

„MAKLER IN DER HAFTUNG“

B ist begeisterter Pilot und Eigentümer eines Luftfahrzeugs Piper Seneca, das am 29. Oktober 2000 nach einer Baumberührung abstürzte und vollständig zerstört wurde. Das Flugzeug steuerte G, ein sehr guter Freund des B. B selbst war nicht an Bord, aber er vertraute seinem Freund wie schon öfters das Flugzeug an.

Der Absturz geschah bei starkem Wind aus 190°-220° (mittlere Windgeschwindigkeit von 13-16 Knoten und Windspitzen bis 28 Knoten). Trotz der widrigsten Wetterverhältnisse wollte G die Passagiere mit einem sehr riskanten Flugmanöver beeindrucken. Hierbei kam es zu einer Baumberührung und das Flugzeug stürzte ab. Es kam zu einem Totalschaden (100.000€).

Das Flugzeug war bei der X. Versicherung (X) versichert. X hatte allerdings keine gültige Erlaubnis zum Betrieb von Versicherungsgeschäften in der EU (gemäß § 5 VAG), weder vom BaFin noch von einer anderen Aufsichtsbehörde in der EU. Beim Vertragsschluss wurde deutsches Recht vereinbart.

Der Vertrag kam aufgrund der Tätigkeiten des M, der bei dem Versicherungsmakler „Günstiger Versicherungsschutz“-GmbH (V-GmbH) tätig war, zustande. M wurde aufgrund seiner guten Zeugnisse und der hervorragenden Ergebnisse während eines zweitägigen Assessment Centers eingestellt.

X berief sich am 28. November 2000 auf Leistungsfreiheit nach § 61 VVG. Hieraufhin kündigte B einen Monat später unter Mitteilung der widrigen Umstände den Maklervertrag.

Hat B Ansprüche gegen X auf Zahlung von 100.000 €?

1. Fortsetzung:

B erstritt am 15. Januar 2005 ein rechtskräftiges Urteil vor dem Landgericht gegen X. Zwei Vollstreckungsversuche im März und April 2005 gegen X schlugen fehl. Nunmehr (16. November 2005) verlangt B Zahlung von 100.000 € nebst Erstattung der Kosten für die erfolglose Vollstreckung von M und der V-GmbH.

Sie berufen sich auf Verjährung und den Haftungsausschluss in den Maklerbedingungen, die B beim ersten Gespräch mit M übergeben wurden.

Hat B Ansprüche gegen M und die V-GmbH?

2. Fortsetzung:

M ist vermögensschadenhaftpflichtversichert bei der A Versicherungs-AG (A).

Hat M Ansprüche gegen A aufgrund der obigen Ereignisse?

Anlagen (Bitte vollständig lesen!!):

§ 5 VAG Erlaubnis; Antrag; einzureichende Unterlagen

(1) Versicherungsunternehmen bedürfen zum Geschäftsbetrieb der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde

§ 144a VAG Unbefugte Versicherungsvermittlung

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. im Inland einen Versicherungsvertrag oder einen Pensionsfondsvertrag für ein Unternehmen abschließt, das die zum Betrieb derartiger Versicherungsgeschäfte oder Pensionsfondsgeschäfte erforderliche Erlaubnis nicht besitzt, seine Geschäftstätigkeit entgegen § 110a Abs. 2 Satz 2 oder 5 aufgenommen oder erweitert hat, entgegen § 110a Abs. 2a eine Tätigkeit im Dienstleistungsverkehr aufgenommen oder geändert hat, entgegen § 110a Abs. 2b eine Krankenversicherung oder eine Pflichtversicherung betreibt oder entgegen § 111b Abs. 1 Satz 2 oder 3 seine Geschäftstätigkeit fortführt,

2. den Abschluß eines Versicherungsvertrages oder eines Pensionsfondsvertrages für ein solches Unternehmen geschäftsmäßig vermittelt oder

§ 98 HGB [Haftung gegenüber beiden Parteien]

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

Maklerbedingungen:

§ 3 Haftung

„Für Schäden wird nur bei grober Fahrlässigkeit gehaftet.“

§ 5 Verjährung

„(I) Alle Ansprüche verjähren spätestens drei Jahre nach der Beendigung des Maklermandats.

(II) Schäden sind unverzüglich ab Schadenskenntnis geltend zu machen. Später geltend gemachte Schäden sind von einer Ersatzpflicht ausgeschlossen.“

Haftpflichtversicherungsbedingungen für die Vermögensschadenhaftpflicht:

§ 4 „Ausschlüsse“ AVB Vermögen/WB

„Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf die Haftpflichtansprüche:

1. wegen Schadensstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Machtgebers (Berechtigten) oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“

LÖSUNGSHINWEISE:

Ausgangsfall:

B könnte gegen X einen Anspruch auf Zahlung von 100.000€ aus dem Versicherungsvertrag in Verbindung mit § 1 Abs. 1, 49 VVG haben.

I. Zustandekommen eines Versicherungsvertrages

Zwischen B und X müsste ein wirksamer Versicherungsvertrag zustande gekommen sein. Zweifel an der Einigung zwischen B und X bestehen nicht. Anhaltspunkte für ein Eingehen auf § 5 a VVG sind nicht vorhanden. Der Vertrag könnte aber nach § 134 BGB in Verbindung mit § 5 VAG nichtig sein. X verstieß gegen § 5 Abs. 1 VAG. Fraglich ist, ob die Regelung ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB ist. Hierfür ist das Verbotsgesetz auszulegen. Das Verbot nach § 5 VAG richtet sich nur an X und nicht den Versicherungsnehmer B. Es handelt sich also um ein einseitiges Verbotsgesetz. Bei solchen ist das verbotswidrige Geschäft in der Regel gültig (vgl. Palandt-Heinrichs § 134 Rn. 9). Etwas andere ergibt sich nicht aus dem Zweck des Verbots. Der Schutz des Versicherungsnehmers vor nicht zugelassenen Versicherungsunternehmen würde konterkariert werden, wenn die Versicherungsverträge nichtig wären, da dem Versicherungsnehmer der Versicherungsschutz verloren geht. Daher ist der Vertrag wirksam und nicht nach § 134 BGB nichtig.

II. Versicherungsfall im versicherten Zeitraum

Ein Versicherungsfall im versicherten Zeitraum liegt aufgrund des Totalschadens des Flugzeuges vor.

III. Leistungsfreiheit des Versicherers

X könnte nach § 61 VVG leistungsfrei sein, wenn B den Versicherungsfall zumindest grob fahrlässig herbeigeführt hat. B selbst hat den Versicherungsfall nicht herbeigeführt, da er beim Absturz nicht im Flugzeug war. Aber das Verhalten des G könnte B zugerechnet werden. Eine solche Zurechnung erfolgt, wenn G Repräsentant des B war. Repräsentant ist, wer selbständig in nicht ganz unbedeutendem Umfang für den Versicherungsnehmer (VN) handeln kann („Repräsentant muss „risikotechnisch an die Stelle des VN treten“). Voraussetzung einer solchen stellvertretenden Risikoverwaltung, an die hohe Anforderungen gestellt werden, ist die vollständige Überlassung der Obhut der Sache dauerhaft unter Verdrängung des VN (vgl. Prölss in Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage, 2004, § 6 Rn. 58). Weiterhin muss sich der VN der Verantwortlichkeit für den versicherten Gegenstand völlig begeben haben. Die vorübergehende Obhut für einen Dritten, zum Beispiel das Überlassen

des Flugzeugs, macht den Obhutsinhaber noch nicht zum Repräsentanten. Daher kann eine Zurechnung des Verhalten des G nicht erfolgen und eine Leistungsfreiheit des X nach § 61 VVG scheidet aus.

IV. Ergebnis

B hat gegen X einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 €

1. Fortsetzung: Ansprüche des B gegen die V-GmbH – nicht beginnen mit B gegen M (vgl. zu den Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung Abram, VersR 2002, 1331)

I. Anspruch aus § 98 HGB

B könnte gegen die V-GmbH einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 98 HGB haben. [In § 98 HGB ist eine vertragliche Haftung für das Verschulden des Maklers gegenüber seinem Vertragspartner normiert, die den Grundgedanken aus § 280 Abs. 1 BGB aufgreift (vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Reiner, Handelsgesetzbuch, 2001, § 98 Rn. 1).]

1. Handelsmaklervertrag

Die V-GmbH ist nach den Angaben im Sachverhalt ein Versicherungsmakler und damit zugleich Makler im Sinne von § 93 HGB. [Versicherungsmakler = Handelsmakler, wenn gewerbsmäßig für andere Personen die Vermittlung von Verträgen über Versicherungen übernommen hat. Entscheidend ist, dass der Handelsmakler nicht aufgrund eines Vertrages zu ständiger, dh. wiederholter und andauernder Vermittlungstätigkeit verpflichtet ist, sondern aufgrund von Einzelaufträgen tätig wird. Das ist beim Versicherungsmakler regelmäßig anders, da eine dauerhafte Betrauung durch den VN vorliegt. Hierin könnte eine Abbedingung des § 93 Abs. 1 HGB liegen oder es könnte sich um einen Rahmenvertrag handeln, in dem die einzelnen Vermittlungsvorgänge von „Fall zu Fall“ vorgenommen werden (vgl. Kollhosser in Prölss/ Martin, a. a. O., Nach § 48 Rn. 4)]

Es müsste weiterhin zwischen B und der V-GmbH ein Maklervertrag geschlossen sein. Ein solcher wird zumeist konkludent geschlossen, indem die Dienste des Maklers in Anspruch genommen werden und dem Makler eine Vollmacht erteilt wird. Der Sachverhalt ist in diesem Punkt sehr dünn. Es ist lebensnah davon auszugehen, dass zwischen B und der V-GmbH ein Maklervertrag geschlossen wurde. (Die Vergütung des Versicherungsmaklers erfolgt in der Regel durch den Versicherer. Es kann aber auch eine Nettopolice vereinbart werden.)

2. Pflichtverletzung (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 03. Juli 2002 – 14 U 36/02 = VersR 2002, 1507)

Weiterhin müsste die V-GmbH ihre Pflichten aus dem Maklervertrag schuldhaft verletzt haben. Eine Verletzung durch die Tätigkeit des M muss sie sich nach § 278 BGB zurechnen lassen. Eine schuldhafte Verletzung könnte die Vermittlung eines Vertrages mit einem Versicherungsunternehmen ohne gültige Erlaubnis für seine Tätigkeit sein.

a) Verschuldensmaßstab nach § 3 Maklerbedingungen

Nach § 3 Maklerbedingungen könnte eine Haftung für leichte und einfache Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein. Es handelt sich um eine AGB nach § 305 Abs. 1 BGB, die nach § 305 Abs. 2 BGB Vertragsbestandteil wurde. Ein solcher Haftungsausschluss verstößt gegen § 309 Nr. 7 b) BGB und ist aufgrund des Verbots der gel-

tungserhaltenden Reduktion insgesamt unwirksam. Der Vertrag bleibt nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen entgegen § 139 BGB wirksam.

b) Gesetzlicher Verschuldensmaßstab

Maßgeblich sind nach § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften. Hierbei ist der Verschuldensmaßstab nach § 347 HGB; § 276 HGB (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns) maßgeblich.

Grundlegend zu den Pflichten eines Versicherungsmaklers BGH, Urteil vom 22. Mai 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356 = VersR 1985, 930 (sog. „Sachwalter-Urteil“):

„Die Pflichten des Versicherungsmaklers gehen weit. Er wird regelmäßig vom VN beauftragt und als sein Interessen- oder sogar Abschlußvertreter angesehen (Prölss/Martin, 23. Aufl. Anh. zu §§ 43 - 48 Anm. 1 und 2; Bruck/Möller, aaO Anm. 40). Er hat als Vertrauter und Berater des VN individuellen, für das betreffende Objekt passenden Versicherungsschutz oft kurzfristig zu besorgen (Gauer aaO S. 35). Deshalb ist er anders als sonst der Handels- oder Zivilmakler dem ihm durch einen Geschäftsbesorgungsvertrag verbundenen VN gegenüber üblicherweise sogar zur Tätigkeit, meist zum Abschluß des gewünschten Versicherungsvertrages verpflichtet (Trinkhaus, aaO S. 131; Gauer aaO S. 35; Bruck/Möller, aaO Anm. 53 und 55). Dem entspricht, daß der Versicherungsmakler von sich aus das Risiko untersucht, das Objekt prüft und den VN als seinen Auftraggeber ständig, unverzüglich und ungefragt über die für ihn wichtigen Zwischen- und Endergebnisse seiner Bemühungen, das aufgegebenen Risiko zu plazieren, unterrichten muß (Gauer aaO S. 45/46 und 54). Wegen dieser umfassenden Pflichten kann der Versicherungsmakler für den Bereich der Versicherungsverhältnisse des von ihm betreuten VN als dessen treuhänderähnlicher Sachwalter (Trinkhaus, aaO S. 132 m.W.N. in Fn 21) bezeichnet und insoweit mit sonstigen Beratern verglichen werden. Das gilt trotz der in vielen Ländern gleichförmig bestehenden Übung des Versicherungsvertragsrechts, wonach die Provision der Versicherungsmakler vom Versicherer getragen wird (Prölss/Martin, 23. Aufl. Anh. zu §§ 43 - 48 Anm. 1; Bruck/Möller, aaO S. 66 ff.).“

OLG Hamburg a. a. O. = VersR 2002, 1507:

„Diese Verpflichtung (s.o.) hat die Bekl. schuldhaft verletzt. Sie hat dem Kl. entweder verschwiegen, dass die X. Versicherung nicht vom Bundesaufsichtsamt zum Versicherungsgeschäft zugelassen war und damit auch nicht das für Drittlandaufsicht obligatorische Erlaubnisverfahren durchlaufen hatte (§§ 5, 6 VAG), oder aber sie hat die notwendigen Erkundigungen über den im Ausland ansässigen Versicherer nicht eingeholt. In dem gesetzlich im Einzelnen geregelten Verfahren werden zum Zweck des Konsumentenschutzes die versicherungstechnischen und finanziellen Voraussetzungen sowie die Qualifikation des Managements untersucht. Unterzieht sich ein ausländisches Unternehmen nicht der Staatsaufsicht, ist ein hinreichender Kundenschutz und die Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge nicht gewährleistet. Dieses Risiko hatte die Bekl. zu 1 als treuhänderische Sachwalterin des Kl. abzuklären gehabt. Sie hatte nämlich davon auszugehen, dass dem Kl. im Hinblick auf die ansonsten gesteigerten Risiken daran gelegen war, mit einem im Inland „zugelassenen“ Versicherungsunternehmen zu kontrahieren.“

Eine solche Abklärung war der V-GmbH auch zumutbar, da sie sich die Erlaubnis vor der Vermittlung von Verträgen hätte vorlegen lassen können oder bei der Aufsichtsbehörde nachfragen. Daher liegt eine schuldhafte Pflichtverletzung vor.

3. Verjährung und objektive Ausschlussfrist

Der Anspruch auf Schadensersatz könnte verjährt oder ausgeschlossen sein.

Die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre. Die Verjährung beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB. Für den Beginn der Verjährung muss der Anspruch entstanden sein und B Kenntnis hiervon haben oder grob fahrlässige Unkenntnis. Ein Anspruch ist entstanden, wenn er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Ein Schadensersatzanspruch entsteht, sobald ein erster Teilbetrag im Wege der Klage geltend gemacht werden kann (vgl. Heinrichs-Palandt § 199 Rn. 14). Hiernach könnte der Flugzeugabsturz am 29. Oktober 2000 als maßgeblicher Zeitpunkt herangezogen werden, wenn man von der fehlenden Durchsetzbarkeit des Anspruchs ausgeht. Weiterhin müsste B Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände haben.

Vgl. hierzu OLG Hamburg a. a. O.:

„Maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung ist der Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt. Der durch das Handeln der Bekl. zu 2 und 3 eingetretene Schaden ist nicht die ursprüngliche Ablehnung der Versicherungsleistungen mit Schreiben der Bekl. zu 1 vom 30.9.1997, mit welchem mitgeteilt wurde, dass der Versicherer sich auf Leistungsfreiheit nach § 61 VVG berufe, sondern der Ausfall der Forderung gegen den ohne Erlaubnis auf dem deutschen Markt unter Vermittlung der Bekl. tätigen ausländischen Versicherer.“

Erst der Ausfall der Vollstreckung führt zu einem Schaden aufgrund einer vorwerfbareren Verletzung des Schutzgesetzes und der Maklerpflichten. Daher ist eine solche Kenntnis erst ab dem Fehlschlagen der Vollstreckung gegeben und die Verjährung beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres 2005. Nach der gesetzlichen Regelung geht die Berufung auf Verjährung (vgl. § 214 Abs. 1 BGB) leer.

a) Ausschlussfrist nach § 5 Abs. 2 Maklerbedingungen

Der Anspruch könnte nach § 5 Abs. 2 Maklerbedingungen ausgeschlossen sein, da eine unverzügliche Anzeige des Schadens nach dem Fehlschlagen der Vollstreckung nicht erfolgte.

Fraglich ist, ob es sich um eine Verkürzung der Verjährung oder um eine Ausschlussfrist handelt. Eine Ausschlussfrist ist von Amts wegen zu prüfen. Die Wirkung der Verjährung hängt von der Geltendmachung der Einrede durch den Schuldner ab. Die

Formulierung der Klausel „ausgeschlossen“ weist auf einen Rechtsverlust nach Ablauf der Frist und nicht auf die Möglichkeit einer Einrede hin. Daher liegt eine Ausschlussklausel vor.

Es handelt sich um eine AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, die nach § 305 Abs. 2 BGB Teil des Vertrages wurde. Fraglich ist, ob die Klausel wirksam ist.

Es könnte ein Verstoß nach § 309 Nr. 7 b BGB vorliegen. Fraglich ist, ob Ausschlussfristen als Haftungsbegrenzung im Sinne von § 309 Nr. 7 b anzusehen sind (vgl. von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand März 2005, Vertragsrecht, Nr. 5 Rn. 5). Der BGH hat dies unter Hinweis auf den Streit in der Literatur offen gelassen (vgl. BGH, Urteil vom 09. November 1989 – IX ZR 269/87 = NJW 1990, 761). Für eine flexible Handhabung der Problematik, die dem einzelnen Klauselwerk gerecht wird, wobei die Interessen des Verwenders berücksichtigt werden, ist davon auszugehen, dass § 309 Nr. 7 b BGB auf Ausschlussfristen nicht anwendbar ist. [Eine andere Ansicht ist vertretbar.]

Es verbleibt daher bei der Möglichkeit, dass die Ausschlussfrist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

Hierzu BGH, Urteil vom 02. Dezember 1999 – III ZR 132/98 = NJW-RR 2000, 648

„Wie der Senat jedoch - nach Verkündung des hier angefochtenen Urteils - bereits entschieden hat, ist die Klausel in den AGB eines Bewachungsunternehmers, wonach ein gegen ihn gerichteter Schadensersatzanspruch erlischt, wenn er nicht unverzüglich schriftlich angezeigt wird, nach § 9 I AGBG auch gegenüber einem Kaufmann unwirksam (NJW 1999, 1031 [1032] = LM H. 8/1999 § 9 [Bd] AGBG Nr. 13).

a) Die Vereinbarung von Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Haftungsansprüchen dient regelmäßig dem Interesse des Klauselverwenders, möglichst rasch von Schadensfällen zu erfahren, um diese zügig prüfen und abwickeln zu können (vgl. BGH, NJW 1990, 761 [764f.] = LM § 9 [Bd] AGBG Nr. 3). Dieses Interesse ist auch bei Bewachungsverträgen grundsätzlich anzuerkennen; das verdeutlicht die Regelung in § 7 S. 2 BewachV 1995 bzw. in § 3 I 2 BewachV 1976.

b) Die hier von der Bekl. verwendete Klausel sieht keine - sei sie auch nur nach Tagen oder wenigen Wochen bemessene - feste Frist vor, sondern stellt auf eine „unverzügliche“ Anzeige ab. Ob das Fehlen einer festen zeitlichen Fixierung für sich allein betrachtet zu beanstanden ist oder ob man mit dem BerGer. - wie naheliegend - die Klausel entsprechend der Legaldefinition in § 121 I BGB so auszulegen hat, dass die Haftpflichtansprüche „ohne schuldhaftes Zögern“ anzuzeigen seien, kann offen bleiben. Entscheidend für die Unwirksamkeit der Klausel ist nämlich bereits der Umstand, dass jede noch so kurzfristige, selbst auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Verzögerung der schriftlichen Anzeige das vollständige Erlöschen des Anspruchs zur Folge hat. Dieser einschneidende Rechtsverlust stellt auch unter Berücksichtigung der Interessen des Bewachungsgewerbes an einer raschen Klärung und Abwicklung von Schadensfällen eine unangemessene, nicht mehr hinnehmbare Benachteiligung des Vertragspartners dar (vgl. Senat, NJW 1999, 1031 = LM H. 8/1999 § 9 [Bd] AGBG Nr. 13 m. zust. Anm. Lindacher, EWiR 1999, 865; Graf v. Westphalen, in:

ders., VertragsR u. AGB-Klauselwerke, Bewachungsvertrag [Stand: Oktober 1996], Rdnr. 5).“

Die Überlegungen zu einem Bewachungsvertrag sind auf einen Maklervertrag übertragbar. Daher ist die Klausel wegen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam § 306 Abs. 1 BGB. Ein Ausschluss des Anspruchs nach § 5 Abs. 2 Maklerbedingungen scheidet aus.

b) Objektiver Verjährungsbeginn nach § 5 Abs. 1 Maklerbedingungen

Fraglich ist, ob eine abweichende Regelung für den Beginn der Verjährung unabhängig von der Kenntnis nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB (objektiver Verjährungsbeginn) vereinbart werden kann, wobei die Frist kürzer als die Zehnjahresfrist oder Dreißigjahresfrist nach § 199 Abs. 3 S. 1 BGB ist. Diese Verkürzung könnte nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein, wenn ein Verstoß gegen ein gesetzliches Leitbild vorliegt. § 199 Abs. 3 BGB ist das gesetzliche Leitbild für die Bedingung in § 5 Abs. 1, da auch hier nicht an die Entstehung des Schadens angeknüpft wird. Eine deutliche Reduzierung der Verjährungsfrist stellt ein Verstoß gegen dieses Leitbild dar (vgl. Heinrichs in Palandt, 64. Auflage, § 202 Rn. 8). Auf den hohen Gerechtigkeitsgehalt der Verjährungsbestimmungen, die nicht auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen weist auch von Westphalen hin (vgl. a. a. O., Verjährungsklausel, Nr. 36 Rn. 23).

Daher ist die Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam und nicht Vertragsbestandteil nach § 306 Abs. 1 BGB geworden

4. kausaler Schaden

Die Pflichtverletzung muss ursächlich für den eingetretenen Schaden sein. Im Rahmen der Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht trifft abweichend von der üblichen Beweislastverteilung die Beweislast für die fehlende Kausalität den Schuldner. Es ist davon auszugehen, dass B sich nach einer ordnungsgemäßen Beratung auch beratungsgerecht verhalten hätte. Die V-GmbH muss nachweisen, dass B sich über die aus der Beratung und Aufklärung folgenden Bedenken hinweggesetzt haben würde. Anzeichen hierfür sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Daher ist davon auszugehen, dass B bei Kenntnis der fehlenden Erlaubnis einen Vertrag bei einem anderen Versicherungsunternehmen geschlossen hätte und hier seine Forderung durchsetzbar wäre.

B muss nach § 249 BGB so gestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis – nämlich die fehlerhafte Beratung stünde. Daher umfasst der Anspruch die Zahlung von 100.000 € nebst Erstattung der Kosten für die erfolglose Zwangsvollstreckung.

Ansprüche des B gegen M

I. Anspruch aus §§ 280 I, 241 II in Verbindung mit § 311 III S. 1 BGB

B könnte gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung nach §§ 280 I, 241 II BGB nach den Grundsätzen der Sachwalterhaftung gem. § 311 III S. 1 BGB haben.

Hierfür müsste M als Sachwalter entweder ein besonderes wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss haben oder im besonderen Ausmaß persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben, so dass er gleichsam in eigener Sache tätig wird. Für ein eigenwirtschaftliches Interesse ist ein mögliches Provisionsinteresse (Falls M solche aufgrund seiner Tätigkeit überhaupt erhält) des Angestellten nicht ausreichend. Für ein besonderes Vertrauen, das der M in Anspruch nimmt, sind keine Anzeichen erkennbar, denn das Vertrauen muss in stärkerem Maße, als allgemein bei Vertragsverhandlungen vorauszusetzen ist, in Anspruch genommen werden (vgl. Berliner Kommentar – Gruber, § 43 Rn. 42 ff. und Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar – Schulze, § 311 Rn. 19 jeweils m.w.N.).

Daher kommen Ansprüche des B gegen M nicht in Betracht.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 144 a VAG

B könnte gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 144 a VAG haben.

1. Verstoß gegen ein Schutzgesetz

M müsste gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verstoßen haben.

OLG Hamburg a. a. O.:

„Nach § 144 a VAG stellt die Vermittlung eines Versicherungsvertrages durch einen Vertreter oder Bevollmächtigten für ein Unternehmen, das die zum Betrieb derartiger Versicherungsgeschäfte erforderliche Erlaubnis nicht besitzt, bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln eine Ordnungswidrigkeit dar. § 144 a VAG ist ebenso wie § 140 VAG (vgl. hierzu Prölss/ Kollhosser, VAG 11. Auflage Rdn. 2) Schutzgesetz i. S. V. § 823 Abs. 2 BGB. Geschützt sind u. a. die VN, die auf die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Unternehmen, die ihnen Versicherungsprodukte anbieten, sollen vertrauen können.“

Gegen dieses Schutzgesetz hat M mit der Vermittlung des Vertrages an X verstoßen.

2. Verschulden

M ist zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen, da er vor der Vermittlung eine entsprechende Erlaubnis sich vorzeigen lassen müssen oder sich hiernach hätte erkundigen müssen.

3. kausaler Schaden

Der Schaden müsste kausal auf den Verstoß zurückzuführen sein. Eine solche Ursächlichkeit liegt vor, wenn die Befolgung des Schutzgesetzes eine größere Sicherheit gegen den Eintritt des Schadens geboten hätte (vgl. Thomas-Palandt § 823 Rn. 144). Eine solche Sicherheit liegt vor, da B mit großer Wahrscheinlichkeit seine Forderung hätte durchsetzen können.

Der Schadensumfang ergibt sich wiederum aus § 249 BGB.

2. Fortsetzung: Ansprüche des M gegen A

M könnte gegen A einen Freistellungs- und Rechtsschutzanspruch aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag nach §§ 1 Abs. 1, 149, 150 VVG haben. Es ist ein wirksamer Versicherungsvertrag zustande gekommen nach den Angaben im Sachverhalt. Weiterhin liegt ein Versicherungsfall vor.

Zweifelhaft ist nur, ob A nach § 54 Nr. 1 AHB/WB leistungsfrei ist. Offen ist schon, ob es sich um eine Obliegenheit [Wenn eine solche bejaht wird, dann wäre sie vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen. Das hätte die Folge, dass für die Leistungsfreiheit die Kündigung des Versicherers nach § 6 Abs. 1 S. 3 VVG erforderlich wäre.] oder einen subjektiven Risikoabschluss handelt. Für einen Risikoabschluss spricht die Überschrift „Ausschlüsse“. Es könnte aber auch eine verhüllte Obliegenheit vorliegen. Daher sind verhüllte Obliegenheit und Risikoabschluss voneinander abzugrenzen.

Vgl. hierzu OLG Hamm, Urteil vom 22. September 1995 – 20 U 38/95 = VersR 1996, 1006:

„Nach Auffassung des Senates handelt es sich allerdings - in Übereinstimmung mit der Überschrift des § 4 AVB - um einen Leistungsausschluß. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH r+s 95, 151) kommt es für die Abgrenzung von Risikoausschluß und Obliegenheit darauf an, ob die Klausel eine individualisierende Beschreibung eines bestimmten Wagnisses enthält, für das allein der Versicherer Versicherungsschutz gewähren will oder ob sie in erster Linie ein bestimmtes Verhalten des VN fordert, von dem es abhängt, ob er einen zugesagten Versicherungsschutz behält oder ob er ihn behält. Wird von vornherein nur ausschnittsweise Deckung gewährt und nicht ein gegebener Versicherungsschutz wegen nachlässigen Verhaltens wieder entzogen, handelt es sich um eine Risikobegrenzung.

Die in Rede stehende Klausel stellt ausschließlich auf ein Verhalten des VN ab, das dazu führt, daß ein nach § 1 AVB Vermögen zugesagter Versicherungsschutz wieder entfällt. Die Abgrenzungskriterien des Bundesgerichtshofes könnten deshalb für das Vorliegen einer Obliegenheit sprechen. Andererseits steht für § 61 VVG und auch für § 152 VVG für die Haftpflichtversicherung außer Streit, daß es sich in soweit um einen subjektiven Risikoausschluß handelt (BGH VersR 71, 239). Die Vertragsklausel ändert § 152 VVG in zulässiger Weise (OLG Hamm VersR 88, 1122) aber nur in zweifacher Hinsicht ab, nämlich einmal dahin, daß ein bewußter Verstoß gegen Gesetze erforderlich ist, und andererseits dahin, daß das Verschulden nicht die Schadenfolgen umfassen muß. Trotz der eine andere Entscheidung nahelegenden Abgrenzungskriterien des Bundesgerichtshofes liegt deshalb systematisch keine verhüllte Obliegenheit, sondern ein Risikoausschluß vor (so ausdrücklich für eine nahezu identische Klausel schon BGH VersR 87, 174 <175>).“

Es handelt sich also um einen subjektiven Risikoabschluss. Es müsste weiterhin ein wissentliches Abweichen vom Gesetz vorliegen. Ein Schädigungsvorsatz ist insoweit nicht erforderlich. Ein Pflichtenverstoß gegen § 144 a VAG liegt, wie oben ausgeführt wurde vor. Dieser Verstoß müsste wissentlich erfolgt sein.

Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 17. Dezember 1986 – IVa ZR 166/85 = VersR 1987, 174

„Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte sich auf den Risikoausschluß des § 5 Nr. 1 ihrer AVB berufen kann. In Abweichung von § 152 VVG greift er schon dann ein, wenn der Versicherte die Schadenszufügung unter bewußtem Verstoß gegen gesetzlich oder auf anderem Wege begründete Pflichten herbeigeführt, jedoch ohne Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Anzulasten sein muß ihm demnach die Verletzung einer - für ihn verbindlich begründeten - Pflicht. Ein derartiger Pflichtverstoß läßt sich nur dadurch geltend machen, daß aufgezeigt wird, wie sich der Versicherte hätte verhalten müssen. Für einen bewußten Pflichtverstoß muß darüberhinaus dargelegt werden, der Versicherte habe gewußt, wie er sich hätte verhalten müssen. Wußte der Versicherte gar nicht, was er hätte tun oder unterlassen müssen, um dem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens zu entgehen, so kommt ein bewußter Pflichtverstoß gemäß § 5 Nr. 1 AVB nicht in Betracht. Oder umgekehrt ausgedrückt: Nur wer bewußt verbindliche Handlungs- (oder Unterlassungs-) anweisungen nicht beachtet hat, mit denen ihm ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben worden ist, muß sich den Risikoausschluß des § 5 Nr. 1 AVB entgegenhalten lassen. Bei diesem Verständnis der Klausel ist es sowohl den Vertragsparteien wie im Streitfalle dem Gericht möglich - gegebenenfalls nach Aufklärung bzw. Beweiserhebungen - festzustellen, ob und wodurch der Tatbestand des § 5 Nr. 1 AVB verwirklicht worden ist. Damit ist die tatsächliche Anwendbarkeit der Klausel sichergestellt und den Interessen beider Parteien Rechnung getragen. Aus der Sicht des Versicherten wäre eine andere Auslegung des Risikoausschlusses auch kaum verständlich, dem Versicherer wäre mit ihr, da sie die Anwendbarkeit der Klausel in Frage stellen würde, nicht gedient.“

M als Angestellter in einem Maklerbüro muss die ihn betreffenden Regelungen des VAG kennen. Dies gehört insoweit zum Grundwissen eines Maklers. Daher liegt in der Außerachtlassung ein wissentlicher Pflichtenverstoß. Die Voraussetzungen des subjektiven Risikoausschlusses liegen vor und ein Anspruch des M gegen A besteht nicht. [Eine andere Ansicht ist gut vertretbar. Vgl. auch OLG Köln, Urteil vom 23. März 2004 – 9 U 110/03 = VersR 2004, 1549 = r+s 2003, 456]