen. Dies jedoch ist ein Zirkelschluss. Denn er ist auf ein Vorverständnis zurückzuführen, das der eigentlichen Funktion eines Maklers nicht gerecht wird.

Eine solche Erwartung des Versicherers wäre auch durch das Gesetz nicht gedeckt. Der Versicherer ist aus dem

Gesichtspunkt einer anlassbezogenen Beratung gemäß § 6 Abs. 4 VVG ([https://www.gesetze-im-internet.de/vvg\\_2008/\\_6.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/_6.html)) verpflichtet, den Versicherungsnehmer zu beraten.

Diese anlassbezogene Beratungspflicht obläge dem Versicherer, wenn er einen Makler veranlassen würde, seine Beratungspflichten nicht oder nicht vollständig wahrzunehmen. Denn die vertragsbegleitende Beratungspflicht des Versicherers trifft diesen auch, wenn der Makler der Pflicht erkennbar nicht nachkommt.

Deshalb kann nicht unterstellt werden, ein Versicherer würde von einem mit der Schadenregulierung bevollmächtigten Makler verlangen, er möge es unterlassen, den Versicherungsnehmer darüber zu beraten, dass dieser das Risiko anderweitig eindecken kann, wenn der Versicherungsnehmer mit der Regulierung unzufrieden ist.

### **Vereinbarkeit von Schadenregulierung und Erfüllung der Maklerpflichten**

Stellt sich nach Lage der Dinge das Potential widerstreitender Interessen in weit geringerem Maße dar als vom BGH angenommen, bleibt die Frage, ob und inwieweit aus der Vorschrift des § 4 RDG ([https://www.gesetze-im-internet.de/rdg/\\_4.html](https://www.gesetze-im-internet.de/rdg/_4.html)) abgeleitet werden kann, dass einem Versicherungsmakler die Schadenregulierung zu untersagen ist.

Allerdings wird bei einer Subsumtion des Sachverhalts unter diese Vorschrift nicht erkennbar, dass die Voraussetzungen dieser Norm gegeben wären. Nach der Norm dürfen Rechtsdienstleistungen, die unmittelbaren Einfluss auf die Erfüllung einer anderen Leistungspflicht haben können, nicht erbracht werden, wenn hierdurch die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährdet wird.

Erforderlich ist daher, dass die Wahrnehmung der Aufgabe, die Schäden zu regulieren, schlicht unvereinbar wäre mit der Erfüllung der Beratungspflichten, die dem Makler gegenüber dem Kunden obliegen. Dies ist nicht anzunehmen, wenn man ins Kalkül zieht, dass der Makler gerade im Falle der Durchführung der Schadenregulierung seine Position als Unparteiischer zwischen den Parteien des Hauptvertrages behauptet.

### **Makler sind keine Organe der Rechtspflege**

Der Norm des § 4 RDG zu unterstellen, sie wolle gerade solche Fälle regeln, begegnet durchgreifenden Bedenken.

Denn Makler sind und bleiben Gewerbetreibende. Sie sind nicht Organe der Rechtspflege. Dies bedeutet, dass ein Maßstab, der für einen Anwalt gelten kann, für den gewerblich Tätigen von vornherein nicht in Betracht kommt. Deshalb verlangt die Norm ja auch einen unmittelbaren Einfluss.

Die Entscheidung des BGH lässt nicht erkennen, dass und aus welchen Kriterien sich ein unmittelbarer Einfluss der Schadenregulierung auf die Maklerleistung ergeben kann. Deshalb kann die Norm auch die Untersagungsverfügung nicht tragen.

### **Versicherungsmakler nur noch bloßer Handelsvertreter des Kunden**

Durchgreifenden Bedenken begegnet die Entscheidung vor allem deshalb, weil sie im Ergebnis dazu führt, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem „Versicherungsmakler“ kraft zwingenden Rechts als Handelsvertreter-Verhältnis im Sinne der Vorschriften der §§ 84 ff. HGB qualifiziert werden muss.

Der Versicherungsnehmer betraut einen Versicherungsmakler mit der Vermittlung und dem Abschluss von Versicherungen. Die Betrauung erfolgt auch auf Dauer. Denn bei dem zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherungsmakler bestehenden Geschäftsbesorgungs-Vertrag handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis.

Aufgabe des Versicherungsmaklers ist es, für die Risiken seines gewerblichen Auftraggebers Deckungen zu vermitteln. Ferner obliegt es dem Versicherungsmakler, laufend den Markt zu beobachten und im Falle der Möglichkeit einer günstigeren Eindeckung dem Versicherungsnehmer zum Wechsel des Versicherers zu raten.

### **BGH-Entscheidung nimmt dem Makler seinen Status**

Nach der BGH-Entscheidung ist der Versicherungsmakler auf Gedeih und Verderb verpflichtet, die Interessen des Versicherungsnehmers wahrzunehmen. Der Versicherungsmakler verliert dadurch seinen Status als Makler.

Denn dieser kommt darin zum Ausdruck, dass er im Doppelrechtsverhältnis zum Auftraggeber einerseits und zum

Versicherer andererseits tätig ist und dass ihm gerade im Rahmen der Abwicklung der Versicherungsverträge zwischen den Parteien die Stellung als unparteiischer Mittler zukommt.

### **Konsequenzen der Abschaffung des Maklerstatus**

Damit wirft die Entscheidung weit reichende Folgefragen auf, die sich aus der Einhaltung zwingender Bestimmungen des Handelsvertreterrechts ergeben. Dies betrifft das gesamte Gewerbegebiet, bei dem der Auftraggeber des Versicherungsmaklers selbst ein Unternehmer ist.

So gesehen schafft die Entscheidung des BGH im Interesse der Vermeidung atypischer Interessenkonflikte bei der Schadenregulierung in der Haftpflichtversicherung konkrete neue Interessengegensätze zwischen allen im Gewerbegebiet tätigen Versicherungsmaklern und ihren Auftraggebern. Und dies gilt unabhängig davon, ob die Makler überhaupt schadenregulierend tätig sind oder nicht.

Diese Interessenkonflikte werden spätestens dann praktisch, wenn der gewerbliche Versicherungsnehmer den Geschäftsbesorgungs-Vertrag mit dem Versicherungsmakler kündigt. Denn dann kann der als Handelsvertreter zu qualifizierende Versicherungsmakler die Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen des § 89 HGB fordern. Außerdem kann er unter Umständen einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB bis zu einer dreifachen Jahrescourtage verlangen.

### **Wettbewerbsnachteile für alle Versicherungsmakler im Gewerbegebiet**

Diese weit reichenden Konsequenzen der Abschaffung des Maklerstatus können Gewerbetunden veranlassen, ihre Risiken über Mehrfachgeneralagenten einzudecken.

Denn diese können sie von heute auf Morgen wechseln ohne Kündigungsfristen zu beachten und bei diesen laufen sie nicht Gefahr, einen Ausgleichsanspruch zu schulden. Damit wird nicht nur der schadenregulierende Versicherungsmakler im internationalen Wettbewerb schlechter gestellt, sondern auch jeder im Gewerbegebiet tätige Versicherungsmakler.

Mit Rücksicht auf diese weit reichenden Folgen der Entscheidung ist grundlegend zu bedenken, ob die Entscheidung tatsächlich richtungweisend werden kann. Sollte dies der Fall sein, ist der Gesetzgeber aufgerufen, den Maklerstatus gesetzlich zu regeln.

Jürgen Evers

Der Autor ist Partner der Kanzlei Blanke Meier Evers (<http://bme-law.de/>) und spezialisiert auf Vertriebsrecht.

Das VersicherungsJournal ist urheberrechtlich geschützt. Das bedeutet für Sie als Leserin bzw. Leser: Die Inhalte sind ausschließlich zu Ihrer persönlichen Information bestimmt. Für den kommerziellen Gebrauch müssen Sie bitte unsere ausdrückliche Genehmigung einholen. Unzulässig ist es, Inhalte ohne unsere Zustimmung gewerbsmäßig zu nutzen, zu verändern und zu veröffentlichen.

**Kurz-URL: <http://vjournal.de/-127297>**