

3. Fall:

„Versicherungsvermittlung“

Der Geschäftsmann S war begeistert von der Freiheit über den Wolken und nahm regelmäßig Flugstunden. Er wurde in allen Versicherungsangelegenheiten von seinem Geschäftsfreund B betreut.

Für seine Schreiben und im Geschäftsverkehr bezeichnete sich B als Versicherungsfachmann und sein Unternehmen als „Fachgeschäft für preiswerten Versicherungsschutz“, in dem „Versicherungen aller Art“ vertrieben werden. Auch sein Bürostempel enthielt den Zusatz „Fachgeschäft für preiswerten Versicherungsschutz“. Trotzdem bestanden Agenturverträge mit den Versicherungsunternehmen A-Versicherungs – AG (A), A&M Versicherungs – AG und G-AG und anderen. Es handelte sich um einen so genannten Mehrfachagenten. Diese vertraglichen Beziehungen verschleierte B im Verkehr mit möglichen Versicherungsinteressenten.

Nachdem S mit großen Mühen die theoretische und die praktische Prüfung für seinen Flugschein bestanden hatte, kaufte er sich eine kleine Maschine, um die gewonnene Freiheit zu genießen. Aus kaufmännischer Gewissenhaftigkeit wollte S sowohl sich selbst als auch seine Begleiter im Flugzeug durch den Abschluss einer Luftfahrt-Unfallversicherung schützen. Er wandte sich an B mit der Bitte um tageweisen Unfallversicherungsschutz für mögliche Flüge. B übersandte S am 25. Juni 2005 die Seiten 2, 3 und 4 des Antragsformulars „Allgemeiner Antrag auf Luftfahrt-Unfallversicherung“ der A. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen und die Verbraucherinformationen übersandte B nicht. Das Schreiben enthielt noch folgenden Text: „Hallo S, aufgrund Deiner Anfrage wegen Unfallversicherungsschutz für Fluggäste in Deiner Maschine habe ich eine Versicherungsgesellschaft, nämlich A, gefunden, die bereit ist, Dich und Fluggäste für einen Tag zu versichern.“

Am 31. Juli 2005 erörterten B und S die Luftfahrt-Unfallversicherung. Wahrscheinlich erklärte B, dass mit Zusenden des Antragsformulars Versicherungsschutz bestehe. Der genaue Inhalt dieses Gespräches lässt sich nicht mehr aufklären. Daraufhin machte sich S Kopien von dem Antrag und faxte einen ausgefüllten Antrag mit namentlicher Benennung von drei Fluggästen an B, der diese Unterlagen an A faxte. Weiterhin wies B den S darauf hin, das nächste Mal die Unterlagen eher zu faxen. Am 01. August führte S seinen ersten Flug mit Begleitung durch.

Weder B noch A teilten S im Verlauf der nächsten zwei Wochen mit, dass für den Flug kein Versicherungsschutz bestanden habe. Am 16. August 2005 plante S seinen nächsten Flug. Er faxte am 14. August wiederum die Antragsformulare mit der Benennung von drei Begleitpersonen. S verstarb bei einem Flugzeugabsturz am 16. August 2005.

3. Fall:

[Zur Erläuterung: Die Verträge sind eigentlich so konstruiert, dass ein Rahmenvertrag mit dem Piloten abgeschlossen wird. Die Begleitpersonen erhalten Versicherungsschutz aufgrund einer Meldung des Piloten an den Versicherer auf einem Formular. Diesen Vordruck muss der Pilot mit den Namen und den Geburtsdaten ausfüllen und dem Versicherer 24 h vor Flugbeginn zusenden. Die Versicherungssumme bei Tod des Versicherten beträgt 100.000€.]

Hat die Witwe und Alleinerbin des S einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € gegen A und B?

1. Abwandlung:

Auf dem Betriebsgrundstück des S befand sich eine große Lagerhalle. Seit Ende 2002 bestand eine Gebäudeversicherung bei A. Eine versicherte Gefahr ist u. a. Sturm. Nach dem Vertragsschluss wurde der Vertrag zwischen B, Versicherungsagent bei A, und S mehrmals erörtert, dabei bleibt jedoch die Klausel: „Hagel ist nicht versichert“ unverändert. Während dieser Gespräche erklärte B auf die Fragen des S, der an einer umfassenden Versicherung interessiert war, dass Rundumversicherungsschutz ohne Restrisiko bestehe.

Am 06. Juni 2005 ging ein Hagelschauer nieder, der die Bitumenschweißbahn auf dem Flachdach der Lagerhalle durchlöchert. Es entsteht ein Schaden in Höhe von 400.000 €.

A lehnt Deckungsschutz mit der Begründung ab, das Risiko Hagel sei nicht versichert; das gleichzeitige Vorliegen von Sturm während des Hagelschauers sei dagegen von S nicht nachgewiesen worden.

Hat S Ansprüche gegen A und B?

2. Abwandlung:

S behauptet, dass B bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich bestätigt haben soll, das Risiko Hagel sei in der Sturmversicherung mitversichert. Im Antrag findet sich hinsichtlich dieser Erweiterung des Versicherungsschutzes kein Hinweis. Vielmehr war dieses Risiko in den später mit dem Versicherungsschein übermittelten AVB deutlich ausgeschlossen. Ob B die von S behauptete Erklärung abgegeben hat, lässt sich nicht aufklären.

Hat S Ansprüche gegen A?

3. Fall:

3. *Abwandlung:*

B gibt seinem sehr guten Kunden S immer ein Teil seiner Abschlussprovision weiter.

Ergibt sich hieraus die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Versicherungsvertrages?

Anlage: **§ 81 VAG Rechts- und Finanzaufsicht**

(1) Die Aufsichtsbehörde überwacht den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer rechtlichen Aufsicht allgemein und einer Finanzaufsicht im besonderen. Sie achtet dabei auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten und auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. ...

(2) ... Auch kann sie allgemein oder für einzelne Versicherungszweige den Versicherungsunternehmen und Vermittlern von Versicherungsverträgen untersagen, dem Versicherungsnehmer in irgendeiner Form Sondervergütungen zu gewähren ...

§ 1 Verordnung über das Verbot von Sondervergütungen

(1) Den Versicherungsunternehmen und den Vermittlern von Versicherungsverträgen wird untersagt, dem Versicherungsnehmer in irgendeiner Form Sondervergütungen zu gewähren.

(2) Sondervergütung ist jede unmittelbare oder mittelbare Zuwendung neben den Leistungen auf Grund des Versicherungsvertrages, insbesondere jede Provisionsabgabe.

Zusatzfrage:

Der Versicherungsmakler K vermittelte B (VN) eine Lebensversicherung mit Nettopolice, d.h. die Versicherungsprämie enthielt keinen Provisionsanteil für die Vertragsvermittlung. Vielmehr hatte B laut der vom K vorformulierten „Vermittlungsgebührenvereinbarung“ diesem eine Vermittlungsprovision in 36 Monatsraten von monatlich ca. 50 € zu zahlen, während für den gleichen Zeitraum die Versicherungsprämie um ca. 45 € gesenkt war. U.a. war vereinbart:

„4. Der Anspruch des Handelsmaklers gegenüber dem Kunden auf Zahlung der jeweiligen Vermittlungsgebühr in den ersten drei Versicherungsjahren ... entsteht mit der Annahme des jeweiligen Versicherungsantrages durch das Versicherungsunternehmen, sofern der Kunde nicht nach den Bestimmungen des VVG dem jeweiligen Versicherungsantrag widerspricht oder seinen Rücktritt vom jeweiligen Versicherungsvertrag erklärt oder seinen Antrag widerruft. Die Vermittlungsgebührenansprüche des Handelsmaklers ... bleiben jedoch von einer Änderung oder vorzeitigen Beendigung des jeweiligen Versicherungsvertrages aus anderen Gründen unberührt.“

Nach über einem Jahr kündigte B den Versicherungsvertrag.

Hat K einen Anspruch auf Weiterzahlung der Provision?

Lösungshinweise:

Ausgangsfall:

OLG Hamm, Urteil vom 28. Mai 1997 – 20 U 7/97 = r+s 1999, 128

Ansprüche gegen A

I. Anspruch aus Versicherungsvertrag

Die Witwe (W) könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € aus dem Unfallversicherungsvertrag nach §§ 1 Abs. 1, 179 ff. VVG haben. W ist als Alleinerbin nach §§ 1922, 1967 BGB (Universalsukzession) anspruchsberechtigt, da alle Rechte und Pflichten des S auf sie mit seinem Tod übergegangen sind.

[Ergänzung: Die Versicherungssumme gehört nur zum Nachlass, wenn kein Bezugsberechtigter benannt ist (vgl. §§ 166 – 168; 180 VVG). Im Falle einer Bezugsberechtigung nach § 166 VVG erwirbt der Bezugsberechtigte den Anspruch originär ohne Durchgang beim VN (vgl. Weyers/Wandt, Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage, 2003, Rn. 833).]

Weiterhin müsste ein wirksamer Versicherungsvertrag zustande gekommen sein. Ein solcher kommt nach §§ 145 ff. BGB zustanden durch Antrag und Annahme. *[Zusatz: Die Zusendung des Versicherungsscheins nach § 3 Abs. 1 S. 1 VVG ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung, wie sich aus dem Wortlaut der Regelung „verpflichtet“ ergibt.]* Zwar liegt in der Übersendung der ausgefüllten Anträge mit Benennung der Fluggäste ein Antrag im Sinne von § 145 BGB vor. Diesen Antrag hat A aber ausdrücklich nicht angenommen. In Betracht kommt das Schweigen der A als Annahme auszulegen. Es könnte entweder das zweiwöchige Schweigen auf den ersten Antrag oder die zwei Tage auf den zweiten Antrag maßgeblich sein. Es liegt näher das „zweite“ Schweigen der A heranzuziehen, wobei das vorherige Verhalten der A mit maßgeblich ist. Grundsätzlich besitzt ein Schweigen keinen Erklärungswert – rechtliches „Nullum“. Hier könnte aber aufgrund der Erklärung des B im Vorfeld der Vertragsanbahnung dem Schweigen der A ein besonderer Erklärungswert zugerechnet werden.

[Eine solche Konstruktion macht die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung überflüssig. Vgl. hierzu OLG Hamm, Urteil vom 23. August 2000 – 20 U 22/00 = NJW-RR 2001, 239

„Ein Versicherer haftet zwar auf Vertragserfüllung, soweit sein Agent mündlich Erklärungen über Inhalt und Umfang des Versicherungsschutzes abgegeben hat, die über den schriftlichen Inhalt des Vertrags und die ihm zu Grunde liegenden Bedingungen hinausgehen. Dabei kann es vorliegend dahinstehen, ob diese Haftung auf einem so genannten gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruch beruht, wie wohl noch überwiegend in Rechtsprechung und Literatur angenommen wird, oder ob es eines solchen Grundsatzes nicht mehr bedarf, weil dem Versicherer nach der „Auge- und-Ohr-Rechtsprechung“ Erklärungen des Agenten zum Inhalt des Versicherungsvertrags bzw. zum Umfang des Deckungsschutzes zuzurechnen sind und der Versicherungsvertrag in diesem Fall mit dem wiedergegebenen Inhalt zu Stande kommt, wenn der Versicherungsnehmer auf die Richtigkeit der Angaben des Agenten vertraut und einen Versicherungsvertrag mit diesem Inhalt abschließen will (vgl. dazu Römer,

VersR 1998, 1313; Römer/Langheid, VVG, § 43 Rdnrn. 18f.; Kollhosser, in: Prölss/Martin, VVG, § 43 Rdnrn. 298f.).“

vgl. ähnliche Ansätze bei Kollhosser (in Prölss/ Martin, 27. Auflage, 2004, § 43 Rn. 35 a. f.) und die sehr kritische Auseinandersetzung mit einer rechtsgeschäftlichen Begründung von Prölss in 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, 2000, S. 562 f. !]

1. Zurechnung der Erklärung zu Lasten der A

Um die Erklärungen des B berücksichtigen zu können, müssen sie der A zurechenbar sein. Nach der „Auge-und-Ohr-Rechtsprechung“ werden dem Versicherer Erklärungen des Agenten zum Inhalt des Vertrages zugerechnet. Zweifelhaft ist, ob B überhaupt Agent ist. Er selbst bezeichnet sich als Versicherungsfachmann und firmiert unter „Fachgeschäft für preiswerten Versicherungsschutz“. B tritt seinen Kunden gegenüber als unabhängiger Makler auf. Als solcher wäre er aufgrund des Maklervertrages der treuhänderische Sachwalter des VN und verpflichtet, umfassend und vorrangig die Interessen des VN wahrzunehmen. Dagegen besteht gegenüber dem Versicherer keine Pflicht aus einem Vertragsverhältnis (Agenturvertrag) zur ständigen Vermittlung, insoweit ist der Makler unabhängig (vgl. § 93 HGB).

B trat aber nur nach Außen als Makler auf, da in Wirklichkeit mehrere Agenturverträge bestanden. Es handelt sich daher um einen „Pseudomakler“, der nur den Anschein der Unabhängigkeit gegenüber dem Kunden erweckt. Tatsächlich ist er durch die Agenturverträge an die Versicherer gebunden. Eine Privilegierung oder Freistellung des Versicherers wäre in diesen Fällen nicht einzusehen, da der „Pseudomakler“ nicht auf der Seite des Versicherungsnehmers steht und seine Beteiligung an den Vertragsverhandlungen auf Veranlassung der Versicherer geschieht (ausführlich Baumann, NVersZ 2000, 116 und Reusch, NVersZ 2000, 120). Daher ist eine Zurechnung der Erklärungen (vgl. § 166 BGB) möglich.

[Exkurs: Makler und Anwendbarkeit der Auge und Ohr Rechtsprechung vgl. BGH, Urteil vom 22. September 1999 – IV ZR 15/99 = NVersZ 2000, 124 = VersR 1999, 491:

„Nach der Rechtsprechung des BGH hat sich der Versicherer die Kenntnis eines Angestellten oder Vermittlungsagenten, die diese in Ausübung der Stellvertretung bei der Entgegennahme des Antrags auf Abschluss eines Versicherungsvertrags erlangen, zurechnen zu lassen (sog. Auge-und-Ohr-Rechtsprechung, BGHZ 102, 194 = NJW 1988, 973 = LM BerufungsunfähigkeitsZusatzvers. Nr. 7 u.st.). Nach den Feststellungen des BerGer. war der Zeuge W aber weder Angestellter noch Vermittlungsagent der Bekl. Vielmehr betrieb er zusammen mit einem Partner unter der Firma „B-Assekuranzmakler“ ein selbständiges Maklerbüro. Damit sind die Grundsätze zur Wissenszurechnung, wie sie sich aus der o. genannten Rechtsprechung des BGH ergeben, auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar anzuwenden.

c) Für die Entscheidung des vorliegenden Falls kann offenbleiben, ob in Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung des BGH in Ausnahmefällen auch das Wissen eines Maklers dem Versicherer zuzurechnen ist. Eine solche Ausnahme käme jedenfalls nur in Betracht, wenn

Tatsachen vorliegen, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit eine Wissenszurechnung rechtfertigen können. Solche Tatsachen liegen auch nach den Feststellungen des BerGer. nicht vor.

Das BerGer. stellt bei seiner Beurteilung, der Zeuge W sei in die Vertriebsorganisation der Bekl. eingebunden gewesen, darauf ab, dass die Bekl. dem Zeugen Antragsformulare zur Verfügung gestellt habe. Diese Tatsache ist indessen kein ausreichender indizieller Umstand für die Annahme, der Zeuge habe wie ein Agent der Bekl. deren Interessen vertreten; er habe „im Lager“ der Bekl. gestanden. Auch ein vom Versicherungsinteressenten beauftragter Makler hat häufig, wenn nicht in der Regel, Antragsformulare zur Verfügung, wobei es nicht darauf ankommt, ob er diese angefordert oder unaufgefordert zugesandt bekommen hat. Die Verwendung eines Antragsformulars eines Versicherers gehört zur Tätigkeit eines jeden Agenten wie auch eines Maklers. Sie dient der organisatorischen Abwicklung beim Zustandekommen des Versicherungsvertrags in jedem Falle, ohne dass daraus geschlossen werden könnte, der Vermittler des Vertrags stehe auf der einen oder anderen Seite. Voraussetzung einer Zurechnung von Wissen, das der Vermittler bei dem Zustandekommen des Vertrags vom Versicherungsinteressenten erhält, ist, dass er vom Versicherer zur Entgegennahme von Erklärungen bevollmächtigt, zumindest vom Versicherer damit betraut ist i.S. des § 43 S. 1 VVG (vgl. BGHZ 102, 194 [197] = NJW 1988, 973 = LM BerufsunfähigkeitsZusatzVers. Nr. 7).

Diese Voraussetzung ergibt sich nicht schon aus der Tatsache, dass der Vermittler Antragsformulare des Versicherers zur Verfügung hat und von ihnen bei der Vermittlung des Vertrags Gebrauch macht. Ebensowenig lässt der Vermerk auf dem Versicherungsschein „Sie werden betreut von: B-Assekuranz ...“ allein oder in Verbindung mit der Verfügung über die Antragsformulare den Schluss zu, die Bekl. habe den Zeugen W mit der Entgegennahme von Antragserklärungen betraut. Ein solcher Vermerk ist auch dann im Interesse des Versicherungsnehmers wie auch des Vermittlers zweckmäßig, wenn dieser keine agentenähnliche Stellung innehat, sondern Makler ist. Die von einem Makler einmal hergestellte Geschäftsverbindung soll durch einen solchen Vermerk als weiterbestehend gekennzeichnet werden. Der Versicherungsnehmer soll wissen, an wen er sich bei Fragen zu diesem Vertrag oder bei anderen, Versicherungen allgemein betreffenden Fragen wenden kann.“]

2. Auslegung und Beweislast hinsichtlich einer solchen Erklärung

Fraglich ist, ob das Schreiben vom 25. Juni 2005 einem späteren Schweigen der A einen solchen Erklärungswert beirechnen kann. Zwar legt das Verhalten des S nahe, dass B erläuterte, die spätere Zusendung des Antrags mit der Angabe der Fluggäste sei für das Bestehen von Versicherungsschutz ausreichend. Falls B dies erläutert hätte, müsste das spätere Schweigen des Versicherers als Annahmeerklärung ausgelegt werden. Der Nachweis für die Erläuterung trägt aber W nach dem allgemeinen Grundsatz über die Beweislast im Zivilprozess. Jede Partei hat die tatsächlichen Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen, dessen Rechtsfolge sie geltend macht. Den Anspruchsteller trifft die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Gegner muss Beweis für rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsachen erbringen. Demgemäß muss derjenige, der Rechte aus einem Versicherungsvertrag herleitet, nachweisen, dass ein Vertrag mit dem von ihm behaupteten Inhalt zu Stande gekommen ist. Ein solcher Nachweis gelingt W aber nicht. Daher scheidet eine entsprechende Auslegung der Willenserklärung der A aus.

II. Anspruch aus vorläufiger Deckungszusage

Es käme ein Anspruch aufgrund der Erteilung einer vorläufigen Deckungszusage in Betracht. Eine solche könnte sich aus den Erklärungen bei der Erörterung des Vertrages ergeben. Es gelten aber die gleichen Grundsätze, wie oben dargelegt, zur Verteilung der Beweislast. W gelingt nicht die Zusage einer vorläufigen Deckung nachzuweisen.

Weiterhin hätte B keine Vollmacht für die Erteilung einer vorläufigen Deckungszusage, wie sich aus dem Umkehrschluss zum Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht nach § 43 Nr. 1 – 4 VVG ergibt.

III. Anspruch aus Vertrauenshaftung

W könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 100.000€ aus versicherungsrechtlicher Vertrauenshaftung haben. Nach dieser durch die Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2001 – IV ZR 220/00 = NVersZ 2002, 64 = VersR 2001, 80) gewohnheitsrechtlich entwickelten Haftung haftete der Versicherer im Sinne einer Erfüllungshaftung (positives Interesse auch bei cic!). Falls der Versicherungsagent Aufklärung über vertragswesentliche Punkte gibt, so darf der VN (auch Versicherungsinteressent) darauf vertrauen, wenn nicht ein erhebliches Eigenverschulden des VN vorliegt.

1. Agentenstellung

Zweifelhaft ist, ob B eine entsprechende Vertrauensstellung einnahm. Die gleichen Argumente, die eine Anwendung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung begründeten, sprechen auch für die Anwendung der Vertrauenshaftung auf den Pseudomakler.

2. Erklärung bei Vertragsschluss

Weiterhin müsste bei Vertragsschluss oder bei späterer Vertragsänderung eine Erklärung des B über den Umfang oder das Bestehen des Vertrages erfolgt sein. Die Beweislast hierfür liegt wiederum bei W und ihr gelingt nicht der Nachweis einer solchen Erklärung.

[Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob nicht ein Vertrag vorhanden sein muss als Anknüpfungspunkt für eine Rechtsscheinhaftung (sehr str. vgl. Prölss in Prölss/ Martin, VVG, 27. Auflage, 2004, § 3 Rn. 44).]

III. Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlung

W könnte gegen A einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlung (früher cic) aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auf Zahlung von 100.000 € haben.

1. Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB bestand zwischen S und A nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen der Aufnahmen von Vertragsverhandlungen.

2. Pflichtverletzung

Weiterhin müsste eine Pflichtverletzung vorliegen. A ist als Versicherer grundsätzlich (str. vgl. Prölss in 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, 2000, S. 563) nicht verpflichtet, einen Antrag innerhalb der Antragsfrist positiv oder negativ zu bescheiden und die Entscheidung dem VN kundzutun. Eine Besonderheit gilt für ersichtlich eilbedürftige Fälle. Ein solcher Fall liegt nicht vor, da S nur für einen Tag Versicherungsschutz begehrte und nach Ablauf des Tages für A nicht ersichtlich ist, dass weitere Flüge geplant waren.

B könnte eine Pflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt haben, nämlich die unterlassene Anzeige, dass für den Flug vom 01. August 2005 kein Versicherungsschutz bestand. Diese mögliche Pflichtverletzung könnte A nach § 278 BGB zugerechnet werden. B ist als Versicherungsagent aufgrund des Agenturvertrages mit A auch Erfüllungsgehilfe, so wird eine Pflichtverletzung durch B dem A zugerechnet.

Hierzu OLG Hamm, Urteil vom 28. Mai 1997 a. a. O.:

„Der Beklagte zu 2) steht als Versicherungsvermittler im Handelsvertreterverhältnis zu der Beklagten zu 1). Er ist auch im konkreten Falle als Versicherungsagent und nicht als Versicherungsmakler für den Geschäftsmann S. aufgetreten. Zwar hat er auf dessen Wunsch hin sich um die Verschaffung von Versicherungsschutz gegen Flugunfälle bemüht, wie aus den Schreiben vom 25. und 27.07.1995 hervorgeht. Von einem Versicherungsmakler unterscheidet sich der Beklagte zu 2) jedoch dadurch, daß er hier an den Beklagten zu 1) vertraglich gebunden ist, insbesondere gem. § 86 HGB als Agent die Interesse der Beklagten zu 1) als Versicherer vertreten muß, wobei unschädlich ist, daß der Beklagte zu 2) als Mehrfachagent, u.a. auch für die Ba. Versicherung, tätig ist.

Wenn auch die Beklagte zu 1) als Versicherer nicht grundsätzlich verpflichtet ist, einen Versicherungsinteressenten über jede Einzelheit der Versicherungsbedingungen vorab zu informieren, so hat sie hier jedoch die besondere Beratung des Geschäftsmannes G., wie dieser Versicherungsschutz gegen Flugunfälle erlangen konnte, durch ihren Erfüllungsgehilfen, den Beklagten zu 2), übernommen. Sie hat sich dessen Falsch- und Fehlberatung zurechnen zu lassen.“

Weiterhin müsste B eine Pflicht verletzt haben. B faxte die Antragsformulare an A weiter und wies S darauf hin, dass vor dem nächsten Flug dieser früher zugeschickt werden müssen. Durch diese Handlung hat B den Irrtum bei S erregt, dass Versicherungsschutz aufgrund des Zusendens der Antragsunterlagen bestehen könnte. Das Hervorrufen eines solchen Irrtums stellt eine Pflichtverletzung dar.

3. Verschulden

B handelte auch schuldhaft, da er vor der Information und dem Weiterleiten der Anträge aus den AVB oder aus Rückfragen bei A hätte erkennen können, welche Voraussetzungen für das Bestehen von Versicherungsschutz notwendig sind. Da ein Verschulden festgestellt werden kann, kommt es auf § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht mehr an.

4. kausaler Schaden

OLG Hamm, Urteil vom 28. Mai 1997, a. a. O.:

„Wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen können die Geschädigten gemäß § 249 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils gestanden hätten. Der Anspruch geht in der Regel auf Ersatz des Vertrauensschadens, der der Höhe nach grundsätzlich nicht mit dem Erfüllungsinteresse übereinstimmt. Der Anspruch entspricht jedoch dem Erfüllungsinteresse, wenn das Geschäft ohne das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen mit dem vom Geschädigten erstrebten Inhalt wirksam zustande gekommen wäre. Das ist hier festzustellen. Der Beklagte zu 2) hätte, wie dargelegt, zumindest nach Erhalt der Informationen von der Zeugin Be. am 07.08.1995 den Geschäftsmann S. umgehend unterrichten können und müssen. Wäre dies erfolgt, hätte bei einer hier naheliegenden vernünftigen Verhaltensweise des Geschäftsmanns S. dieser umgehend für sich und die Fluggäste Versicherungsschutz dadurch erlangen können, daß er auch bei der Beklagten zu 1) noch rechtzeitig vor dem zweiten Flugtermin, dem 16.08.1995, einen Antrag auf Gewährung von Versicherungsschutz für ihn als Piloten mit einer Laufzeit von mindestens einem Jahr hätte stellen können und dann - wie der Prokurist Sch. angegeben hat - die jeweiligen Fluggäste spontan noch rechtzeitig durch bloße Anmeldung mitversichern können. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß ein derartiger Versicherungsantrag des Geschäftsmanns S. nicht mehr rechtzeitig vor dem 16.08.1995 angenommen worden wäre, da die Beklagte zu 1) diese Sparte des Versicherungsgeschäfts betreiben wollte und ihr der dringende Versicherungsbedarf deutlich gemacht worden war. Schließlich waren die Zeuginnen Be. und K. angesichts der vorher eingezogenen Informationen in der Lage, den Versicherungsantrag sofort sachgerecht zu bearbeiten und zum Abschluß zu bringen. Jedenfalls ist nichts dafür ersichtlich, daß nicht jedenfalls eine vorläufige Deckungszusage, wie sie auf S. 4 der Antragsunterlagen in der Rubrik "Vertragsgrundlagen" im zweiten Absatz erwähnt ist, gewährt worden wäre. Angesichts des von S. ausdrücklich geäußerten Interesses an Versicherungsschutz für sich und seine Fluggäste, wie sich aus dem Bemühen des Beklagten zu 2) (vgl. seine Schreiben vom 25. und 27.07.1995) hervorgeht, ist auch davon auszugehen, daß der Geschäftsmann S. auch trotz höherer Prämie für den Jahresvertrag und die Einzelprämien für die Flugteilnehmer einen solchen Versicherungsantrag gestellt hätte.“

5. Ergebnis: W hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 €.

Ansprüche gegen B als Pseudomakler:

OLG Oldenburg, Urteil vom 13. Januar 1999 – 2 U 246/99 = NVersZ 1999, 359 =
VersR 1999, 757

I. Anspruch aus § 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB

W könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB („Sachwalterhaftung“) haben.

OLG Hamm, Urteil vom 28. Mai 1997, a. a. O.:

„Auch eine Eigenhaftung wegen eines von dem Beklagten zu 2) gegenüber dem Geschäftsmann S. gesetzten besonderen persönlichen Vertrauens ist nicht festzustellen. Der Verhandlende haftet, wenn er im besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Verhandlungen beeinflusst hat. Voraussetzung ist jedoch, daß er über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehend persönliche Gewähr für die Seriosität und die Erfüllung des Vertrages übernommen hat (BGH VersR 1991, 1052, 1053; 1247,1248). Für das erforderliche qualifizierte Vertrauen ist daher in der Regel der Hinweis auf eine besondere eigene Sachkunde nicht ausreichend (BGH NJW 1990, 506). Auch private Kontakte oder eine langjährige Geschäftsbeziehung genügen nicht (BGH NJW-RR 1992, 605). Diese Voraussetzungen treffen beim Versicherungsagenten in der Regel nicht zu (BGH VersR 1991, 1052, 1053; Senat VersR 1995, 167; vgl. ferner BGH VersR 1991, 1247, 1248). Die langjährigen geschäftlichen Kontakte als Versicherungsvertreter auch im Rahmen der umfangreichen zu versichernden Interessen des Geschäftsmanns S. und auch seine Tätigkeit bei der Regulierung der Versicherungsverträge lassen den Beklagten zu 2) auch nicht als Sachwalter der Versicherungsinteressen des Geschäftsmanns S. darstellen (vgl. zur Eigenhaftung des Sachwalters auch BGH VersR 1995, 350). Auch wenn der Geschäftsmann S. aufgrund der langjährigen geschäftlichen Beziehung zu dem Beklagten zu 2) ein besonderes persönliches Vertrauen in dessen Tüchtigkeit erworben hatte, so ist doch nicht festzustellen, daß der Beklagte zu 2) eine Gewähr für die Seriosität und die Erfüllung des Versicherungsvertrages übernommen hätte.“

(Aufgrund der Besonderheit eines Pseudomaklers ist auch ein anderes Ergebnis begründbar.

Bei einem Agent wird dagegen eine Sachwalterhaftung regelmäßig zu verneinen sein. Hier wird aber der Weg über eine Rechtsscheinhaftung gegen B genommen. Die Haftung bleibt in allen Fällen gleich.)

[Ausblick auf die Umsetzung der Vermittlerrichtlinie und den Referentenentwurf vom 09. Dezember 2004 abrufbar z.B. unter www.vermittlerrichtlinie.de:

§ 42 e Schadensersatzpflicht

Der Versicherungsvermittler ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Versicherungsnehmer durch die Verletzung einer Pflicht nach §§ 42b oder 42c entsteht. Dies gilt nicht, wenn der Versicherungsvermittler die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.]

II. Anspruch aus Rechtsscheinhaftung in Verbindung mit § 98 HGB

W könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 100.000€ nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung in Verbindung mit § 98 HGB haben.

1. Pseudomakler

Für eine Haftung nach § 98 HGB müsste B Makler im Sinne des § 93 HGB sein. Das ist aber aufgrund der vorhandenen Agenturverträge nicht der Fall, da eine Verpflichtung gegenüber A besteht.

B müsste sich aber wie ein Makler behandeln lassen, wenn er den entsprechenden Rechtsschein gesetzt hat. (Neben dieser Vertrauenshaftung käme auch eine Pflichtverletzung eines

konkludent geschlossenen Maklervertrages in Betracht vgl. Kollhosser in Prölss/ Martin a. a. O., Nach § 48 Rn. 61.)

vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 13. Januar 1999, a. a. O.:

„Schließlich ergibt sich mittelbar auch aus dem Briefbogen, den der Bekl. für sein Schreiben vom 22. 5. 1997 verwendet hat, daß er als Makler tätig geworden ist; darin bezeichnet er sich nämlich als Versicherungsfachmann, der ein „Fachgeschäft für preiswerten Versicherungsschutz,, betreibe und „Versicherungen aller Art,, vermittele; auch in seinem Bürostempel verwendet er den Zusatz „Fachgeschäft für preiswerten Versicherungsschutz,,. Er behauptet auch selbst nicht, im Geschäftsverkehr anders aufzutreten oder im vorliegenden Fall anders aufgetreten zu sein. Einem verständigen Verbraucher, auf den es hier ankommt, drängt sich damit der Eindruck auf, der Bekl. handele nicht für eine oder mehrere - bestimmte - Versicherungsgesellschaften als deren Agent, sondern sei ohne eine solche Bindung tätig, also Makler. Er muß sich daher zumindest so behandeln lassen, als wäre er als Makler tätig geworden (so grds. auch OLG Hamm, VersR 1995, 167 [168]; OLG Köln r+s 1991, 32), es sei denn, er hätte deutlich gemacht, daß er nicht Makler sei (vgl. Prölss/Martin, VVG, 26. Aufl. [1998], Anh. §§ 43-48 Rdnr. 61).“

2. Verschulden und Ergebnis

Hinsichtlich der schuldhaften Pflichtverletzung sei auf die obigen Darlegungen verwiesen. Daher hat W gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 100.000€.

1. Abwandlung:

I. Anspruch aus dem Versicherungsvertrag

S könnte gegen A einen Anspruch auf Ersatz seiner Schäden in Höhe von 400.000 € aus dem Gebäuderversicherungsvertrag in Verbindung mit § 1 Abs. 1, 49 VVG haben.

1. Versicherungsvertrag

Ein wirksamer Versicherungsvertrag liegt nach den Angaben im Fall vor.

2. Versicherungsfall, insbesondere Vertragsauslegung

Weiterhin müsste ein Versicherungsfall vorliegen. Hier handelt es sich um einen Hagelschaden und gerade nicht um einen Sturmschaden. Für diesen sollte nach der angegebenen Klausel aber kein Versicherungsschutz übernommen werden. Eine Erweiterung könnte sich aber aus der Auslegung des Vertrages ergeben (*Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungs- oder Vertrauenshaftung wäre bei diesem Lösungsweg entbehrlich; vgl. Römer, VersR 1998, S. 1313 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000 – 20 U 22/00 = NJW-RR 2001, S. 239 ff.*).

Dem Versicherer wird nach der „Auge- und-Ohr-Rechtsprechung“ die Kenntnis, dass der Agent Erklärungen zum Inhalt des Versicherungsvertrags bzw. zum Umfang des Deckungsschutzes abgab, zugerechnet. Der Versicherungsvertrag kommt in diesem Fall mit dem vom Agenten wiedergegebenen Inhalt zu Stande, denn die Auslegung der Willenserklärung des Versicherungsinteressenten kommt genau zu diesem Ergebnis, da sie im Lichte der vorhergehenden Erklärung des Agenten, die der Versicherer nach der „Auge-und-Ohr-Rechtsprechung“ kannte, betrachtet werden muss, wenn der Versicherungsnehmer auf die Richtigkeit der Angaben des Agenten vertraut und einen Versicherungsvertrag mit diesem Inhalt abschließen will (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2000 a.a.O.).

Es fehlt hier aber an einer über den Inhalt des schriftlich niedergelegten Textes des Versicherungsvertrags hinaus gehenden konkreten mündlichen Zusage des Agenten S zum Versicherungsschutz.

Die Erklärung, dass S „rundum“ versichert sei und „kein Restrisiko“ bestehe, führt nicht zu einem konkreten über den schriftlichen Text hinausgehenden bestimmten Vertragsinhalt. Es bleibt vielmehr unklar, was unter Rundum-Versicherungsschutz und unter „Restrisiko“ zu verstehen sei und was die Parteien darunter verstanden haben. Erklärungen dieser Art beinhalten nur allgemein gehaltene Angaben und konkretisieren nicht den Umfang des Versicherungsschutzes. Es lässt sich vorliegend auch nicht im Wege der Auslegung feststellen, was die Parteien unter „umfassendem Versicherungsschutz“ und „Restrisiko“ verstanden hatten.

(Eine andere Auffassung ist hier mit entsprechenden Argumenten vertretbar, wobei aber mit keinem Wort auf ein eventuelles Eigenverschulden des S eingegangen werden darf, wenn man eine Vertragsauslegung vornimmt.)

II. Anspruch auf Ersatz nach den Grundsätzen der Erfüllungs- oder Vertrauenshaftung

S könnte einen Anspruch auf Ersatz nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung haben. Damit diese eingreifen, muss der Vermittler bei oder vor Abschluss des Vertrages falsch über den Umfang des Versicherungsschutz, die Bedeutung des Bedingungswerkes Auskunft gegeben haben oder eine Zusage über Leistungen erteilt haben. Die Vertrauenshaftung wird als eine Ergänzung der früheren sic angesehen (vgl. Römer/ Langheid, VVG, § 43 Rn. 39, BGH, Urteil vom 04.07.1989 - VI ZR 217/88 = NJW 1989, S. 3095 ff.). Die Auskunft wurde aber erst nach Vertragsschluss getätigt. In diesem Zeitpunkt ist eine Vertrauenshaftung nur einschlägig, wenn eine Vertragsänderung vorgenommen wird, da zur Begründung die besondere Vertrauensstellung des Agenten herangezogen wird (vgl. Berliner Kommentar – Gruber, § 43 Rn. 24). Laut Sachverhalt wurde der Vertrag erörtert und gerade keine Änderung vorgenommen. Daher besteht keine Haftung nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung.

Obige Ausführungen zur Auslegung der Erklärungen treten ergänzend hinzu. Der Schluss auf eine Erweiterung des Versicherungsschutzes ist nicht möglich, denn als "Zusage" genügt nur eine konkretisierbare Angabe. *(Auch hier ist eine andere Auffassung gut vertretbar. Die Bearbeiter müssen dann aber das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Rahmen des erheblichen Eigenverschuldens erkennen.)*

III. Anspruch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Weiterhin könnte S einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (früher pVV) haben. Ein wirksames Schuldverhältnis liegt vor.

1. Pflichtverletzung; Bestehen einer Beratungspflicht und Verschulden

Des Weiteren müsste B eine Pflicht verletzt haben. Hier könnte B seine Beratungspflicht verletzt haben. Grundsätzlich ist es Aufgabe des VN, sich um ausreichenden Versicherungsschutz zu bemühen, insoweit würde keine Pflicht zur Aufklärung über Lücken im Versicherungsschutz bestehen. Aber davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn ein erkennbarer Beratungsbedarf des Versicherungsnehmers besteht. Wenn der Versicherungsnehmer Beratung durch den Agenten wünscht oder wenn für den Agenten erkennbar wird, dass der Versicherungsnehmer das Objekt „so gut wie möglich versichert“ haben will, trifft den Agenten die

Pflicht, den Versicherungsnehmer über nahe liegende versicherbare aber nicht versicherte Risiken zu beraten. Aufgrund der Äußerungen des S, der an einer umfassenden Sicherung interessiert war, bestand ein solcher Beratungsbedarf.

Ein Agent muss bei dem für ihn erkennbaren Wunsch des Versicherungsnehmers nach „umfassendem Versicherungsschutz“ *alle* versicherbaren Gefahren aufzählen und für alle denkbaren Risiken Versicherungsschutz anbieten. Jedenfalls muss er aber solche Gefahren erwähnen, die nahe liegen und deren Eintritt für das versicherte Objekt nicht unwahrscheinlich erscheinen. Dazu gehört bei einem Gebäude mit einem Flachdach die Gefahr „Hagel“. Es besteht also eine Pflicht zur umfassenden Beratung über möglichen Versicherungsschutz.

Die hierauf folgenden Aufklärungen des B waren fehlerhaft. Eine Pflichtverletzung liegt vor. Das Verschulden des B muss sich A nach § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen.

2. Schaden und Kausalität der Pflichtverletzung

Problematisch ist, ob der Schaden kausal auf die Pflichtverletzung zurückgeführt werden kann.

Hätte B über die Lücke im Versicherungsschutz aufgeklärt, dann hätte S noch lange keinen Versicherungsschutz für Gefahren aus Hagelschauern. Über diese Klippe hinweg hilft jedoch die Vermutung für ein aufklärungsgerechtes Verhalten des S. Er hätte auf Erweiterung des Versicherungsschutzes bestanden. Soweit Zweifel daran bestehen, weil die Erweiterung des Versicherungsschutzes auf das Hagelrisiko mit einer Prämienhöhung verbunden gewesen wäre, kann dem nicht gefolgt werden. Wenn - wie hier - vertragliche Beratungspflichten verletzt werden, so besteht eine Vermutung dafür, dass sich der Geschädigte „aufklärungsrichtig“ verhalten hätte. Das gilt jedenfalls dann, wenn es für den aufzuklärenden Vertragspartner vernünftigerweise nur eine Möglichkeit der Reaktion gab und die vollständige und richtige Beratung keinen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte. Eine Entscheidung, auch das Risiko „Hagel“ zu versichern, liegt nahe. Im Ergebnis scheidet aus diesen Gründen die Kausalität nicht. *(Aber im Rahmen des Vorteilsausgleichs muss ein Abzug erfolgen, denn die Einbeziehung der Gefahr Hagel führt zu einer Prämienhöhung.)*

3. Anspruchsminderung wegen Mitverschuldens des S nach § 254 Abs. 1 BGB

In einem letzten Punkt ist auf das Mitverschulden des S – Geschäftsmann – nach § 254 Abs. 1 BGB einzugehen. Hier ist zu beachten, dass im Gegensatz zur Vertrauenshaftung nicht das Alles-oder-Nichts-Prinzip greift. Das Mitverschulden des S kann vernachlässigt werden, obwohl sich aus den Versicherungsbedingungen etwas anderes ergab. Es kann nicht Aufgabe des VN sein die gesamten Versicherungsbedingungen zu studieren, wenn eine Aussage hierzu

gemacht wurde. Ein Mitverschulden sollte nur bei Widerspruch gegen klare und deutlich hervorgehobene Versicherungsbedingungen angenommen werden.

(Eine andere Wertung ist unter Hinweis auf Kollhosser in Prölss/ Martin, a. a. O., § 43 Rn. 31 gut vertretbar.)

2. Abwandlung:

Die Abwandlung behandelt den Fall der mündlichen Ergänzung durch B und der daraus folgenden Auslegung des Versicherungsantrages von S. Der Antrag wird nach dem objektivierten Empfangshorizont ausgelegt. A muss sich das Wissen ihres Agenten nach der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung zurechnen lassen. Daher muss der Antrag im Lichte der Erklärung des B ausgelegt werden, denn die Kenntnis dieser Erklärung wird A zugerechnet. Falls B zusicherte, dass das Risiko Hagel mitversichert ist, muss der Antrag des S in diese Richtung ausgelegt werden – Einschluss des Risikos Hagel.

Fraglich ist, wer die Beweislast für den so auszulegenden Antrag trägt. Die Beweislast für eine den schriftlichen Antrag ergänzende mündliche Erklärung trägt S. Im Versicherungsvertragsrecht gilt dieselbe Grundregel wie im übrigen Zivilrecht. Jede Partei hat die tatsächlichen Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen, dessen Rechtsfolge sie geltend macht. Den Anspruchsteller trifft die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Gegner muss Beweis für rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsachen erbringen. Demgemäß muss derjenige, der Rechte aus einem Versicherungsvertrag herleitet, nachweisen, dass ein Vertrag mit dem von ihm behaupteten Inhalt zu Stande gekommen ist. Dazu gehört auch der Nachweis eines entsprechenden Antrags des Versicherungsnehmers selbst. Wenn sich der Versicherungsnehmer auf eine mündliche Ergänzung seines schriftlichen Versicherungsantrags beruft, trägt er dafür die Beweislast. Es gilt die Vermutung für die Vollständigkeit und Richtigkeit des schriftlich niedergelegten Antrages (*Prölss*, Hdb. d. Beweislast, § 1 VVG Rn. 1, 2; vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2002 – IV ZR 145/01 = NVersZ 2002, S. 452 ff.).

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zur Kenntniszurechnung nach der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung. Die Beweislast für eine Obliegenheitsverletzung des Versicherungsinteressenten bei Antragstellung trägt nämlich der Versicherer, weil eine Verletzung zum Rücktritt oder Anfechtung berechtigt und so rechtsvernichtende Wirkung hat. Dagegen haben der Antrag und eine mündliche Ergänzung rechtsbegründende Wirkung und aus diesem Grund trägt der Versicherungsnehmer die Beweislast.

(Falls diesem Ansatz nicht gefolgt wird und die Bearbeiter auf die gewohnheitsrechtliche Erfüllung- oder Vertrauenshaftung eingehen, kommt es zu keinem anderen Ergebnis, denn auch in diesem Fall trägt S die Beweislast.)

3. Abwandlung:

Fraglich ist, ob ein wirksamer Versicherungsvertrag zustande gekommen ist. Der Vertrag könnte wegen Verstoßes gegen das Provisionsabgabeverbot in Verbindung mit § 134 BGB nichtig sein.

Zwar liegt ein Verstoß gegen das genannte Verbot vor. Auch handelt es sich bei dem Provisionsweitergabeverbot um ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB. Der vorliegende Verstoß führt gleichwohl nicht zur Nichtigkeit des Versicherungsvertrages. Das Verbot der Weitergabe von Provisionen richtet sich nämlich nur gegen Versicherer und Versicherungsvermittler, nicht aber gegen den Versicherungsnehmer. Bei derartigen einseitigen Verbotsgesetzen tritt die Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB nur dann ein, wenn der Schutzzweck des Gesetzes anderweitig nicht gewährleistet werden kann. Dies ist im Hinblick auf die nach dem VAG bestehenden Sanktionsmöglichkeiten aber nicht der Fall (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 25.09.2002 – 20 U 63/02 = NJOZ 2003, S. 292 ff. und *Winter*, VersR 2002, S. 1055 ff. m.w.N.).

Darüber hinaus spricht gegen die Annahme von Nichtigkeit nicht nur der jeweiligen Abrede, einen Teil der Provision weiterzugeben, sondern gem. §§ 134, 139 BGB auch des gesamten Versicherungsvertrages in entscheidendem Maße, dass dem Versicherungsnehmer unter Umständen nach Jahren und nach Eintritt des entsprechenden Versicherungsfalles gegen den Versicherer keinerlei Erfüllungsansprüche zustünden und er insoweit schutzlos stünde (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 25.09.2002 a.a.O.).

Daher ist ein wirksamer Versicherungsvertrag zustande gekommen

Zusatzfrage:

BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 251/04 = BGHZ 162, 67 = VersR 2005, 406

Zur eigenen Lektüre:

„a) Nach der herkömmlichen Übung schließt der VersMakler zwar - ausdrücklich oder konkludent - einen Maklervertrag stets mit dem VN (so etwa Prölss/Martin/Kollhosser, VVG 27. Aufl, nach § 48 VVG Rn. 3; abweichend Reiner in Ebenroth/Boujong/Jost, HGB, § 98 Rn. 30). Er erhält aber gleichwohl seine Provision nicht von diesem, sondern von dem Versicherer (vgl. BGHZ 94, 356, 359 = r + s 85, 206), dessen Prämie freilich mit einem anfangs jedenfalls beträchtlichen Anteil (näher Schwintowski in Honsell [Hrsg], Berliner Kommentar zum VVG [BK], Vorbem. §§ 159-178 Rn. 68ff.) die an den Makler zu entrichtende Courtage enthält (sogenannte Bruttopolice). Für diese Zahlung gilt nach wohl allgemeiner Meinung der so genannte „Schicksalsteilungsgrundsatz“: Die Courtage teilt das Schicksal der VersPrämie im Guten wie im Schlechten (OLG Hamm NJW-RR 94, 1306; OLG Saarbrücken OLG-Report 97, 334, 335; Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., Bd. I, vor §§ 43-48 Anm. 82; BK/Gruber, Anhang zu § 48 Rn. 18; Prölss/Martin/Kollhosser, aaO, nach § 48 VVG Rn. 35; jeweils m.w.N.). Kündigt daher der VN den VersVertrag vor dessen Ablauf, so entfällt mit der weiteren Prämienzahlung auch der in den künftigen Prämien enthaltene Anteil der Maklerprovision.

b) Bei der im Streitfall demgegenüber nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich vorgenommenen Trennung zwischen Maklervertrag und VersVertrag auch hinsichtlich der Provisionspflicht liegt es insofern anders: Jedenfalls nach dem Inhalt der Abrede zwischen dem Makler und seinem Kunden soll der Anspruch auf den Maklerlohn in diesem Fall unabhängig von dem späteren Schicksal des wirksam geschlossenen VersVertrags sein, eine vorzeitige Kündigung der Versicherung also die Verpflichtung zur Fortzahlung der Courtagelraten nicht berühren. Von einem Teil der Rspr und Literatur wird die damit zumindest bei kurzer Laufzeit des VersVertrags verbundene Schlechterstellung des VN mit unterschiedlichen rechtlichen Ansätzen (Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. §§ 165, 174, 178 VVG; Unwirksamkeit gemäß § 9 AGB oder § 307 BGB n.F.) für unzulässig gehalten: so das BG in NJW-RR 03, 1470; LG Nürnberg-Fürth VerBAV 99, 322 = VersR 00, 1235 (LS); AG Berlin-Neukölln VersR 03, 502 und 03, 504 (jeweils aufgehoben durch Urteile des LG Berlin; Anm. der Redaktion in VersR 03, 1571 und 1574); zustimmend Prölss/Martin/Kollhosser, aaO, nach § 48 VVG Rn. 42a. Demgegenüber bejaht die inzwischen wohl überwiegende Meinung auch unter solchen Umständen die Wirksamkeit einer besonderen Provisionsvereinbarung mit dem Versicherungsnehmer: OLG Frankfurt a.M. VersR 03, 1571; OLG Karlsruhe VersR 04, 999; OLG Nürnberg VersR 03, 1574; LG Baden-Baden, Urteil vom 12. 3. 04 - 2 S 76/03 (dazu Senatsurteil vom heutigen Tage, III ZR 207/04); LG Karlsruhe - 9. Zivilkammer -, Urteil vom 14. 5. 04 - 9 S 261/03 (Revisionsverfahren III ZR 322/04); LG Paderborn NJW-RR 04, 329; Loritz, VersR 04, 405, 408ff.m.w.N.

Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Rechtsauffassung an. Die gegen die Gültigkeit einer solchen Provisionsabrede von der Gegenansicht vorgebrachten Einwendungen greifen nicht durch. Infolgedessen lässt sich das Berufungsurteil weder mit der darin gegebenen Begründung noch aus anderen Gründen aufrechterhalten.

4. Nichtigkeit einer Vereinbarung über die Provisionspflicht des VN nach § 134 BGB, weil sie die dem VN gemäß § 165 Abs. 1, § 174 Abs. 1 und § 178 VVG zwingend eingeräumte Kündigungsfreiheit erschwere, wovon das BG ausgeht, kommt schon von der Rechtsfolge her nicht in Betracht. Über die vom BG erörterte Frage, inwieweit das Kündigungsrecht des VN durch die in Ziff. 5 der Vertragsbedingungen vereinbarte Abtretung auf den Zessionar übergeht und ob der VN dessen ungeachtet nach § 165 VVG weiterhin zur Kündigung berechtigt ist, muss daher nicht entschieden werden. Nach jenen Bestimmungen kann der VN bei Lebensversiche-

rungen mit laufender Prämienzahlung das Versicherungsverhältnis jederzeit für den Schluss der laufenden VersPeriode kündigen (§ 165 Abs. 1 VVG) oder - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen - die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie Versicherung verlangen (§ 174 Abs. 1 VVG). Auf eine Vereinbarung, durch welche von diesen Vorschriften zum Nachteil des VN abgewichen wird, kann sich der Versicherer gemäß § 178 Abs. 1 und 2 VVG nicht berufen. Diese Normen verbieten indes nicht das Rechtsgeschäft als solches, sondern lediglich einzelne Klauseln, sie tasten vor allem den Bestand des VersVerhältnisses für die Zeit vor der Kündigung nicht an. Demgegenüber würde eine Nichtigkeit der Provisionsabrede gemäß § 134 BGB dem VersMakler von Anfang an jeglichen Provisionsanspruch nehmen und damit weit über den vom Gesetz bezweckten Schutz des VN hinausgehen. Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die dem VN lediglich eine Vertragsbeendigung oder Vertragsänderung für die Zukunft ermöglichen soll, geben dafür eine Rechtfertigung.

6. Die formularmäßige Klausel über eine Fortdauer der Provisionszahlungspflicht unabhängig von dem späteren Schicksal des VersVertrags in Ziffer 4 der Vertragsbedingungen ist dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags nach nicht überraschend (§ 3 AGBG; jetzt § 305c Abs. 1 BGB). Sie ist entgegen der Auffassung einzelner Instanzgerichte (LG Nürnberg-Fürth VerBAV 99, 322, 324; AG Berlin-Neukölln VersR 03, 502, 503 und 03, 504f.) auch weder ganz noch zum Teil nach § 9 des im Streitfall gemäß Art. 229 § 5 EGBGB noch anwendbaren AGB-Gesetzes (jetzt § 307 BGB) unwirksam. Eine gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Maklerkunden (§ 9 Abs. 1 AGBG) liegt nicht vor, insbesondere weicht die Abrede nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

a) Maklerlohnansprüche für die Vermittlung von Verträgen entstehen gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits dann, wenn der Hauptvertrag wirksam zustande kommt. Der Bestand des nachgewiesenen oder vermittelten Vertrags bleibt auf die Provisionsforderung grundsätzlich ohne Einfluss. Die Zahlungspflicht des Maklerkunden entfällt deswegen im allgemeinen nicht, wenn der vermittelte Vertrag nachträglich durch Rücktritt, Kündigung, einverständliche Aufhebung oder ähnliche Rechtsgeschäfte beseitigt wird, ohne dass dabei eine schon im Vertragsschluss selbst liegende Unvollkommenheit mitgewirkt hätte (vgl. nur Senatsurt. v. 14. 12. 00 - III ZR 3/00 - NJW 01, 966, 967).

Davon weicht die hier in Rede stehende Vertragsklausel nicht ab. Es handelt sich für die ersten drei Jahre um eine reine Abschlussprovision, die kein Betreuungsentgelt enthält. Die Bestimmung knüpft an einen wirksamen Abschluss des VersVertrags an und erklärt spätere Änderungen oder eine vorzeitige Beendigung dieses Vertrags für provisionsunschädlich. Zu derartigen nachträglichen Rechtsgeschäften, die den Vergütungsanspruch des Maklers nicht berühren, gehört auch eine Kündigung des VersVertrags nach § 165 VVG oder die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung gemäß § 174 VVG. Entgegen der Ansicht des BG steht eine solche Kündigung einem zeitlich befristeten, aber sonst an keine Voraussetzungen gebundenen Rücktrittsrecht, bei dem eine echte vertragliche Bindung erst in dem Zeitpunkt begründet wird, an dem das Rücktrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann (Senatsurt. v. 20. 2. 97 - III ZR 208/95 - NJW 97, 1581, 1582 und vom 13. 1. 00 - III ZR 294/98 - NJW-RR 00, 1302, 1303), nicht gleich. Das VersVerhältnis lässt sich auch nicht, wie das BG weiter meint, in eine Kette periodisch aufeinander folgender Teile aufspalten, so dass ein Makleranspruch für die späteren Perioden jeweils erst mit Nichtausübung des Kündigungsrechts nach § 165 VVG entstände.

b) Die bei Lebensversicherungen den VN begünstigenden, bereits erörterten gesetzlichen Vorschriften der §§ 165, 174 und 178 VVG können neben § 652 BGB nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Sie richten sich ausschließlich an das VU und setzen inhaltlich auch ein Dauerschuldverhältnis voraus, dessen Voraussetzungen (eigene Leistungsfähigkeit, persönliche Beziehungen zu anderen) sich während der regelmäßig langjährigen Laufzeit

eines LebensversVertrags grundlegend ändern können, so dass mit Rücksicht hierauf das VersVerhältnis vorzeitig kündbar sein soll (Motive zum VVG, Nachdruck 1963, S. 224; BK/Schwintowski, § 165 Rn. 1). Derartige Umstände bestehen bei einem auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Maklervertrag entweder nicht oder sie haben jedenfalls nicht ein solches Gewicht, dass wie im VersVerhältnis ein den §§ 165 und 174 VVG entsprechender Eingriff in die Vertragsfreiheit geboten wäre. Das gilt selbst dann, wenn dem Maklerkunden - wie hier - die Möglichkeit eingeräumt wird, die Provision über insgesamt drei Jahre in monatlichen Raten zu tilgen. Richtig ist, dass mit dem Abschluss einer Nettopolice und der damit einhergehenden unmittelbaren Provisionspflicht des VN eine vorzeitige Kündigung der Lebensversicherung tatsächlich erschwert werden kann, weil sie an der Verpflichtung zur Weiterzahlung der Maklerprovision nichts ändert. Ob diese Folge aus Gründen des Verbraucherschutzes rechtspolitisch bedenklich ist oder ob eine solche Vertragsgestaltung umgekehrt wegen der ihr innewohnenden Transparenz zu begrüßen ist (vgl. Loritz, VersR 04, 405f., 409, 410), hat der Senat nicht zu entscheiden. Derartigen Erschwernissen zu begegnen, ist jedenfalls nicht Aufgabe der Vorschriften des VVG. Sie können bei einem Direktanspruch des Maklers gegen den VN auch sonst nicht als treuwidrige Benachteiligung des Kunden angesehen werden. Selbst bei einer Bruttopolice ist im übrigen eine Kündigung des VersVertrags während der ersten zwei bis drei Jahre für den VN regelmäßig mit erheblichen Verlusten verbunden. Sofern dies im VersVertrag hinreichend transparent vereinbart ist, dürfen die einmaligen Abschlusskosten zu einem wesentlichen Anteil mit den ersten VersPrämien verrechnet werden mit der Folge, dass der Rückkaufswert des Vertrags so lange gegen Null geht (vgl. BGHZ 147, 354, 363ff. = r + s 01, 386; Bruck/Möller/Winter, aaO, Bd. V/2 Anm. G 399; Prölss/Martin/Kollhosser, aaO, vor § 159 VVG Rn. 53; BK/Schwintowski, Vorbem. §§ 159-178 Rn. 68ff.).

c) Es fehlt endlich auch an einer rechtlichen Grundlage dafür, den für die Bruttoversicherungs-police entwickelten Grundsatz, dass die Courtage des VersMaklers das Schicksal der VersPrämie teilt, mit dem LG Nürnberg-Fürth (aaO) auf die unmittelbar vom VN zu zahlende Maklerprovision beim Abschluss einer Nettopolice zu übertragen. Bereits der rechtliche Ausgangspunkt dieses „Schicksalsteilungsgrundsatzes“ in § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB und § 92 Abs. 4 HGB (vgl. Prölss/Martin/Kollhosser, aaO, nach § 48 VVG Rn. 35) - d.h. aus dem Handelsvertreterrecht entnommenen Vorschriften - macht deutlich, dass es bei jener Regelung lediglich um eine Risikoverteilung zwischen dem Unternehmer und dem von ihm aus den Gewinnen des vermittelten Geschäfts entlohnten Vermittler bei Störungen in der Ausführung des Vertrags geht. Für einen Risikoausgleich solcher Art ist im Verhältnis zwischen dem VersMakler und seinem Kunden schon im Ansatz kein Raum. Ebensowenig bilden der Maklervertrag und der von der Kl. vermittelte Lebensversicherungsvertrag hier allein wegen der in Ziffer 5 der Gebührenvereinbarung enthaltenen Sicherungsabtretung der Ansprüche des Bekl. auf die VersLeistungen oder wegen der Anpassung der Prämienhöhe für die Versicherung an die gleichzeitig zu zahlenden Raten aus der Maklercourtage ein einheitliches Geschäft derart, dass auch die Verpflichtung zur ratenweisen Zahlung der Maklerprovision inhaltlich vom Fortbestand des Hauptvertrags abhängig wäre. Es verbleibt nach alledem bei der eingangs dargestellten grundsätzlichen Regel des § 652 Abs. 1 BGB, dass das spätere Schicksal des nachgewiesenen oder vermittelten wirksamen Hauptvertrags den Maklerlohnanspruch unberührt lässt.“

[Ergänzung: Die Anspruchsgrundlage für den Courtageanspruch des Maklers gegen den Versicherer in den Fällen einer Bruttoprämie ist umstritten (vgl. Kollhosser in Prölss/ Martin, a. a. O., Nach § 48 Rn. 28): konkludente Abrede, Handelsbrauch, Gewohnheitsrecht oder aus dem Versicherungsvertrag zwischen VN und VR zu Gunsten des Maklers.]