

FINANZEN

# proontra

Thema

## 15 Rechtstipps

für Versicherungsmakler und Mehrfachvertreter

*Mit Fachartikeln von u. a. Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski  
und Rechtsanwalt Stephan Michaelis*

Verlags-Sonderverö<sup>®</sup> entlichung in Kooperation mit:



KANZLEI MICHAELIS<sup>®</sup>  
RECHTSANWÄLTE



*Sabrina Hahlbrock, ERGO Maklerbetreuerin aus Frankfurt  
Hans Niebuhr, ERGO Vertriebsdirektor aus Düsseldorf*

**ERGO**

Versichern heißt verstehen.

## „Sehr viele Versicherungsmakler sichern sich bei uns ab.“

Darauf sind wir besonders stolz: Viele von Ihnen vertrauen unserer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung. Ihr Vertrauen ist berechtigt. Schließlich bieten wir Ihnen nicht nur ein ausgezeichnetes Deckungskonzept. In unserer eigens für Vermögensschaden-Haftpflichtfälle zuständigen Abteilung kümmern sich spezialisierte Juristen um Ihre Anliegen. Das bieten nur wenige Mitbewerber an. Viele weitere Argumente, die für uns und unsere starken Marken sprechen, finden Sie auf [makler.ergo.de](http://makler.ergo.de)



ERGO Maklervertrieb – starke Marken unter einem Dach.



---

# Inhalt

Pflicht des Maklers	4
Ist die Bestandscourtage trotz Kündigung der Courtagezusage weiterhin gesichert?	6
Der Weg vom Einzelunternehmen in die (GmbH & Co.) KG	8
Sonderkündigungsrechte beim Unternehmensverkauf?	11
Die persönliche Haftung des GmbH-Geschafters	14
Vereinbarung eines Erfolgshonorars bei Vermittlung von Nettopolice ist kein Umgehungsgeschäft	17
Dokumentationspflichten des Versicherungsvermittlers	19
Bestandspflegeprovision auch nach Vertragsbeendigung!?	22
„Systematische Leistungsablehnung“ bei Berufsunfähigkeitsversicherungen durch den Versicherer	25
Neue Erkenntnisse zur Dokumentationspflicht? (Entscheidung BGH, III ZR 544/13)	27
Die Erfüllung von Beratungspflichten durch Versenden einer Kundenzeitung?	29
Hinweispflichten des Maklers	32
Nachbesserungsbedarf bei Wiedereingliederungsmaßnahmen	33
Widerrufsrecht, bald ist Schluss!?	34
Die optimale Rechtsform für den Versicherungsmakler	36

## Impressum

Verlags-Sonderveröffentlichung  
der Alsterspree Verlag GmbH in Kooperation mit der  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte  
Postanschrift Verlag: Schumannstraße 17, 10117 Berlin  
Telefon: +49 (0)30 68 83 720-20  
Fax: +49 (0)30 68 83 720-49  
Web: www.alsterspree.de  
Adresse Kanzlei Michaelis:

Glockengießerwall 2, 20095 Hamburg  
Telefon: +49 (0)40 888 88 777  
Fax: +49 (0)40 888 88 737  
Web: www.Kanzlei-Michaelis.de  
Layout: Jakob Bettin, Julia Bettin  
Lektorat: TextSchleiferei.de  
Textbeiträge: RA Stephan Michaelis LL.M.,  
Prof. Dr. Schwintowski, RA Jens Reichow,

RA Dr. Jan Freitag, RA Björn Torben M. Jöhnke, RA  
Ralf C. Funke, RA(in) Stephanie Has, RA(in) Kathrin Pagel,  
RA Hennig Ratsch, RA Boris Glameyer  
© 2015 Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, Aufnahme in  
Online-Dienste, Internet und Vervielfältigung auf Datenträger  
oder durch andere Verfahren (auch auszugsweise) nur mit  
schriftlicher Genehmigung des Verlags.

# Pflicht des Maklers

## zur Aufklärung über mögliche Nachschusspflichten bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

### Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.,  
Kanzlei Michaelis, Hamburg

### I. Einleitung

Der Versicherungsmakler hat bei seinem Tagesgeschäft diverse Aufklärungs- und Beratungspflichten gegenüber dem Kunden zu erfüllen.

Spätestens das allseits bekannte Sachwalterurteil des BGH legte den rechtlichen Grundstein für diesen weitreichenden Pflichtenkreis des Versicherungsvermittlers, welcher mittlerweile auch eine Kodifizierung im VVG erfahren hat. Damit der Versicherungsmakler adäquat und pflichtgemäß beraten kann, ist es nicht nur erforderlich, dass er die Bedürfnisse und die Zielsetzung seines Kunden kennt, es ist auch unabdingbar, dass er die Besonderheiten des von ihm vermittelten Produkts bzw. die Eigenarten der jeweiligen Versicherungsgesellschaft kennt. Aus aktuellem Anlass soll in diesem Artikel ein geänderter Bestandteil der Satzung eines kleinen norddeutschen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG) in den Fokus gerückt werden, der bislang in der Öffentlichkeit wenig thematisiert wurde, für den Versicherungsmakler und seinen Kunden aber bedeutsam sein kann.

### II. Besonderheiten eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit

1. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) ist in den §§ 15 ff. des Gesetzes über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (VAG) gesetzlich geregelt. Diese Rechtsform weist einige Besonderheiten auf, insbesondere hinsichtlich der Stellung der „Versicherungsnehmer“.

2. Nach § 4 Ziff. 2 der aktuellen Satzung des eingangs erwähnten kleinen norddeutschen VVaG (Stand: 06/2014) erhält der Kunde bei Abschluss eines Versicherungsvertrages nicht lediglich die Stellung eines Versicherungsnehmers. Ausweislich der erwähnten Satzungsbestimmung begründet der Abschluss eines Versicherungsvertrages mit dem VVaG ebenfalls die Mitgliedschaft des Versicherungsnehmers zum VVaG. Der Versicherungsnehmer wird daher nicht bloß Vertragspartner der Versicherungsgesellschaft, er wird vielmehr Mitglied und (Mit-)Träger des Vereins. Das Versicherungsverhältnis ist daher zugleich eine vereinsrechtliche Mitgliedschaft.

3. Diese Vereinszugehörigkeit bleibt für den „Versicherungsnehmer“ nicht ohne Folgen. Die Mitgliedschaft zu einer Körperschaft, wie es ein VVaG ist, begründet zum einen Rechte, zum anderen allerdings auch Pflichten. Anders als bei einem reinen Vertragsverhältnis zwischen

Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer ist das Mitglied eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit viel enger mit dem Schicksal des Unternehmens selbst verbunden. Bei guter wirtschaftlicher Lage kann ein potenter Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit seinen Mitgliedern unter bestimmten Voraussetzungen erwirtschaftete Überschüsse auskehren.

Kehrseite ist allerdings auch, dass insbesondere bei schlechter wirtschaftlicher Lage Nachschusspflichten zu befürchten sind.

4. Der erwähnte VVaG hat in diesem Zusammenhang offensichtlich im Rahmen seiner letzten Satzungsänderung beschlossen, dass der „Versicherungsnehmer“, also das Mitglied des Vereins, zur Zahlung von Nachschüssen herangezogen werden kann. In der Satzung vom 31.07.2006 hieß es unter § 12 noch:

*„Die Mitglieder sind zu Nachschüssen nicht heranzuziehen. Versicherungsansprüche dürfen nicht gekürzt werden.“*

Die aktuelle geänderte Satzung des kleinen norddeutschen VVaG sieht nun unter erwähntem § 12 folgende Regelung vor:

*„1. Reichen die Einnahmen und verfügbaren Rücklagen zur Deckung der Ausgaben nicht aus, so sind die Mitglieder zu Nachschüssen bis zur Höhe eines Jahresbeitrages verpflichtet. Die Nachschusspflicht der im Geschäftsjahr ausgeschiedenen oder neu eingetretenen Mitglieder bemisst sich*

danach, wie lange sie im Geschäftsjahr dem Verein angehörten.

2. Die Festsetzung der Nachschüsse erfolgt durch den Vorstand unter Zustimmung des Aufsichtsrates. Die Ausschreibung über Höhe und Zahlungsfrist erfolgt nach § 3.

3. Die Einzahlung kann entweder gesondert oder mit dem nächstfälligen Beitrag gefordert werden. Bei einem Zahlungsverzug findet § 38 VVG Anwendung.“

Es ist hier also eine klare Kehrtwende innerhalb des Pflichtenkreises der Mitglieder zu verzeichnen.

Konnten die Mitglieder im Jahre 2006 noch sicher sein, keine Nachschüsse erbringen zu müssen, schwebt nun stets das Damoklesschwert der Nachschusspflicht über einem jeden Mitglied.

5. Der „Versicherungsnehmer“, also das Mitglied des VVaG, kann sich im Übrigen nicht einfach durch Austritt dieser Nachschusspflicht entziehen. Insofern ist auf § 12 Ziff. 1, S. 2 der Satzung, aktueller Stand, zu verweisen. Danach bestimmt sich die Nachschusspflicht der im Geschäftsjahr ausgeschiedenen Mitglieder danach, wie lange sie im Geschäftsjahr dem Verein angehörten. Auch das im laufenden Geschäftsjahr austretende Mitglied hat daher – zumindest anteilig – einen eingeforderten Nachschuss zu zahlen.

### III. Auswirkungen auf die Maklertätigkeit

Die oben erwähnte Änderung der Satzung des kleinen norddeutschen VVaG sollte jedem Makler, der beabsichtigt, Versicherungsprodukte dieses Versicherers zu vermitteln, bekannt sein. Sämtliche Zahlungsverpflichtungen, die einen Kunden aufgrund eines Versicherungsvertrages bzw. einer Mitgliedschaft in einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit treffen können, sind Umstände,

über die der Kunde Aufklärung erwarten darf und auf die dementsprechend der Makler hinzuweisen hat. Ein unterlassener Hinweis auf mögliche Nachschusspflichten dürfte vor diesem Hintergrund eine Beratungspflichtverletzung darstellen, für die letztlich der Makler einzustehen hat. Insofern verwundert, dass die oben thematisierte Satzungsänderung, die besagte Nachschusspflicht einführte, eher „still und heimlich“ erfolgte und bislang im Versicherungsvertrieb sehr wenig kommuniziert wurde. Ein jeder Makler muss um die Besonderheiten eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit Bescheid wissen, da sich hier ansonsten eine unerwartete Haftungsfalle auftun kann.

### IV. Umdeckungspflicht

Diejenigen Makler, die Kunden bei besagtem kleinen norddeutschen VVaG haben, werden sich auch die Frage stellen, ob diese Versicherungsverträge umgedeckt werden sollten? Eine echte Umdeckungspflicht können wir nicht erkennen. In Ansehung der Sachwalterentscheidung ist es aber dringend anzuempfehlen, dass der Kunde über die Satzungsänderung informiert wird. Der Makler sollte insbesondere dem Kunden deutlich vor Augen halten, dass er nunmehr als Mitglied des VVaG hinsichtlich seiner Nachschusspflicht haftet. Diese Information sollte der sorgfältige Versicherungsmakler an seine Kunden weitergeben.

Der Kunde muss sodann selbst entscheiden, ob er weiterhin Mitglied des Vereines sein möchte oder nicht. Der Kunde trifft dann die Entscheidung, ob er den Versicherer wechselt. Der Makler sollte nur sicher stellen, dass dem Kunden derartige wichtige Informationen zur Verfügung gestellt werden. Insofern gehen wir einmal davon aus, dass auch die Satzungsänderung direkt zwischen dem VVaG und dem Mitglied kommuniziert wurde.

Fazit: Ob eine echte Rechtspflicht für den Versicherungsmakler besteht, hier „hinter die Kulissen“, also in die Satzung zu schauen und Satzungsänderungen dem Kunden zu kommunizieren, möchten wir zunächst offen lassen. Wir empfehlen grundsätzlich, dass Kunden eines VVaG hinsichtlich derartiger negativer Satzungsänderungen auch durch den Versicherungsmakler informiert werden sollten. Erfolgt eine derartige Information, können wir einen Haftungsanspruch gegenüber dem Versicherungsmakler nicht erkennen.

Ansonsten möchten wir offen lassen, wie weitreichend letztendlich die Pflichten eines Versicherungsmaklers sind. Der gute und umsichtige Versicherungsmakler wird sicherlich sofort Kontakt zu seinen betroffenen Kunden aufnehmen und auch in der Beratungsdokumentation derartige Satzungsinhalte dokumentieren. Ansonsten besteht die Gefahr, dass bei Dokumentationslücken die Haftung des Versicherungsmaklers angenommen wird.

Hinsichtlich unserer persönlichen Meinung möchten wir kundtun, dass wir der Auffassung sind, dass ein Makler zur Aufklärung über Nachschusspflichten gerade auch bei Satzungsänderungen aufklärungspflichtig ist. Die Aufklärung erfolgt in Form der Information des eigenen Mandanten. Denn von dem eigenen Mandanten kann nicht erwartet werden, dass er den Bundesanzeiger liest und von derartigen Satzungsänderungen erfährt.

Zum Umfang des Pflichtenkreises s. etwa Kommentierung zu § 61 VVG in Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage. ■

*Urteil des BGH vom 22.05.1985, Az. IV a ZR 190/83.*

*S. zu diesem Aspekt etwa: Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Auflage, § 61 Rn. 3f. Looschelders, in: Münchener Kommentar zum VVG, 1. Aufl. 2010, § 1 Rd. 87.*

*§ 3 der Satzung lautet in der aktuellen Fassung: „Die Bekanntmachungen des Vereins erfolgen im elektronischen Bundesanzeiger.“*

---

# Ist die Bestandscourtage trotz Kündigung der Courtagezusage weiterhin gesichert?

---

## Text

von

von Stephanie Has, Rechtsanwältin,  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte in Hamburg

*Viele Versicherungsmakler kennen das Problem: Der Versicherer kündigt ohne nennbaren Grund die laufende Courtagezusage und stellt alle weiteren Zahlungen der Bestandscourtage damit ein. Dieses Problem betraf auch einen großen Maklerpool, welcher jedoch die Einstellung der Zahlungen nicht hinhimmeln wollte und gegen einen Krankenversicherer vor das Landgericht Köln zog.*

Die Klägerin beantragte vollumfängliche Auskunft der Bestandscourtage seit Kündigung der Courtagezusage sowie Zahlung des nach Auskunftserteilung beziffernden Betrags. Begründet wurden die Anträge unter anderem mit dem ständigen Handelsbrauch in der Versicherungsbranche, welcher vorsieht, dass die vereinbarten Provisionssätze für bereits vermittelte Vertragsverhältnisse auch über das Ende der Zusammenarbeit hinaus zu vergüten sind. Man spricht hier auch von der sogenannten „Bestandsrente“ des Vermittlers. Es gilt der Grundsatz, dass das Schicksal der Courtage abhängig ist von dem Schicksal der Versicherungsprämie. Solange der Versicherungsneh-

mer die Versicherungsprämie bezahlt, erhält der Vermittler auch weiterhin die Betreuungscourtage für die von ihm vermittelten Versicherungsverträge. Die Kündigung der Zusammenarbeit ändert nichts an dem bereits erworbenen Anspruch, der auch solange weiter zu vergüten ist, wie die Versicherungsverträge bestehen. Es gilt ein entsprechender Handelsbrauch, auch über den Wortlaut der Courtagevereinbarung hinaus.

Die Klägerin stützt ihre Argumentation darüber hinaus auf ein Urteil des LG Hamburg (Urteil vom 05.09.2005, AZ.415 O 53/05). In diesem heißt es: „Dem Versicherungsmakler kann der Versicherer auch nach Kündigung des Rahmenvertrages nicht den vom Makler vermittelten und betreuten Vertragsbestand entziehen. Er bleibt daher zur Zahlung der Bestandspflegecourtage verpflichtet, bis der Versicherungsnehmer den Makler wechselt.“

Die Beklagte hingegen beruft sich auf den Wortlaut der Courtagezusage, welcher vorsieht, dass eine Betreuungscourtage solange ausgezahlt wird, sofern zum jeweiligen Abrechnungszeitpunkt

eine Courtagezusage besteht.

Zwar ist bis heute noch kein abschließendes Urteil in der Angelegenheit ergangen, jedoch hat das Landgericht Köln bereits einen ausführlichen Hinweisbeschluss erlassen, welcher für das Endurteil von Entscheidung sein dürfte.

Laut des Hinweisbeschlusses des Landgerichts Köln ist nach vorläufiger Beurteilung der Anspruch auf Zahlung einer Betreuungscourtage aus §§ 93 ff. HGB, 652 BGB in Verbindung mit der Courtagevereinbarung entstanden.

Das Landgericht führt in seinem Beschluss aus, dass neben der von den Parteien abgeschlossenen Courtagezusage gleichzeitig ein Schuldverhältnis entstand, aus welchem sich unter anderem der Courtagezahlungsanspruch herleiten lässt. Damit besteht grundsätzlich auch nach Kündigung der Courtagezusage ein Anspruch auf Zahlung der Bestandscourtage weiterhin fort.

Darüber hinaus verweist das Landgericht in seinem Beschluss, neben dem bereits erwähnten Urteil des LG Hamburg, auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt (Urteil vom 12.11.1993, AZ. 10

U 29/91. In diesem Urteil heißt es unter anderem: „(...)Denn grundsätzlich ist das Maklerverhältnis für die ganze Zeit des Versicherungsvertrages vorgesehen(...)“ . Auch in der Literatur wird diese Rechtsauffassung von einigen Vertretern geteilt. So wird zum einen vertreten, dass bei Kündigung eines Maklerrahmenvertrages der Versicherer, den von diesem vermittelten und betreuten Bestand, an Versicherungsverträgen nicht entziehen kann und der Versicherer bis zum Maklerwechsel verpflichtet bleibt Bestandscourtage zu zahlen. Eine weitere Ansicht vertritt die Auffassung, dass der Anspruch des Versicherungsmaklers auf Courtage aus bereits vermittelten Versicherungen grundsätzlich durch die Kündigung der Courtagezusage unberührt bleibt und der Versicherungsmakler den Anspruch auf Courtage erst mit Beendigung des Versicherungsvertrages verliert.

Auch greift das Landgericht Köln die Rechtsauffassung der Beklagten auf, welche sich eindeutig auf den Wortlaut der Courtagezusage stützt. Dennoch geht das Landgericht trotz des Wortlautes der Courtagezusage von einem Weiterbestehen eines Courtageanspruches aus. Es führt dazu im Einzelnen aus, dass eine Courtagezusage bereits nicht ordentlich, dass heißt unter Einhaltung einer Kündigungsfrist, aber ohne Kündigungsgrund beendet werden kann. Vielmehr bedarf es hierfür einer außerordentlichen Kündigung samt einem wichtigen Kündigungsgrund.

Es ist daher nach Auffassung des Landgerichts Köln davon auszugehen, dass mit Vertragsschluss zwischen dem Versicherungsnehmer und der Beklagten ein Courtageanspruch für die Zukunft entstanden ist, welcher solange fortbesteht, solange der Kunde seine Beiträge entrichtet und keine anderweitige Betreuung wünscht. Die Pflicht zur Kooperation zwischen Versicherer und Makler und damit die Courtagezahlungspflicht endet mit Beendigung der zugrundeliegenden Versicherungsverhältnisse oder wenn

es dem Versicherer aufgrund eines wichtigen Grundes nicht mehr zugemutet werden kann, mit dem Versicherungsmakler zusammenzuarbeiten.

Darüber hinaus sei ein Auskunftsanspruch hinsichtlich der Bemessungsgrundlage des Courtageanspruchs nach Ansicht des Gerichts gegeben. Die Klägerin kennt ausschließlich, die von ihr vermittelten Versicherungsverträge, welche in den Geschäftspartnerabrechnungen aufgeführt sind. Sie hat jedoch keinerlei Kenntnis, ob diese noch bestehen, da einzelne Verträge durchaus gekündigt worden sein können. Auch ist der Fall durchaus denkbar, dass vermittelte Verträge nun von anderen Maklern betreut werden oder Versicherungsnehmer ihre Prämien nicht mehr zahlen. Das Gericht weist darauf hin, dass die Klägerin weder wissen müsse, wen sie betreue noch setzt die Betreuungspflicht voraus, dass ständig Betreuungsleistung erbracht werden muss.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass aufgrund des Hinweisbeschlusses des LG Köln eine erste Weichenstellung hinsichtlich der vorzeitigen Kündigungen von Courtagezusagen durch Versicherer gesetzt wurde. Die Konsequenz dieses ersten Hinweises ist, dass die sogenannte „Bestandsrente“ trotz einer ordentlichen Kündigung der Courtagevereinbarung zwischen Makler und Versicherer mindestens bis zur Beendigung des Versicherungsvertrages oder zumindest solange bis der Versicherungsnehmer seine Beiträge entrichtet, als gesichert anzusehen ist.

Nach Einschätzung der Verfasserin ist davon auszugehen, dass der Hinweisbeschluss nicht nur eine erste rechtliche Einschätzung des Gerichts darlegt, sondern, dass das Landgericht Köln vermutlich auch im Endurteil seine rechtlichen Hinweise beibehalten wird. Die Verfasserin wird selbstverständlich über den Ausgang des Verfahrens weiter berichten, welches für alle Makler von wesentlicher Bedeutung ist. ■

---

# Der Weg vom Einzelunternehmen in die (GmbH & Co.) KG

---

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL. M.,

RA Hennig Ratsch

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte, Hamburg

---

## I. Einleitung

In der täglichen Beratungspraxis wird deutlich, dass der Versicherungsmakler sich regelmäßig wenig mit der Frage auseinandersetzt, welche Rechtsform für das von ihm betriebene Unternehmen optimal ist. Dabei lohnt es sich für den Versicherungsmakler, sich einmal ernsthaft mit den Gestaltungsalternativen bei der Rechtsformwahl auseinanderzusetzen. Der Versicherungsmakler kann auf diesem Wege messbare Vorteile für sich in Anspruch nehmen, sei es in steuerlicher Hinsicht, sei es in Ansehung der persönlichen Haftung oder aber sei es – in die Zukunft geblickt – zur Vorbereitung einer möglichst friktionslosen Übertragung des Unternehmens an einen geeigneten Nachfolger. Das Recht der Unternehmensumstrukturierung

ist zwar eine recht beratungsintensive Materie, dies sollte allerdings keineswegs als Nachteil empfunden werden, vielmehr bietet das breite Spektrum der Umstrukturierungsmaßnahmen auch Raum dafür, durch einen perfekten Zuschnitt auf das Unternehmen größtmögliche Vorteile in Anspruch zu nehmen.

Der vorliegende Artikel soll einen möglichen Weg präsentieren, der im Rahmen einer Umstrukturierung eingeschlagen werden kann, nämlich die Frage, wie ein von einer Einzelperson betriebenes Unternehmen in einer Kommanditgesellschaft (KG) aufgehen kann.

Betont sei in diesem Zusammenhang, dass der nachfolgende Artikel lediglich

einen groben Überblick über die Möglichkeiten geben und kurz auf die neuralgischen Punkte eingehen soll. Eine Umwandlung kann im Einzelfall nur dann gelingen, wenn der Umwandlungsvorgang durch rechtlich und steuerlich versierte Personen begleitet wird.

---

## II. Gründe für eine Umwandlung

Vielfach werden Umstrukturierungsmaßnahmen im Hinblick auf eine beabsichtigte Unternehmensnachfolge in Angriff genommen. Ist der Unternehmensträger nicht mehr die Einzelperson, sondern eine Gesellschaft, kann

die Übergabe des Unternehmens in die vertrauensvollen Hände des Nachfolgers auf einfacherem Wege dadurch erfolgen, dass schlicht die Anteile an der Gesellschaft an den Nachfolger übergeben werden (sogenannter share deal). Es müssen also nicht sämtliche Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens einzeln auf den Erwerber übertragen werden, auch müssen nicht sämtliche Verträge, so auch Maklerverträge, auf den Erwerber übergeleitet werden, was beim Verkauf eines Einzelunternehmens regelmäßig Probleme bereitet.

Zudem ist es möglich, durch eine Umstrukturierung in eine GmbH & Co. KG zu erreichen, dass im Endeffekt keine natürliche Person Dritten gegenüber haftet, insbesondere in Ansehung von Schadensersatzansprüchen aus Fehlberatungen.

Grundsätzlich zeichnet sich eine KG dadurch aus, dass es zum einen persönlich haftende Gesellschafter gibt (Komplementäre), zum anderen solche Gesellschafter, die beschränkt haften (Kommanditisten). Wählt man also die klassische KG als Rechtsform, so gibt es stets zwingend mindestens eine Person, die einer persönlichen Haftung unterliegt. Bei der GmbH & Co. KG tritt als diese persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH auf, die wiederum eine persönliche Haftung ihrer Gesellschafter ausschließt. Die Rolle der persönlich haftenden Gesellschafterin übernimmt also eine Gesellschaft, die eine Haftungsbeschränkung erlaubt. Damit ist effektiv gewährleistet, dass grundsätzlich ein Rückgriff auf das Privatvermögen, der hinter dem Gesellschaftskonstrukt stehenden natürlichen Personen, verwehrt ist. Durch die Wahl der GmbH & Co. KG können sich die Gesellschafter also die Vorzüge einer Kommanditgesellschaft gepaart mit der Haftungsbeschränkung einer GmbH zu Nutzen machen.

Neben diesen prägenden Vorteilen gibt es eine Vielzahl weiterer Vorzüge, die der Unternehmer durch die Wahl einer Kommanditgesellschaft in Anspruch nehmen kann (etwa steuerrechtlicher Natur) und die im Rahmen einer individuellen Beratung bedarfsgerecht genutzt werden sollten.

### III. Vorgehen bei der Umwandlung

#### 1. Bestandsneuaufbau nach Neugründung

Ein rechtlich denkbarer Vorgang ist derjenige, eine neue Kommanditgesellschaft zu gründen und dann mit denjenigen Kunden, die bereits Beziehungen zum Einzelunternehmen unterhielten, schlicht neue Maklerverträge abzuschließen und entsprechende Vollmachten einzuholen. Verbunden mit Courtagevereinbarungen zugunsten der KG ließen sich dann Provisionsansprüche generieren. Das ursprüngliche Einzelunternehmen wird also quasi faktisch zum Erliegen gebracht, das Geschäft mit der KG wird neu aufgenommen. Ein solches Vorgehen kann aber nur dann eine sinnvolle Gestaltungsoption sein, wenn der Makler einen nur sehr kleinen Bestand ohne nennenswerte Haftungsrisiken hat, da ansonsten das Einholen von neuen Verträgen zugunsten der KG einen umfangreichen organisatorischen Aufwand bedeutet. Zudem gehen bei einem solchen Vorgehen die Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens nicht automatisch auf die neu gegründete KG über. Regelmäßig ist daher dieses Vorgehen wenig zielführend.

2. Neugründung mit Einzelübertragung  
Grundsätzlich möglich ist es alternativ, eine neue KG bzw. GmbH & Co. KG zu gründen und die Aktiva, Passiva und

insbesondere die bestehenden Kundenverbindungen einzeln auf diese neu gegründete Gesellschaft zu überführen. Es sollte allerdings dabei folgendes beachtet werden:

Die Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens können im Wege der Einzelübertragung nur auf den neuen Rechtsträger, also die KG, übertragen werden, wenn der Gläubiger des Anspruchs damit einverstanden ist. Es müsste also in diesem Zusammenhang von einem jeden einzelnen Gläubiger die Zustimmung zu diesem Übergang eingeholt werden. Der organisatorische Aufwand liegt auf der Hand, daneben ist fraglich, ob tatsächlich von einem jeden Gläubiger diese Zustimmung auch erteilt wird.

Ähnliches gilt für die Übertragung der Verträge. Auch diese können nur auf die neue KG übertragen werden, wenn der jeweilige Vertragspartner damit einverstanden ist. Dies hat insbesondere Auswirkungen auf die zugunsten des Einzelunternehmers ausgestellten Maklerverträge; diese können ebenfalls nur mit Zustimmung der Kunden übertragen werden. Daneben ist die Weitergabe von Kundendaten an einen neuen Rechtsträger (die KG) im Wege der Einzelübertragung regelmäßig datenschutzrechtlich relevant.

#### 3. Ausgliederungen nach dem Umwandlungsgesetz

Die grundsätzlich zu favorisierende Vorgehensweise ist die Umstrukturierung auf der Grundlage des Umwandlungsgesetzes vorzunehmen. Dies hat einen entscheidenden Vorteil, nämlich die sogenannte Gesamtrechtsnachfolge.

Anders als im zuvor genannten Fall der Einzelübertragung ist es im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge von Gesetzes wegen vorgesehen, dass grundsätzlich sämtliche Verträge, Aktiva und Passiva des Unternehmens

auf den übernehmenden Rechtsträger – die KG – übergehen. Anders als in zuvor genannten Beispielen ist es also nicht erforderlich, mit den Kunden neue Maklerverträge abzuschließen oder aber die Gläubiger des Einzelunternehmens um Einwilligung in die Schuldübernahme zu bitten.

Daneben ergibt sich in datenschutzrechtlicher Hinsicht ein nicht zu vernachlässigender Vorteil: Nach Auffassung der Verfasser, deren Ansicht etwa auch vom Landesdatenschutzbeauftragten des Landes Nordrhein-Westfalen getragen wird, ist die Weitergabe von Kundendaten an die neue Gesellschaft im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge nicht als Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen zu werten.

Die Gesamtrechtsnachfolge bietet daher entscheidende organisatorische Vorteile, die den Übergang des Einzelunternehmens auf die KG erheblich erleichtern.

Eine solche anzustrebende Gesamtrechtsnachfolge bieten Maßnahmen nach dem sogenannten Umwandlungsgesetz (UmwG), im vorliegenden Falle kommt die sogenannte Ausgliederung in Betracht.

Im Rahmen der Übertragung von Einzelunternehmen in eine GmbH favorisieren die Verfasser stets die sogenannte Ausgliederung zur Neugründung. Im Ausgliederungsvorgang wird die GmbH zeitgleich erst errichtet und sodann direkt das Unternehmen auf diese übertragen.

Ein solches Vorgehen ist bei der Kommanditgesellschaft nicht möglich. Hier ist es erforderlich, zunächst die Kommanditgesellschaft zu errichten und in einem zweiten Schritt im Wege der Ausgliederung die Übertragung

des Einzelunternehmens auf diese vorzunehmen.

Die grundsätzliche Empfehlung der Verfasser ist also im Ergebnis, den Weg der Ausgliederung zur Aufnahme zu gehen.

Es ist im Rahmen einer solchen Ausgliederung die Besonderheit zu beachten, dass der Übergang vom Einzelunternehmen in die KG unabhängig davon erfolgen kann, ob die Gläubiger ihre Zustimmung erteilen oder nicht. Um hier ein Gleichgewicht herzustellen und nicht die Umwandlung einseitig zu Lasten der Gläubiger vorzunehmen, sieht das Gesetz eine zeitlich begrenzte Nachhaftung des Einzelunternehmers vor.

Schließlich sei betont – was allerdings ohnehin selbstverständlich ist – dass eine Ausgliederung nicht erfolgen kann sofern der Einzelunternehmer überschuldet ist (Überschuldung als Ausgliederungssperre).

---

#### IV. Zusammenfassung

Ein jeder Versicherungsmakler sollte „in einer ruhigen Minute“ einmal kritisch hinterfragen, ob die Rechtsform seines Unternehmens optimal für seine Betätigung ist. Die Beratungspraxis zeigt, dass hier oft Verbesserungsbedarf besteht. Vielfach sind die anzuratenden Umstrukturierungen mit weitaus weniger Aufwand durchführbar als die Beteiligten im Vorfeld annehmen, jedenfalls dann, wenn ein erfahrener Rechtsanwalt und ein Steuerberater mit an Bord sind.

Der oben beschriebene Weg der Umwandlung in die KG ist dabei nur einer von vielen denkbaren Gestaltungsalternativen. In einer einzelfallbezogenen Beratung kann stets den individuellen Bedürfnissen der Beteiligten Rechnung getragen werden. ■

# Sonderkündigungsrechte beim Unternehmensverkauf?

– Was passiert mit den bestehenden Arbeitsverträgen? –

## Text

von

RA Dr. Jan Freitag  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

## 1. Sachverhalt

Beim Verkauf und Erwerb von Versicherungsmaklerunternehmen wird es in der Regel um Firmen gehen, die in ihrer Rechtsform Inhaber von Rechten sind. Die wesentlichen Rechte eines Versicherungsmaklerunternehmens sind die Bestände, sicherlich Geschäftsstrategien, Software, Name und Ruf der Firma, aber auch Einrichtungsgegenstände wie Computer, Schreibtische oder Geschäftsräume. Der vielleicht wichtigste Teil jeder Firma dürften jedoch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer („Human Resources“) sein.

Um als Unternehmensnachfolger diese Werte nutzen zu können, wird es in der Regel Sinn machen, die gesamte Firma zu kaufen. Was passiert bei einem Unternehmenskauf aber mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern?

Diese Frage stellt sich insbesondere für den Unternehmenserwerber vehement, da er möglicherweise nicht auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angewiesen ist, zum Beispiel, weil er mit seinem bestehenden, mit Personal ausgestatteten eigenen Versicherungsmaklerunternehmen die neu anfallenden Arbeiten miterledigen könnte.

Es ist eine Fülle von Konstellationen beim Erwerb von Versicherungsmaklerunternehmen denkbar, von einem einfachen Austausch der Geschäftsleitung bzw. Inhaberschaft unter Beibehaltung der Firma bis hin zum (u.U. nur teilweisen) Kauf eines Versicherungsmaklerunternehmens durch ein anderes Versicherungsmaklerunternehmen, mit dem Ziel der Eingliederung in die dortigen Strukturen.

Es ist die im Arbeitsrechtsrecht „berühmte“ Norm des § 613a BGB („Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang“), die die Beteiligten in diesen Fällen beschäftigt. Die Norm des § 613a BGB ist in arbeitsrechtlichen Fachkreisen für ihre Kompliziertheit und für die fast exzessiv umfangreiche Rechtsprechung bekannt.

## 2. § 613 a BGB

§ 613a BGB besteht aus sechs, häufig sehr langen, untergliederten Absätzen. Die Grundentscheidung des Gesetzgebers ist in § 613a Absatz 1 Satz 1 BGB formuliert:

*„Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte*

*und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.“*

Eine Grundentscheidung des Gesetzgebers ist es, eine Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des veräußerten (Versicherungsmakler-) Unternehmens zu schaffen, die dann eingreift, wenn ein Betrieb oder ein Betriebsteil den Inhaber wechselt. Die gesetzgeberische Entscheidung ist es, dass neben dem Verlust des bisherigen Arbeitgebers der Arbeitnehmer nicht auch den Verlust seines Arbeitsplatzes fürchten soll (Kündigungsschutz). Vielmehr geht das Arbeitsverhältnis, welches zwischen dem Arbeitnehmer und dem ehemaligen Betriebsinhaber bestand, grundsätzlich auf den neuen Betriebsinhaber über. Dies ist die gesetzgeberische Grundentscheidung, die man aus dem Mietrecht kennt. Dort endet bei Verkauf und Erwerb einer Mietwohnung nicht etwa das Mietverhältnis zum bisherigen Mieter („Kauf bricht nicht Miete“). Mit dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung gilt es umzugehen:

---

### 3. exemplarische Fallkonstellationen

a. Der Unternehmer A verkauft seine Firma A an den Unternehmer B. Die Firma A bleibt in ihrer Form bestehen, die Geschäftsführung und die Inhaberschaft liegt nun jedoch beim Unternehmer B. In diesem Beispiel wird sich an der bisherigen Firma nichts ändern, auch nicht an der Stellung und der Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

b. Firmeninhaber A verkauft seine Firma an die Firma B. Danach soll alles unter dem Dach der Firma B weitergehen. Hier wird sich an der Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Firma A nichts ändern. Sie werden

zu gleichen Rechten und Pflichten bei der Firma B beschäftigt.

c. Die Firma A, bei der bisher ein Tarifvertrag galt, wird an die Firma B verkauft, bei welcher dieser Tarifvertrag nicht gilt. Grundsätzlich ändert sich nichts an der Stellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Doch gibt es eine gesetzgeberische Ausnahme bezüglich der Geltung des Tarifvertrages. Hier ist die gesetzgeberische Entscheidung, dass der neue Arbeitgeber sich nicht durchgehend, sondern nur für ein Jahr, an den vorher geltenden Tarifvertrag halten muss (§ 613a Absatz 1 Satz 2 BGB).

d. Versicherungsmaklerunternehmen A verkauft „nur“ seine Abteilung „Leben“ an das Versicherungsmaklerunternehmen B. Das Versicherungsmaklerunternehmen A bleibt mit seinen anderen Abteilungen aber bestehen. In diesem Fall haben die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Abteilung „Leben“ nach dem Willen des Gesetzgebers die Wahl, ob sie beim Versicherungsmaklerunternehmen A bleiben oder zum Versicherungsmaklerunternehmen B gehen möchten. Hier kann man in der Praxis vieles rechtlich viel falsch machen, zum Beispiel, was die dann notwendige Unterrichtung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betrifft. Aber auch die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen abwägen, welche Entscheidung für sie besser ist. Die Arbeitnehmerrechte bestehen jedoch grundsätzlich fort.

---

### 4. Tipps und Tricks aus der Praxis

Es kann nicht verschwiegen werden, dass in der Praxis, gerade auch von größeren Unternehmen, viel unternommen wird, um in solchen Situationen eine

Konstellation zu kreieren, dass man rechtlich argumentieren kann, dass es sich gar nicht um einen Betriebsübergang handele. Ansatzpunkt ist die Frage, was genau veräußert wird.

Ein anderer Ansatzpunkt in der Praxis ist, dass eine neue Firma nur „faktisch übernimmt“, dass in Zusammenspiel z.B. mit einem Kunden, ein Wettbewerber das Geschäft an sich zieht.

Viele Unternehmenstransaktionen in der Praxis funktionieren so, dass vorher „die Braut hübsch gemacht wird“. Dies ist eine euphemistische Formulierung dafür, dass das Unternehmen, welches veräußert werden soll, bei dem zum Beispiel das Kündigungsschutzgesetz nicht gilt, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kündigt, die Kündigungen rechtswirksam werden lässt und dann sozusagen nur noch den verbleibenden Rest der Firma veräußert. Streitpunkt ist hier immer der Zusammenhang der Kündigung zum Betriebsübergang. Denn nach § 613a Absatz 4 BGB ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Überganges eines Betriebes oder Betriebsteiles unwirksam.

Bei Firmenveräußerungsgeschäften muss aufgrund der denkbaren, im schlimmsten Fall existenzbedrohenden Folgekosten, anwaltlich dringend appelliert werden, sich nicht nur fachlich mit den Werten der Firma zu befassen, sondern auch damit, was arbeitsrechtlich zu beachten ist. In der Praxis zeichnen sich kluge Firmentransaktionen dadurch aus, dass man in die strategische Planung, als Teil der Abwägung, den Umgang mit der Thematik „Arbeitnehmerstellung/Betriebsübergang“ einbezieht. Eine arbeitsrechtliche Prüfung gehört zum Thema Unternehmensnachfolge dazu. ■



CORPORATE INSURANCE  
Versicherungsmakler GmbH  
Ihr Spezialist für die Berufshaftpflichtversicherung

Wir können Ihnen Ihre Verantwortung nicht  
abnehmen, aber wir helfen Ihnen sie zu tragen!

20 Jahre  
1995 - 2015



CORPORATE INSURANCE Versicherungsmakler GmbH  
[www.corporate-insurance.de](http://www.corporate-insurance.de) - [mail@corporate-insurance.de](mailto:mail@corporate-insurance.de)

---

# Die persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters

---

## Text

von

RA Stephan Michaelis – Fachanwalt

für Gesellschaftsrecht

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg -

---

## I. Einleitung

Die Überschrift zu diesem Artikel mag bei manchem Leser auf Verwunderung stoßen, wird die Rechtsform der GmbH doch regelmäßig gerade deshalb von den Gesellschaftern gewählt, um einer persönlichen Haftung zu entgehen. Zur Beruhigung kann gesagt werden, dass dies im Grundsatz auch richtig ist, wie § 13 Abs. 2 GmbHG unmissverständlich klarstellt.

Gleichwohl gibt es Konstellationen, die Rechtsprechung und Lehre herausgebildet haben und die ausnahmsweise einen Zugriff der GmbH-Gläubiger auf das Vermögen der Gesellschafter erlauben. Wenn auch bei einem ordentlich geführten Geschäft mit derartigen Risiken regelmäßig nicht zu rechnen ist, so sollte doch ein jeder Gesellschafter einer GmbH zumindest einen Überblick über diese Thematik haben.

Dabei soll im nachfolgenden Artikel nur die Konstellation beleuchtet werden, in der die GmbH bereits existiert, sie also im Handelsregister eingetragen ist (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG). Die haftungsrechtlichen Besonderheiten der sogenannten Vorgesellschaft, also der Zeitraum bis zur Eintragung der Ge-

sellschaft ins Handelsregister, bei dem ebenfalls einige Besonderheiten gelten, werden hier nicht betrachtet.

---

## II. Fälle der persönlichen Haftung

Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die Varianten der persönlichen Haftung der Gesellschafter gegeben werden. Dabei ist zu beachten, dass sich Rechtsprechung und Literatur zu diesem Thema stetig im Fluss befinden und daher künftig Änderungen nicht auszuschließen sind.

### *1. Haftung der Gesellschafter aufgrund allgemeiner Regeln*

Die persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters kann sich zunächst daraus ergeben, dass er für eine Gesellschaftsschuld gegenüber den Gläubigern vertragliche oder vertragähnliche Verpflichtungen übernommen hat. Klassischerweise sind dies Schuldübernahmen, Schuldbeiträge, Garantien oder auch Bürgschaften zur Absicherung von Forderungen gegen die GmbH. Gerade zu Beginn der

wirtschaftlichen Betätigung der GmbH oder in Fällen nur geringer Kapitalausstattung fordern Gläubiger vielfach derartige persönliche Sicherheiten der Gesellschafter.

### *2. Vermögensvermischung*

Bei einer Ein-Mann-GmbH – entgegen des Wortlautes „Gesellschaft“ kann die GmbH auch von einer einzelnen Person gegründet werden – kann es dazu kommen, dass eine Trennung von Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen des Gesellschafters nicht sorgfältig genug stattfindet. Wer das Privileg der Haftungsbeschränkung in Anspruch nehmen möchte, muss dafür Sorge tragen, dass eben auch eine strikte Trennung von eigenem – persönlichem – Vermögen und dem Vermögen der Gesellschaft gewährleistet ist. Nun ist allerdings zur Beruhigung zu sagen, dass bei Unklarheiten über die Zuordnung einzelner Gegenstände zum Vermögen der Gesellschaft oder zum Vermögen des Gesellschafters nicht gleich eine Vermögensvermischung in diesem Sinne vorliegt. Vielmehr muss eine undurchsichtige Buchführung die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- bzw. Privatvermögen derart unmöglich

gemacht haben, dass die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht mehr kontrolliert werden kann.<sup>1</sup> Überwiegend wird hier nicht einmal ein Verschulden für erforderlich gehalten.<sup>2</sup> Der Gesellschafter ist daher gut beraten, stets für eine klare Vermögenszuordnung zu sorgen.

Am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass bei einer Vermögensvermischung in o. g. Sinne regelmäßig auch den Geschäftsführer eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen Verletzung der Buchführungspflichten treffen wird.

### 3. Fälle der Existenzvernichtung

Von praktisch erheblicher Relevanz sind die Fälle, in denen die Gesellschafter die Gesellschaft quasi „ausplündern“, sog. Existenzvernichtungshaftung. Die Haftung aufgrund von

Existenzvernichtung besagt im Wesentlichen, dass es den Gesellschaftern nicht gestattet ist, durch Entzug von Vermögenswerten aus der Gesellschaft die Insolvenz herbeizuführen und somit den Gläubigern die Möglichkeit zu nehmen, ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft zu befriedigen.

Dabei ist zu betonen, dass selbstverständlich im Fall der Insolvenz nicht grundsätzlich der Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter gestattet ist. Haben die Gesellschafter allerdings durch ihre Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen die Insolvenz herbeigeführt, so müssen sie hierfür auch geradestehen.

Der BGH ordnet die Fälle des existenzvernichtenden Eingriffes mittlerweile dem gesetzlichen Tatbestand des § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) zu<sup>3</sup>. Die

Haftung setzt zunächst die Insolvenz der Gesellschaft voraus, die durch Eingriffe der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen herbeigeführt wurde. Zudem ist erforderlich, dass die Gesellschafter keine angemessene Rücksicht auf die Fähigkeit der Gesellschaft genommen haben, ihre Schulden zu erfüllen.<sup>4</sup>

Liegen diese Voraussetzungen vor, hat die Gesellschaft gegen die Gesellschafter einen Anspruch darauf, das Gesellschaftsvermögen „aufzufüllen“. Sodann können mit dem aufgestockten Gesellschaftsvermögen die Gläubiger befriedigt werden. Den Anspruch gegen die Gesellschafter wegen Existenzvernichtung kann also grundsätzlich nicht der einzelne Gläubiger geltend machen. Anspruchsinhaberin ist zunächst die Gesellschaft selbst, der

## »Kauf, Verkauf und Verrentung von Maklerbeständen«



Weitere Informationen finden Sie unter [www.maklergarantierente.de](http://www.maklergarantierente.de)

### Nachfolgemanagement und -konzepte

Sie möchten Ihren Bestand verkaufen und suchen den optimalen Nachfolger? Oder möchten Sie einen Bestand erwerben und sind auf der Suche nach einem passenden Bestand? Ob Bestandskauf oder -verkauf, wir bieten für Käufer und Verkäufer entsprechende Lösungen und innovative Optionen, wie Sie weiter an Ihrem Lebenswerk partizipieren können.

### Wir sprechen Ihre Sprache und helfen Ihnen!

- Umfangreiche **Beratung**
- **Bewertung** Ihres Bestandes
- **Vernetzung** mit einem Käufer oder Verkäufer über unsere Bestandsbörse
- **Finanzierung / Kaufpreisbezahlung** und optional: Zurverfügungstellung aller Vertragsunterlagen
- **Betreuung / Unterstützung**
- **»Verrentung«** Ihres Bestandes durch ein lebenslanges Beteiligungsmodell



Anspruch wird dann im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Lügen aber die Voraussetzungen des § 826 BGB vor, so müsste nach unserer Auffassung auch der Gläubiger klagebefugt und anspruchsberechtigt sein.

#### 4. Materielle Unterkapitalisierung

Es wird seit längerem rege diskutiert, auch im Falle einer sogenannten materiellen Unterkapitalisierung den Durchgriff auf das Gesellschaftervermögen zu erlauben.<sup>5</sup>

Eine solche Unterkapitalisierung liegt dann vor, wenn die Gesellschafter in Anbetracht des Umfangs der Geschäfte und der damit einhergehenden Risiken die Gesellschaft mit zu wenig Kapital ausgestattet haben. Insbesondere sind dies die Fälle, in denen ein hohes Haftungsrisiko droht, die Gesellschaft aber nur mit dem Mindeststammkapital ausgestattet wurde.<sup>6</sup> Zwar gibt es im Vereinsrecht einzelne Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung in derartigen Fällen einen Durchgriff auf das Mitgliedervermögen erlaubt hat. Im Recht der GmbH wird mittlerweile von der Rechtsprechung die Figur der materiellen Unterkapitalisierung abgelehnt, nachdem dies lange Zeit nicht eindeutig geklärt war.<sup>7</sup> Gleichwohl hat die Rechtsprechung stets betont, dass ein Anspruch gegen die Gesellschafter zwar nicht wegen der Figur der materiellen Unterkapitalisierung gegeben ist, gleichwohl kann sich im Einzelfall eine Haftung aus allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen ergeben, insbesondere vor dem Hintergrund des § 826 BGB. Damit ist aber auch gesagt, dass allein der Umstand, dass einer geringen Kapitalausstattung objektiv ein hohes Haftungsrisiko entgegensteht, keine persönliche Haftung für die Gesellschafter begründet. Es müssen daher regelmäßig weitere Umstände erfüllt

sein (etwa die Sittenwidrigkeit, die § 826 BGB fordert).

#### 5. Rechtsformmissbrauch

Hinzuweisen sei an dieser Stelle darauf, dass diskutiert wird, ob auch ein sog. Institutsmisbrauch (Rechtsformmissbrauch) der GmbH zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter führen kann. Dies wird angenommen, wenn ein Gesellschafter sich einer GmbH bedient, um die Gläubiger zu schädigen; der Schutzschirm der GmbH soll dann wegen § 242 BGB dem missbrauchenden Gesellschafter nicht zugute kommen. Diskutiert wird dies u. a. im Zusammenhang mit der Konstellation, in der für ein besonders risikoträchtiges einzelnes Geschäft eine eigene GmbH gegründet wird (Projekt-GmbH), um nur für diesen kleinen Ausschnitt des Geschäftsbetriebs eine Haftungsbegrenzung zu erreichen. Soweit ersichtlich, hat die Rechtsprechung hier aber bislang allein wegen des Umstandes des Vorliegens einer Projekt-GmbH keinen Haftungsdurchgriff zugelassen. Insofern dürften Parallelen zum Falle der Unterkapitalisierung bestehen – wenn für ein einzelnes Projekt die Kapitalausstattung zu gering ist, dürfte dies per se nicht genügen, den Zugriff auf das Gesellschaftervermögen zu gestatten. Gleichwohl kann im Einzelfall auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Vorschriften eine persönliche Haftung bestehen, insbesondere vor dem Hintergrund des bereits vielfach erwähnten § 826 BGB.

Um hier aber noch einmal für etwas Beruhigung zu sorgen, sei gesagt, dass die persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters generell eine Ausnahme darstellt, die einen ordentlich wirtschaftenden Unternehmer niemals treffen wird.

### III. Zusammenfassung

Die GmbH als klassische Gesellschaftsform des Mittelstandes ist aus der deutschen Unternehmerland-

schaft nicht wegzudenken, bietet sie doch den Unternehmern attraktive Vorteile, wie etwa die Haftungsbeschränkung. Es zeigt sich aber auch immer wieder, dass die GmbH offensichtlich zum Missbrauch einlädt. Damit der Gesellschafter sich nicht der persönlichen Haftung aussetzt, muss er im Grunde lediglich Folgendes beachten:

Die GmbH ist eine eigenständige Person mit einem eigenständigen Vermögen.

Beherzigt der Gesellschafter dies, so hat er grundsätzlich nichts zu befürchten. Kritisch wird es allerdings, wenn diese strikte Trennung nicht mehr beibehalten wird (Vermögensvermischung) oder aber der Gesellschafter die GmbH als „Selbstbedienungsladen“ zweckentfremdet (Existenzvernichtung).

In diesen Fällen ist das Privatvermögen der Gesellschafter vor fremdem Zugriff nicht mehr sicher. Resümierend sei aber noch einmal betont, dass sich der Gesellschafter grundsätzlich darauf verlassen darf, nicht persönlich zu haften, der Durchgriff auf das Gesellschaftervermögen also lediglich eine absolute und seltene Ausnahme ist. ■

<sup>1</sup> *Wilhelmi, in: Ziemons/Jaeger (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Stand 01.06.2014, § 13 Rn. 144 ff.*

<sup>2</sup> *Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, § 29 Rn. 27.*

<sup>3</sup> *BGH, Urteil vom 16.07.2007, Az. II ZR 3/04 (sog. Trihotel-Entscheidung).*

<sup>4</sup> *Raiser/Veil aaO.*

<sup>5</sup> *Überblick über den Meinungsstand etwa bei Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Auflage, § 13 Rn. 139 ff.*

<sup>6</sup> *Raiser/Veil, § 29 Rn. 39 ff.*

<sup>7</sup> *BGH, Urteil vom 28.04.2008, Az. II ZR 264/06 (sog. Gamma-Entscheidung).*

<sup>8</sup> *Persönliche Auffassung von RA Michaelis im Hinblick auf die Weiterentwicklung der BGH Rechtsprechung*

---

# Vereinbarung eines Erfolgshonorars bei Vermittlung von Nettopolicen ist kein Umgehungsgeschäft

---

## Text

von

RA Jens Reichow

(Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte, Hamburg)

---

Die Vermittlung von courtagefreien Tarifen (sogenannten Nettopolicen) erfreut sich wachsender Beliebtheit unter Versicherungsmaklern. Kombiniert mit einer gesonderten Vergütungsvereinbarung kann auf diesem Wege eine Loslösung von dem Grundsatz „Die Courtage teilt das Schicksal der Prämie“ erreicht werden und der Versicherungsnehmer spart oftmals noch, da nach bislang vertretener Auffassung auf das gesondert vereinbarte Vermittlungshonorar weder Umsatzsteuer noch Versicherungssteuer fällig wurde. Gegen diese Auffassung regt sich nunmehr jedoch Kritik (vgl. Fi-

ala in Expertenreport vom 03.12.2014). Gerügt wird, dass eine solche Gestaltung ein Umgehungstatbestand nach § 42 Abgabenordnung darstellen würde. Es lohnt sich also dieses Thema genauer zu betrachten.

§ 42 AO betrifft den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten. Durch die Wahl bestimmter vertraglichen Regelungen sollen die Steuergesetze also nicht umgangen werden können. Ein solcher Missbrauch liegt demnach vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim

Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen rechtlichen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen steuerlichen Vorteil führt. Fraglich ist, ob die Vermittlung einer Nettopolice und die Vereinbarung eines Erfolgshonorars eine solche unangemessene rechtliche Gestaltung ist. Dabei dürfte es darauf ankommen, ob die konkrete Gestaltung ausschließlich der Erzielung eines Steuervorteils dient.

Natürlich sind sich die Beteiligten bei der gewählten Konstruktion des

hierdurch entstehenden Steuervorteils bewusst. Jedoch ist dieser nicht der einzige Grund für die gewählte Gestaltung. Es sprechen aus Sicht der Beteiligten weitere gute Gründe für die entsprechende Gestaltung.

Die übliche Gepflogenheit in der Versicherungsbranche, dass auch bei Vermittlung des Versicherungsvertrages durch einen Versicherungsmakler nicht der Versicherungsnehmer, welcher der Auftraggeber des Versicherungsmaklers die Vergütung des Versicherungsmaklers trägt, sondern der Versicherer, ist bereits ungewöhnlich. Es kann als befremdlich gelten, wenn der Versicherungsmakler als treuhänderähnlichen Sachwalter die Kundeninteressen wahrnehmen soll, gleichwohl jedoch seine Vergütung vom Vertragspartner des Versicherungsnehmer, dem Versicherer, enthält, obwohl er gerade gegenüber diesem die Interessen des Versicherungsnehmers wahrnehmen soll. Indem die vorliegende rechtliche Gestaltung diese Gepflogenheiten durchbricht, stärkt sie nicht nur das Vertrauen des Versicherungsnehmers in seinen Sachwalter, sondern führt auch wieder zur der „normalen“ Gestaltung, dass der Beauftragte von seinem Auftraggeber bezahlt wird und von keinem anderen.

Ferner führt die Vereinbarung eines Erfolgshonorars mit dem Versicherungsnehmer für den Versicherungsmakler auch zu einer Loslösung von den Grundsatz „Die Courtage teilt das Schicksal der Prämie“. Sie dient daher auch dem eigenen Interesse des Versicherungsmaklers nach der Vermittlung von nicht-stornogefährdetem Geschäft. Auch ein solches Interesse des Versicherungsmaklers ist schützenswert.

Hinzu kommt, dass die Trennung zwischen Versicherungsvertrag und

Vermittlungsvereinbarung genau zu der Transparenz und Klarheit über die Vergütung des Versicherungsmaklers führt, welche der Gesetzgeber in den letzten Jahren immer mehr angestrebt hat und welches er offenbar auch tatkräftig weiterverfolgt. Die Parteien setzen also mit der Trennung zwischen Versicherungsvertrag und Vermittlungsvereinbarung nur den gesetzgeberischen Willen um, nachdem eine größtmögliche Transparenz der Vergütungen gegenüber dem Versicherungsnehmer zur Offenlegung etwaiger Interessenskonflikte des Versicherungsmaklers gewünscht ist.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass für den Versicherungsmakler und den Versicherungsnehmer mehrere Gründe neben einer von den Parteien natürlich oftmals ins Auge gefassten Steuerersparnis für die Vermittlung von Nettopolicen und der Vereinbarung eines Erfolgshonorars bestehen. Keinesfalls kann also davon ausgegangen werden, dass die Steuerersparnis der einzige Grund für die Wahl dieser Gestaltungsoption ist. Gerade auch vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber in jüngster Vergangenheit die Honorarberater/-vermittler in besonderem Maße gefördert hat, ohne das Schlupfloch in der Umsatz-/Versicherungssteuer zu schließen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er die in diesem Zusammenhang entstehenden steuerlichen Vorteile missbilligt. Insgesamt dürften die Voraussetzungen des § 42 AO daher nicht erfüllt sein.

Gleichwohl sollten Versicherungsmakler, welche planen entsprechende Vergütungsabreden mit Versicherungsnehmer einzugehen, diese vorab durch einen Rechtsanwalt ihres Vertrauens prüfen lassen, um Unwägbarkeiten im Vorherein zu vermeiden. ■

# Dokumentationspflichten des Versicherungsvermittlers – worauf sollte der Vermittler achten?

## Text

von

RA Dipl. Mag.-Jur. Björn Thorben M. Jöhnke  
– Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg –

Für die oben genannte Fragestellung, nämlich worauf der Versicherungsvermittler nach einer Beratung des Versicherungsnehmers im Rahmen der Dokumentationspflichten achten sollte, wird sich der vorliegende Artikel beschäftigen. Dem liegt eine aktuelle Entscheidung des BGH vom 13.11.2014 zugrunde. Fraglich ist somit, worauf der Vermittler im Rahmen seiner Dokumentation achten sollte, um seine Haftung möglichst zu reduzieren.

Zunächst ist auf die Entscheidung des BGH vom 13.11.2014 kurz einzugehen. Das Gericht erkannte folgendes für Recht: „Bei einem Wechsel der Lebensversicherung muss der Versicherungsvermittler (hier: Versicherungsvertreter) seinen Kunden (Ver-

sicherungsnehmer) ins-besondere auf die Folgen und Risiken der vorzeitigen Kündigung einer bestehenden und des Abschlusses einer neuen Lebensversicherung hinweisen.

*Die Nichtbeachtung der Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers nach § 61 Abs. 1 Satz 2, § 62 VVG kann zu Beweiserleichterung zu Gunsten des Versicherungsnehmers bis hin zu einer Beweislastumkehr führen. Ist ein erforderlicher Hinweis von wesentlicher Bedeutung auch nicht im Ansatz dokumentiert worden, so muss grundsätzlich der Versicherungsvermittler beweisen, dass dieser Hinweis erteilt worden ist (amtlicher Leitsatz).“*

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung somit folgerichtig fest,

dass der Versicherungsvertreter auf alle Folgen und Risiken im Rahmen einer Lebensversicherungsberatung – dies wird sich auch auf andere Bereiche ableiten lassen – den Versicherungsnehmer hin-zuweisen hat. Dieses hat der Versicherungsvermittler auch zu dokumentieren. Dokumentiert er „erforderliche Hinweise“ nicht, so kann dieses zu einer Beweislastumkehr führen. Das bedeutet, er hat darzulegen und zu beweisen, dass er alle notwendigen Hinweise im Rahmen der Beratung dem Versicherungsnehmer gegenüber erteilt hat. Hat der Versicherungsvermittler jedoch einige Hinweise bereits im Rahmen der Beratung nicht erteilt, so wird er diese folglich auch gerade nicht dokumentiert haben. Sollte es zu einem

Haftungsprozess kommen, so kann der Versicherungsvermittler nicht darlegen und beweisen, dass gerade die notwendigen Hinweise erteilt worden sind.

---

BGH, Urteil vom 13.11.2014, Az. III ZR 544/13

Das Urteil des BGH vom 13.11.2014 ist abrufbar unter [beck-online.de](http://beck-online.de) unter [beckRS](http://beckRS) 2014, 22930

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt der Entscheidung des BGH waren selbstständige Versicherungsvertreter für die D.V. AG tätig. Diese überprüften für den Kläger Anfang 2011 den Versicherungsschutz. Daraufhin kündigten die Kläger ihre laufenden Lebensversicherungsverträge. Darunter befand sich auch eine seit dem 01.11.2004 bestehende kapitalbildende Lebensversicherung. Die Beklagten setzten das diesbezügliche Kündigungsschreiben für die Kläger auf und schlossen neue Lebensversicherungen ab.

Nach genauerer Überprüfung durch die Kläger selbst kamen diese zu dem Schluss, dass die alten Versicherungen für sie günstiger gewesen sind. Daraufhin widerriefen sie die neu abgeschlossenen Lebensversicherungsverträge mit der Begründung, sie seien falsch beraten worden. Sodann schlossen die Kläger neue Lebensversicherungsverträge, nachdem sie versucht hatten die alten Verträge wieder in Kraft zu setzen. Die Kläger machten geltend, dass sie falsch beraten worden seien, da ihnen erforderliche Hinweise von wesentlicher Bedeutung nicht mitgeteilt worden sind (Wegfall der Steuerfreiheit, höheres Eintrittsalter mit höheren Prämien, neue Abschlusskosten für die Lebensversicherungen sowie geringere Garantiezinsen). Die Kläger machten geltend, die Beklagten hätten eine ordnungsgemäße Beratung zu beweisen. Ein entstandener Schaden bemesse sich nach der Differenz

der Kosten und der Erträge der alten und der neuen Lebensversicherung. Die Beklagten wendeten sich dagegen und behaupteten, die Kläger hätten die alte Lebensversicherung unbedingt beenden wollen. Auch machen die Beklagten geltend, sie hätten die Kläger auf die Folgen einer Kündigung der alten Lebensversicherung hingewiesen und ihnen geraten, diese zumindest beitragsfrei zu stellen. Hierüber hatte der BGH zu entscheiden gehabt.

Der BGH löste diese Problematik folgerichtig auf, in dem er die Beweislast den Versicherungsvertretern aufgab. Diese hätten darlegen und beweisen müssen, dass sie über alle Vor- und Nachteile der Kündigung, bzw. Neuabschluss von Lebensversicherungen hingewiesen hätten. Hierzu zählt selbstverständlich der Wegfall der Steuerfreiheit bei alten Lebensversicherungen und natürlich für die neuen Lebensversicherungen, die neu anfallenden Abschluss- und Vertriebskosten sowie die geringeren Garantiezinsen. Dieses war hier jedoch nicht möglich, da es kein Beratungsprotokoll und keine Auflistung über die vorgenannten Hinweise von wesentlicher Bedeutung gab. Dieses führt zur Umkehr der Beweislast, da der Versicherungsvermittler gesetzlich dazu verpflichtet ist alle erforderlichen Hinweise zu dokumentieren.

---

vgl. auch Dörner in Prölss/Martin, VVG, 28. Auflage 2010, § 63, Rn. 12 ff.

Im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) werden die Beratungspflichten des Versicherungsvermittlers geregelt. Nach § 59 Abs. 1 VVG fallen sowohl der Versicherungsmakler als der Versicherungsvertreter unter den Begriff des Versicherungsvermittlers. Neben dem Versicherungsmakler, der auf der Seite des Versicherungsnehmers und damit in seinem „Lager“ steht, hat auch der Versi-

cherungsvertreter, der im Interesse des Versicherungsunternehmens - also sein „Auge und Ohr“ ist - die Dokumentationspflichten zu erfüllen. Der Versicherungsvermittler – als treuhänderischer Sachverwalter des Kunden – hat gemäß § 61 Abs. 1 VVG gegenüber dem Kunden eine Befragungs- und Beratungspflicht. Weiterhin hat er eine Begründungs- sowie Dokumentationspflicht. Soweit der Kunde also keinen Beratungs- oder Dokumentationsverzicht im Sinne des § 61 Abs. 2 VVG gesondert schriftlich geklärt hat, hat der Versicherungsvermittler unter Berücksichtigung der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages nach § 62 VVG zu dokumentieren (§ 61 Abs. 1 Satz 2 VVG). Der Versicherungsvermittler hat demgemäß dem Versicherungsnehmer gegenüber alles verständlich und in Textform zu übermitteln.

Dieses war in dem zugrunde liegenden Sachverhalt des BGH nicht der Fall. Folglich machten die Kläger eine Schadensersatzpflicht nach § 63 Satz 1 VVG gegenüber den Beklagten geltend. Diese hätten im Rahmen einer ordnungsgemäßen und adäquaten Dokumentation alle vorgenannten wichtigen Punkte dokumentieren müssen um der Beweislastumkehr zu entgegen. Sie hätten damit darlegen können, dass sie richtig beraten haben. Grundsätzlich muss zwar der Kläger – also der schadensersatzbegehrende Kunde – darlegen und beweisen, dass der Kläger – der Versicherungsvermittler – seine Beratungspflicht verletzt hat, wobei dem Versicherungsvermittler eine sekundäre Darlegungslast trifft. Im Rahmen der sekundären Darlegungslast hätte das Beratungsprotokoll hier weitergeholfen. Vorliegend hat es jedoch gerade kein Protokoll und keine Auflistung über alle wesentlichen

leistungs- und beitragsrelevanten Unterschiede der bestehenden und angebotenen Versicherung gegeben. Dieses stellt eine Nichtbeachtung der Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers nach § 61 Abs. 1 Satz 2, § 62 VVG dar. Hieraus folgt eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Versicherungsnehmers bis hin zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Vermittlers. Aus Verbrauchersicht muss dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit gegeben werden, alle Entscheidungen im Rahmen einer Beratung/ Dokumentation zu überprüfen, damit er auch einen Nachweis über den Inhalt der Beratung hat. Da eine Dokumentation hier nicht vorlag, konnte der Verbraucher dieses gerade nicht. Es kommt zu einer Beweislastumkehr, so dass der Versicherungsvermittler beweisen muss, dass die entsprechenden Hinweise im Rahmen der Kündigung sowie Neuabschluss der Lebensversicherung erteilt worden sind. Gelingt ihm dieses nicht, ist zu vermuten, dass der Versicherungsvermittler pflichtwidrig gehandelt hat.

Für die Praxis ist im Rahmen der Versicherungsberatung einmal mehr anzuraten, die gesamte Beratung mit allen Entscheidungen und Begründungen zu dokumentieren und diese Dokumentation auch dem Versicherungsnehmer – nachweislich – rechtzeitig zu übergeben. Angeraten wird auch, sich diese Beratungsdokumentation zu beweisrechtlichen Zwecken gegenzeichnen zu lassen. Doch bereits davor sollte der Vermittler für jede zu beratende Versicherungssparte alle notwendigen Hinweise bereits im Vorfeld erteilen und dokumentieren haben.

### Fazit:

Die Rechtsprechung tendiert mithin weiter dazu, dem Versicherungsvermittler immer mehr Pflichten aufzu-

tragen. Um diesen Pflichten gerecht zu werden, sollte der Versicherungsvermittler alle notwendigen Inhalte der Beratungsgespräche sowie mit den entsprechenden Entscheidungen und deren Begründungen dokumentieren, um – sollte es zu einem Haftungsfall kommen – alles Notwendige darlegen und beweisen zu können. Was notwendig und von wesentlicher Bedeutung ist, kommt jedoch immer auf den Einzelfall an.

In dem zugrunde liegenden Fall wäre es sicherlich notwendig gewesen, über den Wegfall der Steuerfreiheit bei Altversicherungen zu beraten sowie auf neue Abschluss- und Vertriebskosten bei Neuversicherungen sowie mit dem einhergehendem geringeren Garantiezins hinzuweisen. Vermag der Versicherungsvermittler dieses vielleicht mündlich in einer Beratung getan haben, so kann er es nur mit einer adäquaten Beratungsdokumentation beweisen. Dem Makler ist somit anzuraten, alles Notwendige von wesentlicher Bedeutung zu dokumentieren.

Für die Beratung des Maklers ergibt sich folglich ein expliziter Handlungsbedarf auf Basis der jüngsten Rechtsprechung des BGH, denn seine Beratungspflichten gehen bekanntermaßen „weit“. ■

---

*vgl. Dörner in Prölss/Martin, VVG, 28.*

*Aufl. 2010, § 59, Rn. 1 ff.*

*vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2014, Az. III ZR 440/13; vgl. Meixner/Steinbeck, VVG, 2. Aufl. 2011, § 5, Rn. 57*

*„Auge und Ohr“ - Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 11.11.1987, Az. IVa ZR 240/86*

*„Sachwalterurteil“ des BGH vom 22.05.1985, Az. IVa ZR 190/83*

*vgl. Dörner in Prölss/Martin, VVG, 28.*

*Aufl. 2010, § 61, Rn. 7 ff.*

*BGH, Urteil vom 25.09.2014, aaO*

*BGH, Urteil vom 25.09.2014, aaO*

*BGH, Urteil vom 13.11.2014, aaO*

# Bestandspflegeprovision auch nach Vertragsbeendigung!?

## Text

von

Stephanie Has, Rechtsanwältin, Kanzlei Michaelis in Hamburg

Mit Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses verlieren die meisten Versicherungsvertreter oftmals auch Ihre Bestandsprovision. Dagegen wehrte sich jedoch nun ein Handelsvertreter vor dem Landgericht Köln und bekam Recht.

Der Kläger war seit etwa 11 Jahren als Handelsvertreter für die Beklagte tätig. Das Rechtsverhältnis endete jedoch zum 31.03.2014.

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertretervertrag enthielt hierbei unter anderem folgende Klauseln:

Ziffer 11:

*„Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt jeglicher Anspruch des Vertreters auf irgendwelche Vergütungen oder Provisionen.“*

Ziffer 1.5:

*„Der Bestandspflegeprovisionsanspruch erlischt mit der Zahlung des vollen Jahresbeitrages, bei ratierlicher Zahlungsweise pro-rata-temporis. Soweit der Agenturvertreter Bestandsprovisionen erhalten hat, für die entsprechende Beiträge nicht entrichtet wurden, sind die*

*Bestandsprovisionen voll bzw. anteilig zurückzuzahlen.“*

Der Kläger hat ausgeführt, dass ihm eine Bestandspflegeprovision bereits nach §§ 87, 87 a HGB zustehe. Nach § 87 a Abs. 1 HGB entsteht der Provisionsanspruch mit der Zahlung der Versicherungsbeiträge. Durch die Zahlung des Kunden fiel die Provision bereits für den Zeitraum vollständig an. Der Kläger forderte zudem nur Provision, welche bis zur Beendigung am 31.03.2014 verdient wurde. Zudem ist eine Kündigung des Versicherungsvertrages erst wieder im Folgejahr möglich, so dass der Versicherungsvertrag für das gesamte Jahr zustande gekommen ist.

Die Beklagte hingegen ist der Auffassung, dass die Bestandsprovision zu kürzen ist, da diese noch nicht vollständig von der Beklagten verdient war und nach Ausscheiden des Klägers auch nicht mehr verdient werden konnte.

Auch stelle Ziffer 11 des Vertrages einen nachvertraglichen Provisionsverzicht dar sowie Ziffer 1.5 eine bloße Fälligkeitsregelung, deren endgültiges Verdienen der Bestandsprovision von weiteren Voraussetzungen abhängt,

dar. Der Vertreter erhält die eingeklagte Provision ausschließlich für die Pflege und Betreuung der Kunden. Dies kann jedoch noch Beendigung des Vertrages nicht mehr gewährleistet werden.

Das LG Köln folgte letztlich den Ausführungen des Klägers und verurteilte die Beklagte zur Zahlung der beantragten Bestandspflegeprovision.

Das Gericht geht aufgrund der Ziffer 1.5 des Vertretervertrages davon aus, dass mit der Zahlung des Jahresbeitrages die Bestandsprovision entsteht bzw. mit ratierlicher Zahlung pro-rata-temporis. Damit hat der Handelsvertreter entsprechend des gezahlten Betrages des Versicherungsnehmers auch gleichzeitig einen Anspruch auf Bestandspflegeprovision. Zahlt der Versicherungsnehmer daher bereits den Jahresbeitrag, so entsteht auch die Bestandsprovision für das komplette Jahr. Entsprechendes gilt bei einer halb-, vierteljährlichen Beitragszahlung sowie einer monatlichen Zahlung der Prämie.

Auch steht dem Anspruch nicht entgegen, dass das Vertragsverhältnis bereits

# Mehrwert für Makler!

Mit den Webangeboten von procontra-online stets top informiert.



[www.procontra-online.de](http://www.procontra-online.de)

Umfassend informiert.

Lesen und diskutieren Sie kontrovers,  
was in der Branche vor sich geht.  
Nutzen Sie unsere wertvollen  
Veranstaltungs- und Literaturhinweise.



**Das gefällt mir**

**procontra auf facebook**

Sozial vernetzt.

Die Welt von procontra leben und  
lieben lernen: teilen Sie Informationen,  
Gerüchte, Witziges und Provokantes  
auf unserer Fanpage.

[www.facebook.de/procontra](http://www.facebook.de/procontra)



**Mutig.** Frei und souverän – wir polarisieren.

**Ehrlich.** Objektiv und exklusiv – wir klären auf.

**Fair.** Pro und Contra – wir berichten ausgewogen.

**proontraonline**

zum 31.03.2014 beendet wurde. Eine ausdrückliche Regelung, dass im Falle der Vertragsbeendigung im laufenden Jahr die gezahlte Bestandsprovision zu kürzen ist oder ein Rückzahlungsanspruch besteht, wurde nach Ansicht des Gerichts weder ausdrücklich vereinbart, noch ist eine solche Regelung aufgrund ergänzender Vertragsauslegung als gegeben anzusehen.

Darüber hinaus weist das Landgericht Köln in seiner Entscheidung ausdrücklich darauf hin, dass eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung – wie sie in einer Vielzahl von Handelsvertreterverträgen enthalten ist – nicht vorliegt. Auch wenn die Bestandspflegeprovision im Austausch für die Pflege und Betreuung der Kundenbeziehung erfolgen soll, so erbringt der Vertreter im Rahmen der Bestandspflegeprovisionen seine Leistung dadurch, dass die Kunden bestehende Verträge nicht kündigen und fällige Prämien bezahlen. Damit ist der Erfolg, für den die Bestandsprovision gezahlt werden soll, bereits eingetreten, insbesondere ist mit der Prämienzahlung auch der wirtschaftliche Erfolg beim Unternehmen angekommen.

Der Zweck der Pflege und Betreuung nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Prämienzahlung liegt auch nach dem darauffolgenden Zeitabschnitt darin, ein Fortbestehen der Verträge sowie die Weiterzahlung der Prämien herbeizuführen. Eine zeitliche Verknüpfung der Leistungen des Vertreters kann somit nur den Zeitraum bis zur Verlängerung des Versicherungsvertrages und der Zahlung der Prämie betreffen.

Auch führt das Gericht aus, dass selbst bei einer Übertragung der Kunden an einen Nachfolger des Handelsvertreters eine andere rechtliche Bewertung nicht besteht, selbst wenn, wie es einige Verträge vorsehen, der Nachfolger nun die Bestandsprovision

oder zumindest eine Pauschale erhält.

Der Anspruch des Klägers auf Bestandspflegeprovision ist auch nicht nach § 242 BGB zurückzuweisen. Der Handelsvertreter ist nach Erhalt der Provision nicht verpflichtet diese nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB aufgrund des späteren Wegfalls eines rechtlichen Grundes zurück zu zahlen. Die Bestandspflegeprovision wird gerade nicht im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses vorausgeleistet, sondern besteht für die Bestandsprovision maßgebliche Leistung des Vertreters der Fortbestand des Versicherungsvertrages sowie die Zahlung der Prämie.

Die Ziffer 11 des Vertrages bezieht sich darüber hinaus ausschließlich auf Provisionen, welche erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses entstanden sind.

---

### Fazit

Mit diesem Urteil hat das Landgericht Köln erstmalig dem Handelsvertreter eine Bestandspflegeprovision auch nach Vertragsbeendigung zugesprochen, ohne dass dieser noch nach Beendigung eine besondere Betreuung oder Pflege des Kunden nachweisen muss.

Allerdings wurde gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, so dass das Oberlandesgericht Köln nun entscheiden muss, ob dem Handelsvertreter tatsächlich nach Vertragsende auch weiterhin eine Bestandspflegeprovision zusteht. Sollte das OLG Köln das Urteil des LG Köln aufrechterhalten, so könnten sich vielzählige Unternehmer bald nicht mehr auf den Nachweis der Provisionsstornierung auf den Zeitpunkt der Beendigung des Handelsvertretervertrages berufen. Ein einmal fällig entstandener Anspruch wäre trotz Beendigung der Zusammenarbeit voll zu vergüten, sofern der Handelsvertretervertrag dies nicht qualifiziert regelt. Hier helfen wir Ihnen gern. ■

# „Systematische Leistungsablehnung“ bei Berufsunfähigkeitsversicherungen durch den Versicherer – Was sollte der Makler dabei beachten?

## Text

von

RA Dipl.Mag.-Jur. Björn Thorben M. Jöhnke  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Mit der oben genannten Fragestellung, nämlich was der Makler unbedingt beachten sollte, so denn der Versicherungsnehmer einen Leistungsantrag bei dem Versicherer hinsichtlich seiner bedingungsgemäß eingetretenen Berufsunfähigkeit stellen will, möchte sich der vorliegende Artikel befassen.

Hintergrund für die oben aufgeworfene Fragestellung ist die am 03.09.2013 im Bundesministerium durchgeführte Anhörung zum Thema „Schadensregulierung durch Versicherer“. Mit Schreiben vom 11. Februar 2013 hat das Bundesministerium der Justiz (BMJ) die Landesjustizverwaltungen (LJV) um Stellungnahme zu Beschwerden gebeten, mit denen geltend gemacht wird, Versicherer verzögerten systematisch die Regulierung von Schäden. Im Fokus dieser Anhörung stand die Problematik,

dass Versicherer im Rahmen des außergerichtlichen Regulierungsverfahrens sich dahingehend verhielt, dass diese dem Grunde nach zunächst Leistungsanfragen systematisch ablehnen. Besondere Probleme bereite die Berufsunfähigkeitsversicherung. Ohne fachkundige Beratung sei es einem Betroffenen oft schon nicht möglich, seinen Anspruch in richtiger Weise anzumelden, sodass der Anspruch schon deswegen scheitern könne.

Viele Verbraucher scheuen sich entsprechend vor der Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes zur Verfolgung ihrer Ansprüche gegen den Versicherer. Da eine Leistungsablehnung möglicherweise zum Teil aus betriebswirtschaftlichen Gründen erfolgt, und der Versicherungsnehmer meistens ein weiteres Vorgehen gegen den Versicherer scheut,

verlaufen sich viele Verfahren bereits in diesem Stadium „im Sande“. Die Hemmnis der Versicherungsnehmer einen Rechtsanwalt in Anspruch zu nehmen, führt meist dazu, dass nur einer in dieser Angelegenheit „gewinnt“: der Versicherer.

Diese Problematik bezieht sich nicht nur auf die Leistungsfallprüfung im Rahmen von Berufsunfähigkeitsversicherungen. Sie zieht sich durch die gesamte Versicherungslandschaft. Dennoch stellt sich die Frage, wie sich der Makler hier verhalten sollte. Das so genannte

„Sachwalter-Urteil“ des Bundesgerichtshofes aus 1985 gibt vor, dass den Makler diverse Aufklärungs- und Beratungspflichten treffen. Damit verbunden ist auch die Problematik der Beweislast für den Makler. Da der Versicherungsmakler als „Sachwalter“ für den Bereich

der Versicherungsverhältnisse des von ihm betrauten Versicherungsnehmers gilt, trifft ihn die Beweislast dafür, dass ein möglicher Schaden auch bei vertragsgerechter Erfüllung seiner Aufklärungspflicht und Beratungspflicht eingetreten wäre. Das bedeutet, dass ein Makler den Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers nur abwehren kann, wenn er den Nachweis führt, dass er richtig beraten hat, der Versicherungsnehmer seinem Rat aber nicht gefolgt ist. Da die Gerichte in Deutschland sich immer strenger an dem Sachwalter-Urteil orientieren, besteht für den Makler nicht nur eine Pflicht den Versicherungsnehmer vollumfänglich zu beraten, sondern auch die Pflicht den Versicherungsnehmer darauf hinzuweisen, dass möglicherweise Ansprüche gegenüber dem Versicherer bestehen. Sollte der Versicherungsnehmer diese nicht durchsetzen wollen, so sollte der Makler dies ebenfalls dokumentieren. Gerade vor dem Hintergrund, dass Ansprüche verjähren und somit der Versicherungsnehmer auf einem Schaden „sitzen“ bleibt, sollte der Makler zu seiner eigenen Schadensstellung dem Versicherungsnehmer anraten anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Dies kommt selbstverständlich immer auf den Einzelfall an.

Der Makler hat im Rahmen seiner Betreuungspflichten den Versicherungsnehmer, so denn dieser mit ihm ein Maklervertrag geschlossen hat, auch die Begleitung der Antragsstellung im Rahmen der Berufsunfähigkeitsleistungsfallprüfung. Hierzu ist es notwendig, dass alle Angaben entsprechend der Vorgaben des Versicherers auszufüllen sind. Im optimalsten Fall hat schon bereits bei der Beantragung der Versicherung eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Antragsfragen stattgefunden. In den Formularen des Versicherers muss der Versicherungsnehmer Angaben machen, warum er eine Leistung begehrt. Geht dem Antrag zum Beispiel ein Unfall

voraus, so muss er angeben, ob er seine bisherige Tätigkeit, die entsprechend versichert wurde, nicht mehr oder nur noch eingeschränkt durchführen kann. Hilfreich hierfür sind als Nachweis auch ärztliche Diagnoseberichte.

Wichtig ist, dass der Versicherungsnehmer bei einer solchen Beantragung von dem Makler „begleitet“ wird. Der Makler sollte bereits das Ausfüllen von Leistungsanträgen begleiten sowie die Betreuung der Berufsunfähigkeit des Versicherungsnehmers, da auch eine bedingungsgemäße Berufsunfähigkeit enden kann, so denn sich der Gesundheitszustand verbessert. Sollte der Versicherer eine Leistung ablehnen, so wird hier ebenfalls anzuraten sein, anwaltliche Hilfe beizuziehen. Gerade vor dem Hintergrund, dass manche Versicherer möglicherweise „systematisch“ Leistungsanträge ablehnen, muss hier auch im Sinne des Versicherungsnehmers der Anspruch, so denn dieser besteht, durchgesetzt werden. Es sind auch Fälle bekannt, in denen der Versicherer nach „anwaltlichem Druck“ gehalten ist, dem Leistungsbegehren stattzugeben. Denn in einem gerichtlichen Verfahren entstehen auch dem Versicherer Kosten, die gerade nicht durch eine Antragsablehnung auf Leistung entstehen sollen. In anderen Fällen müssen die Ansprüche zwingend gerichtlich durchgesetzt werden. Spätestens hier ist anzuraten, dies von einem Spezialisten im Versicherungsrecht durchführen zu lassen.

Der Makler sollte hier dem Versicherungsnehmer die Scheu nehmen, bei einer Ablehnung des Versicherers auch im gebotenen Umfang die Ansprüche des Versicherungsnehmers bestmöglich und vollumfänglich durchzusetzen. ■

---

Artikel abrufbar über [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de)  
unter dem becklink 1028501

BGH vom 22.05.1985 – Az. IVa ZR 190/83

# Neue Erkenntnisse zur Dokumentationspflicht? (Entscheidung BGH, III ZR 544/13)

## Text

von

RA Ralf C. Funke – Kanzlei Michaelis  
Rechtsanwälte Hamburg -

Gemäß § 61 hat der Versicherungsvermittler für den Versicherungsnehmer insoweit nach Schwierigkeit die angebotene Versicherung zu beurteilen oder die Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation, sofern hier Veranlassung besteht, nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen. Unter Berücksichtigung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Beratungsaufwand und der vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Prämie ist dieser zu beraten, auch sind Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat abzugeben. Dies hat er unter Berücksichtigung der Komplexität des angebotenen Versicherungsvertrages nach § 62 VVG zu dokumentieren.

Soweit die Gesetzeslage. Die Praxis sieht teilweise trotz Bestehen dieser Verpflichtung seit mehr als sieben Jahren dennoch anders aus. Es entspricht zwar nicht mehr der Übung, dass überhaupt keine Beratungsdokumentation erstellt wird, wohl aber, dass allenfalls der Wunsch, nicht jedoch die

Bedürfnisse und auch nicht die Gründe, warum die entsprechende Versicherung empfohlen wurde, in diesem Beratungsprotokoll vermerkt werden. Insofern entspricht es weitestgehend der Übung, dass eine Beratungsdokumentation sehr knapp gehalten ist und im Wesentlichen den ermittelten Wunsch des Kunden und das empfohlene Produkt darstellt.

Die Existenz derartig knapper Beratungsdokumentationen ist nachvollziehbar. Dem Versicherungsvermittler wurde durch die VVG-Reform eine Vielzahl von Pflichten aufgebürgt, welche unter anderem die recht unbeliebte Beratungsdokumentation beinhaltet. Insofern sieht eine Vielzahl von Versicherungsvermittlern dies als lästige Pflicht, welche unentgeltlich zu den sonstigen Pflichten und dem eigentlichen Kerngeschäft zu erfüllen sind. So nachvollziehbar diese Denkweise auch sein mag, empfiehlt sich hier jedoch ein grundlegendes Umdenken, da die Beratungsdokumentation vielmehr

eine Möglichkeit darstellt, die eigene Haftung des Versicherungsvermittlers zu begrenzen.

Zu den Anforderungen der Beratungsdokumentation hat der Bundesgerichtshof erstmalig mit Urteil vom 13.11.2014 zum Aktenzeichen III ZR 544/13 höchstrichterlich entschieden. In dem zu entscheidenden Fall wurde im Jahre 2011 eine bereits seit 2004 laufende kapitalbildende Lebensversicherung gekündigt und eine neue Lebensversicherung abgeschlossen. Nachdem der Kunde festgestellt hatte, dass die neue Police nicht mehr der Steuerfreiheit unterfällt, dass ein erneuter Anfall von Abschlusskosten und ein geringerer Garantiezins im neuen Vertrag enthalten war, widerrief er den Vertrag und versuchte zunächst erst einmal, den alten Vertrag wieder in Kraft zu setzen. Als dies nicht gelang, nahm er den Vermittler in Haftung.

Der Vermittler erklärte, er habe selbstverständlich über alle diese Punkte auf-

geklärt; dennoch habe der Kunde die alte Lebensversicherung kündigen wollen, so dass er ein neues Produkt platziert habe.

Unabhängig von der Frage, welches Produkt vorliegend vermittelt wurde und was für ein vermeintlicher Beratungsfehler begangen worden war, sah sich der Bundesgerichtshof mit der Fragestellung konfrontiert, dass hier „Aussage gegen Aussage“ stand. Dies wird generell durch die Beweislast geregelt. Danach gilt der Grundsatz, dass der Kläger, hier der Versicherungsnehmer, alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorzutragen und zu beweisen hat, während der Beklagte die von ihm dargebotenen Beweismittel zu belegen hat.

Hier entspricht es auch der Rechtsprechung des vorangegangenen Urteils des Bundesgerichtshofes, dass der Versicherungsnehmer grundsätzlich darlegen und beweisen muss, dass der Versicherungsvermittler seine Beratungspflichten verletzt hat (BGH, Urteil vom 25.09.2014, III ZR 440/13).

Unter Beibehaltung eben dieser Rechtsprechung führt der Bundesgerichtshof jedoch in seinem Urteil aus:

Die Nichtbeachtung der Dokumentationspflicht des Versicherungsvermittlers nach § 61 Absatz 1 Satz 2, § 62 VVG kann zur Beweiserleichterung zugunsten des Versicherungsnehmers bis hin zur Beweislastumkehr führen. Ist ein erforderlicher Hinweis von wesentlicher Bedeutung nicht, auch nicht im Ansatz, dokumentiert worden, so muss grundsätzlich der Versicherungsvermittler beweisen, dass dieser Hinweis erteilt worden ist (amtlicher Leitsatz).

Hieraus folgt, dass im vorliegenden Falle eben nicht der Versicherungsnehmer, sondern vielmehr der Vermittler zu beweisen hatte, dass eine ordnungsgemäße Beratung erfolgt war. Da diese nicht vor

Zeugen erfolgte, blieb er den Beweis schuldig, so dass dem Begehren des Versicherungsnehmers entsprochen wurde.

In dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall wurde schlicht keinerlei Beratungsprotokoll gefertigt und konnte mithin auch nicht vorgelegt werden. Die tägliche Praxis des Versicherungsvermittlers wird jedoch sein, dass der BGH, wie oben dargestellt, zudem ausführt, dass sich sämtliche wesentliche Hinweise in der Beratungsdokumentation wiederfinden muss. Es ist daher davon auszugehen, dass, wenn solche Hinweise nicht im Beratungsprotokoll enthalten sind, die erkennenden Gerichte in Anlehnung an den Bundesgerichtshof auch hier eine Beweislastumkehr feststellen werden mit der Folge, dass der Vermittler stets darzulegen und zu beweisen hätte, dass eine ordnungsgemäße Beratung erfolgt ist. Wie ein solcher Beweis geführt werden kann, ist in der Praxis schwierig zu beantworten, da es kaum praktikabel erscheint, stets einen Zeugen bei Abschluss des Versicherungsgespräches zugegen zu haben. Ein praktikables Mittel wäre zweifellos, die gesamten Beratungsgespräche aufzunehmen, da auf diese Weise der Gegenbeweis geführt werden könnte. Auch dieses Verhalten wird jedoch bei zahlreichen Versicherungsnehmern zumindest Befremden auslösen, so dass es nicht praktikabel erscheint.

Unter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe ist daher ein Umdenken beim Versicherungsvermittler erforderlich, in dem die Dokumentationspflicht nicht länger als Verpflichtung, sondern vielmehr als Mittel der eigenen Haftungsbegrenzung verstanden werden sollte. Nur im Falle einer ausführlichen und vollständigen Beratungsdokumentation wird es zum einen nicht zu der oben erwähnten Beweislastumkehr kommen und zum anderen ist durch das Beratungsprotokoll bereits der Beweis erbracht, dass eine Falschberatung nicht vorlag. ■

---

# Die Erfüllung von Beratungspflichten durch Versenden einer Kundenzeitung?

---

## Text

von

RA Stephan Michaelis, Fachanwalt für  
Versicherungsrecht

- Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg -

---

## I. Einleitung

Die Haftung des Versicherungsmaklers wird in der jüngeren Vergangenheit durch die Rechtsprechung in der Tendenz mehr und mehr ausgeweitet. Das Gesetz sieht zunächst vor, dass der Makler bei Vermittlung des Versicherungsproduktes den Versicherungsnehmer nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und personen- und anlagegerecht zu beraten hat. Den Versicherungsvermittler trifft eine sogenannte anlassbezogene Fragepflicht, die Bedürfnisse des Kunden zu eruieren und über entsprechende Versicherungsprodukte zu beraten. Über diese Beratung hat der Vermittler sodann eine Dokumentation anzufertigen. Gesetzliche Grundlage

ist hier § 61 VVG, dessen Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht nach § 63 VVG führt. Die Pflicht zur Beratung bei der Vermittlung ist also gesetzlich kodifiziert.

Von dieser Pflicht zur Beratung bei der Vermittlung des Versicherungsvertrages ist die Frage zu unterscheiden, inwieweit der Versicherungsmakler auch gehalten ist, den Kunden fortlaufend zu betreuen, insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass bei Änderungen der Sachlage auf Seiten des Kunden der Versicherungsmakler neuen, den geänderten Gegebenheiten entsprechenden Versicherungsschutz empfiehlt. Der Gesetzgeber hat diesen Bereich der fortlaufenden Betreuung bewusst nicht geregelt, sondern diese Thematik

der Rechtsprechung und Literatur zur Weiterentwicklung überlassen. So findet man derzeit einen bunten Strauß an Entscheidungen, die vielfach dem Versicherungsmakler die Pflicht auferlegen, die Verträge des Kunden fortlaufend zu verwalten und den Kunden auch fortlaufend zu betreuen.

Vielfach wurde entschieden, dass den Versicherungsmakler die Pflicht trifft, bei erkennbarem Anlass zur Anpassung des Versicherungsschutzes um die Optimierung der Versicherungsverhältnisse bemüht zu sein; verletzt der Versicherungsmakler diese Pflicht, droht selbstverständlich ein Schadensersatzanspruch seitens seines Kunden.

Der Aspekt der fortlaufenden Betreuung des Kunden durch den Versiche-

rungsmakler sollte in der Praxis nicht unterschätzt werden, erfahrungsgemäß ist das Haftungspotenzial hier besonders hoch.

Nun gibt es mehrere Wege, diese Problematik „in den Griff“ zu bekommen. Zunächst kann durch rechtlich sauber formulierte Vertragsbestimmungen die Haftung minimiert oder gar in Teilen ausgeschlossen werden.

Die Verfasser möchten diesen Artikel dazu nutzen, dem Leser eine weitere Möglichkeit nahe zu bringen, wie der fortlaufenden Beratungspflicht Genüge getan werden kann, ohne in die individuelle Beratungstätigkeit mit dem Kunden eintreten zu müssen: Der Versand von Kundenzeitungen.

Natürlich ist die individuelle Beratung und Bedarfsermittlung beim Kunden der sicherste Weg und daher grundsätzlich auch zu empfehlen. Gleichwohl kann das Versenden von Kundenzeitungen ein wichtiger Bestandteil des Betreuungsverhaltens sein.

## II. Enthftung durch Übersenden der Kundenzeitschrift

Durch die Kanzlei der Verfasser ist unlängst ein Urteil erstritten worden, welches sich genau mit diesem Aspekt auseinandersetzt, nämlich der Frage, inwieweit der Makler seiner fortlaufenden Betreuungspflicht dadurch genügt, dass er dem Kunden regelmäßig Kundenzeitungen überlässt. Zwar ist der besagte Rechtsstreit derzeit noch in zweiter Instanz anhängig, das Urteil also noch nicht in Rechtskraft erwachsen, gleichwohl sind die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils sehr aufschlussreich.

Im konkreten Fall ging es darum, dass ein Versicherungsnehmer mit seiner

Familie ins französische Ausland reiste, um dort den Urlaub zu verbringen. In diesem Zusammenhang wurden Gegenstände von erheblichem Wert mitgeführt, die der Höhe nach allerdings nur zu etwa 1/5 versichert waren. Es kam, wie es kommen musste, sämtliche Gegenstände wurden im Ausland aus dem Ferienhaus entwendet. Da eine vollständige Regulierung des behaupteten Schadens seitens der Versicherung ausblieb, wurde der Makler in Höhe der nicht regulierten Differenz vom Versicherungsnehmer wegen der Deckungslücke in Anspruch genommen. Der Versicherungsnehmer behauptet, der Makler sei seiner fortlaufenden Betreuungspflicht nicht gerecht geworden, da er nicht auf Deckungslücken im Versicherungsschutz hingewiesen habe.

Dem Vortrag der Kanzlei der Verfasser folgend äußerte das Gericht in aller Deutlichkeit, dass der Versicherungsnehmer durch die regelmäßigen Hausmitteilungen des Maklers hinreichend darüber informiert wurde, dass es der richtigen Festlegung und Anpassung der Versicherungssumme bedarf, insbesondere bei höherwertigem Hausrat.

In der Essenz stellt das Gericht also fest, dass das Übersenden von Informationszeitschriften für die Erfüllung fortlaufender Beratungspflichten genügen kann.

In besagtem Fall wurde der Versicherungsnehmer durch die Hausmitteilung dafür sensibilisiert, die Versicherungssumme einmal auf Anpassungsbedarf hin zu überprüfen.

Es sind aber auch weitere Fälle denkbar, in denen sich die tatsächlichen Umstände beim Versicherungsnehmer derart ändern, dass ein Aktivwerden des Maklers zu fordern ist. Zur weiteren Absicherung kann aber auch in Kundenzeitungen auf diese typischen Fälle hingewiesen werden.

Insbesondere im Sachbereich kann es dazu führen, dass veränderte Umstände maßgeblichen Einfluss auf den Umfang des Versicherungsschutzes haben. Wird hier nicht dafür Sorge getragen, dass der Versicherungsschutz angepasst wird, kann es schnell zu einer Deckungslücke kommen, in deren Zusammenhang der Makler wegen Pflichtverletzung in Anspruch genommen wird.

Klassisches Beispiel ist etwa die Einrüstung eines Gebäudes für Umbauarbeiten. Hier kommt es zu einer Gefahrerhöhung, da es wegen des vorhandenen Gerüsts einfacher ist, einen Einstieg ins Gebäude zu finden. Entsprechend bedarf es der Meldung beim Versicherer; dies ist ein Umstand, auf den auch ein Artikel einer Kundenzeitung aufmerksam machen kann.

Eine weitere Haftungsgefahr aufgrund von Deckungslücken für den Makler besteht bei betrieblichen Inhaltsversicherungen. Betreut ein Makler einen Existenzgründer, etwa eine Arztpraxis, so muss es sich ihm aufdrängen, dass der Versicherungsschutz nicht mehr genügt, wenn der Praxisbetrieb erkennbar expandiert, der Versicherungsschutz auf Niveau eines Existenzgründers also nicht mehr ausreicht. Auch dies ist ein Aspekt, auf den durchaus in Mitteilungen hingewiesen werden sollte.

Ein weiteres relevantes Beispiel aus der Praxis sind Betriebsstilllegungen. Auch diese werden regelmäßig als Gefahrerhöhung eingestuft. Weiß der Versicherungsmakler von der – dauerhaften oder vorübergehenden – Betriebsstilllegung seines Kunden, so sollte er darauf hinweisen, dass sich dies nachteilig auf den Versicherungsschutz auswirken kann, wenn nicht etwa regelmäßig Kontrollen am Objekt durchgeführt werden. Nach Auffassung

der Verfasser eignet sich eine Kundenzeitung sehr gut, auch auf diesen rechtlichen Aspekt hinzuweisen.

Ein weiteres alltägliches Beispiel ist die für die Hausratversicherung maßgebliche Größe des entsprechenden Gebäudes. Werden hier etwa Anbauten vorgenommen, ist dies zur Vermeidung einer Unterversicherung zu berücksichtigen. Der Makler ist daher gut beraten, auf den Zusammenhang zwischen Größe und Umfang des Versicherungsschutzes hinzuweisen, auch in Kundenzeitungen kann ein solches Thema gut angesprochen werden.

Generalisierend lassen sich also einige Fallgruppen bilden:

Zum ersten die tatsächlichen Risikoveränderungen beim Kunden selbst. Zum zweiten die Änderungen gesetzlicher Normierungen, die Einfluss auf den Versicherungsschutz haben und zum dritten aber auch die mannigfaltigen Produktverbesserungen, die von alternativ in Betracht kommenden Versicherungsgesellschaften angeboten werden.

In letzterem Fall ist beispielsweise die grobe Fahrlässigkeit nunmehr versicherbar, sodass von den gesetzlichen Regelungen einer Quotelung abgesehen werden würde. Außerdem kann in Kundenzeitschriften aber auch sehr gut auf gängige Verhaltenspflichten eingegangen werden, damit der Versicherungsnehmer bestehende vertragliche Ansprüche realisieren kann. Von der Anfertigung einer Stehlgutliste und auch deren Einreichung bei der Polizei bis hin zu allen weiteren Verhaltensregelungen, die üblicherweise durch den Versicherungsnehmer zu beachten sind.

Dies ist nur ein kleiner Ausschnitt alltäglicher Sachverhalte, die versicherungsrechtlich relevant sind und im Ergebnis eine Haftung des Maklers

befürchten lassen können, wenn er bei erkennbaren tatsächlichen Änderungen eine Beratung unterlässt.

---

### III. Zusammenfassung

In der Rechtsprechung wird vielfach eine Pflicht des Maklers angenommen, einmal vermittelte Versicherungsverträge auch fortlaufend zu betreuen. Sind Anhaltspunkte erkennbar, dass geänderte tatsächliche Umstände eine Anpassung des Versicherungsschutzes erforderlich machen, ist der Makler demnach gehalten, den Kunden hierauf hinzuweisen.

Im Rahmen dieser fortlaufenden Betreuungspflicht kann es sehr hilfreich sein, dem Kunden Zeitschriften oder sonstiges Informationsmaterial zukommen zu lassen, in denen derartige Aspekte thematisiert werden. Es sei aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Makler sich nicht immer darauf verlassen kann, dass das Versenden der Kundenzeitschrift im Ergebnis zu einer Enthftung führt, schließlich kann es sein, dass der Kunde etwa die Zeitschrift überhaupt nicht erhalten hat (den Beweis des Zugangs hätte im Ernstfall der Makler zu erbringen).

Der Makler sollte daher nach wie vor darauf achten, im Rahmen der fortlaufenden Betreuung den Versicherungsschutz des Kunden zu überprüfen, insbesondere wenn Anlass hierzu besteht. Das Übersenden von Kundenzeitschriften kann dann ein weiteres wichtiges Mosaik sein, die Haftung des Maklers zu verhindern.

Schließlich sei auch empfohlen, dem Versicherungsnehmer aufzugeben, bei sämtlichen Änderungen tatsächlicher Art den Makler zu kontaktieren und diesen darüber befinden zu lassen, ob eine Anpassung des Versicherungsschutzes vorzunehmen ist. ■

---

# Hinweispflichten des Maklers bei Vereinbarung oder Änderung des Bezugsrechtes in der Lebensversicherung

---

## Text

von

RA Jens Reichow

– Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg –

---

Die Pflichten des Versicherungsmaklers gehen weit, urteilte der BGH bereits im Jahr 1985 (BGH VersR 85, 930). Wie weit diese Pflichten gehen können, zeigte das OLG Hamm in einer Entscheidung vom 11.05.1995 (Az.: 18 U 57/94 – abgedr. in MedR 1997, 463). Darin urteilte das OLG Hamm, dass der Versicherungsmakler die höchstrichterliche Rechtsprechung kennen muss und seinem Kunden auch im Hinblick auf diese Rechtsprechung eine Beratung schulde.

Sollte sich diese Auffassung durchsetzen und danach rechtliche Beratung des Versicherungsmaklers zum vermittelten Versicherungsvertrag bestehen, so wäre insbesondere die Vermittlung von Lebensversicherungsverträgen für Beratungsfehler anfällig. Nicht nur die steuerlichen Unterschiede und vertraglichen Konzeptionen wären dann vom Versicherungsmakler zu beleuchten, sondern auch die Aufklärung über das Bezugsrecht im Todesfall würden sicherlich stärker in den Fokus der Beratung rücken müssen.

Bislang spielt die Vereinbarung des Bezugsrechtes nur eine kleine Rolle. Für gewöhnlich setzt der Versicherungsnehmer bei Antragsstellung denjenigen ein, den er begünstigen will. In manchen Fällen handelt es sich bei dem Bezugsberechtigten um die gesetzlichen oder testa-

mentarischen Erben, in anderen Fällen handelt es sich um eine dritte Person, der nur eine besondere Leistung im Todesfall des Versicherungsnehmers zugewendet werden soll. Zum Teil setzt der Versicherungsnehmer auch seine gesetzlichen Erben ein und ändert dann anschließend testamentarisch die Erbfolge.

Dies ist alles nicht unproblematisch wie ein Blick auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2008 (Az.: IV ZR 238/06) zeigt. Der BGH urteilte darin aus, dass das Bezugsrecht aus der Lebensversicherung auch nach dem Tod des Versicherungsnehmers, welcher in diesem Fall zugleich versicherte Person war, noch von den Erben geändert werden kann, solange die Todesfallleistung nicht ausbezahlt worden ist. Erforderlich hierfür ist allerdings, dass der Schenkungsvertrag zwischen Versicherungsnehmer und bezugsberechtigter Person ebenfalls widerrufen wird, bevor die Schenkung vollzogen wurde, da der Schenkungsvertrag der notariellen Form bedarf, ist dies grundsätzlich möglich.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Wille des Erblassers von den Erben durch Widerruf der Schenkung gegenüber dem Bezugsberechtigten umgangen werden kann. Dies hat zur Folge, dass die Todesfallleistung aus der Lebensversicherung

wieder der Erbmasse zu Gute kommt und den Erben zur Verfügung steht.

Dem Makler sollte das diesbezügliche Risiko bewusst sein und den Versicherungsnehmer bei der Beratung über das Bezugsrecht über die Möglichkeit der Änderung des Bezugsrechtes durch die Erben hinweisen. Andernfalls müsste man sich die Frage stellen, ob der Bezugsberechtigte, dessen Bezugsrecht von den Erben widerrufen wird, über Schadensersatzansprüche gegenüber dem Makler verfügt. Wenn der Bezugsberechtigte vom Versicherungsnehmer erkennbar in den Schutzbereich der Beratung durch den Versicherungsnehmer einbezogen wurde, wird man dies sicherlich nicht grundsätzlich verneinen können. Soweit also für den Versicherungsmakler erkennbar ist, dass das Bezugsrecht zugunsten eines Nicht-Erben geändert wird, sollte er darauf hinweisen, dass der Schenkungsvertrag zwischen Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigtem zur Wirksamkeit der notariellen Form bedarf und dem Versicherungsnehmer anwaltlichen Rat aufzusuchen. Andernfalls läuft er stets Gefahr vom Bezugsberechtigtem nach dem Todesfall in Haftung genommen zu werden, wenn die Erben dem Bezugsberechtigten das Bezugsrecht entziehen und die Schenkung rechtzeitig, vor deren Vollziehung widerrufen. ■

# Nachbesserungsbedarf bei Wiedereingliederungs- maßnahmen

Bundesgerichtshof,  
Urteil vom 11.03.2015 (Az.: IV ZR 54/14)

## Text

von

Rechtsanwältin Kathrin Pagel,  
Fachanwältin für Versicherungsrecht,  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

In der Krankentagegeldversicherung ist ein Grundsatzurteil ergangen. Lange war es umstritten, ob der Versicherungsnehmer einer Krankentagegeldversicherung berechtigt ist, Versicherungsleistungen in Anspruch zu nehmen, während er eine Wiedereingliederungsmaßnahme gemäß § 74 SGB V zur Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit durchführt und für diese Tätigkeit keinen Lohn vom Arbeitgeber erhält. Diese Frage hat der Bundesgerichtshof nun in einem neuen Urteil entschieden.

Wegen eines Burn-Out Syndroms war die Klägerin arbeitsunfähig krankgeschrieben und nahm an einer Wiedereingliederungsmaßnahme teil. Dabei übte die Klägerin ihre ursprüngliche berufliche Tätigkeit im Rahmen eines Wiedereingliederungsplans teilweise wieder aus. Da der Arbeitgeber ihr für ihre Tätigkeit kein anteiliges Gehalt zahlte, sah sie ihre Krankentagegeldversicherung in der Leistungspflicht. Die

Krankentagegeldversicherung verweigerte unter Verweis auf ihre Versicherungsbedingungen die Leistung.

Dort heißt es unter anderem, dass der Versicherungsfall endet, wenn nach medizinischem Befund keine Arbeitsunfähigkeit und keine Behandlungsbedürftigkeit mehr besteht. Arbeitsunfähigkeit im Sinne der Bedingungen liegt vor, wenn die versicherte Person ihre berufliche Tätigkeit nach medizinischem Befund vorübergehend in keiner Weise ausüben kann, diese auch nicht ausübt und keiner anderweitigen Erwerbstätigkeit nachgeht. In der Durchführung der Wiedereingliederungsmaßnahme sah der beklagte Versicherer den Nachweis, dass die Arbeitsfähigkeit der Klägerin wiederhergestellt wäre.

Der Bundesgerichtshof hat nun entschieden für diesen Fall entschieden, dass eine Leistungsverpflichtung des Versicherers nicht vorliegt. Es fehlt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs

an der Voraussetzung der bedingungs-gemäßen Arbeitsunfähigkeit, wenn.

## Anmerkung:

Der bisherige Streit um die Leistungspflicht des KT-Versicherers bei Wiedereingliederungsmaßnahmen ist beendet. Versicherungsvermittlern betroffener Kunden sollten diese möglichst vor Durchführung einer Wiedereingliederung informiert haben, insbesondere weil die Durchführung von Wiedereingliederungsmaßnahmen freiwillig ist. Im Interesse der KT-Versicherer steht es, diese Versicherungslücke und wirtschaftlich erhebliche Belastung des Versicherungsnehmers zur Unzeit schnellstmöglich zu schließen, da die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Versicherungsnehmers beiderseitiges Anliegen ist. Über die Leistungsverpflichtung im Falle von reinen Arbeitsversuchen hat der Bundesgerichtshof im Übrigen ausdrücklich nicht entschieden. Für spezifische Einzelfallfragen sollten spezialisierte Rechtsanwälte zu Rate gezogen werden. ■

# Widerrufsrecht, bald ist Schluss!?

## Text

von

Rechtsanwalt Boris Glameyer

– Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg –

## I. Einleitung

*Widerrufsrecht für Altverträge bei Immobilienkrediten soll aufgehoben werden*

In der Vergangenheit haben Kreditinstitute bei der Vergabe von Immobiliendarlehen oft falsch oder unzureichend über das Widerrufsrecht der Darlehensnehmer belehrt. Infolgedessen hat die Widerrufsfrist dieser falschen oder unzureichenden Widerrufsbelehrungen nie zu laufen begonnen. Die betroffenen Verträge können selbst heute noch widerrufen werden. Dies gilt auch für bereits beendete Verträge. Der Vorteil dieses durch eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung entstandenen „ewigen“ Widerrufsrechts liegt für den Darlehensnehmer in der Möglichkeit einer zinsgünstigen Neufinanzierung sowie der Vermeidung einer Vorfälligkeitsentschädigung oder deren Rückforderung. Doch wohl nicht mehr lange.

*Das Widerrufsrecht soll rückwirkend beschränkt werden*

Im Bundestag wird aktuell das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilien-Kreditrichtlinie debattiert, welches die Vergabe vom Immobiliendarlehen umfassend neu regeln soll. Damit soll nach der Begründung des Gesetzentwurfes ein „hohes Verbraucherschutzniveau“

geschaffen und die Bedingungen zur Vergabe von Immobiliendarlehen sollen innerhalb der EU angeglichen werden. So weit so gut.

Allerdings soll im Rahmen dieser Gesetzesänderung das Widerrufsrecht bei Immobiliendarlehen für Verbraucher eingeschränkt werden. Grundsätzlich sieht der Gesetzentwurf ein Erlöschen des Widerrufsrechts bei Immobiliendarlehen nach einem Jahr und 14 Tagen vor, und zwar unabhängig davon, ob das Kreditinstitut zuvor seiner Widerrufsbelehrungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist oder nicht.

In diesem Zug soll auch rückwirkend das jetzt bestehende „ewige“ Widerrufsrecht bei alten Immobiliendarlehen abgeschafft werden. Das würde dazu führen, dass bei allen von Oktober 2002 bis Juni 2010 geschlossenen Kreditverträgen das „ewige“ Widerrufsrecht spätestens Anfang Juni 2016 erlischt. Hier scheint die Lobbyarbeit der Banken zu Lasten der Verbraucher wieder einmal gewirkt zu haben. Denn weder war im Gesetzentwurf der Bundesregierung eine solche rückwirkende Einschränkung vorhanden, noch hat sich der Bundestag in der 1. Lesung damit beschäftigt.

*Was Darlehensnehmer jetzt tun können um ihre Rechte zu wahren*

In Anbetracht der Tatsache, dass für die Erklärung des Widerrufs eines Immobiliendarlehens mit fehlerhafter Widerrufsbelehrung wahrscheinlich nur noch wenige Monate verbleiben, kann Immobiliendarlehensnehmern nur empfohlen werden, ihren Darlehensvertrag umgehend von einer spezialisierten Fachanwaltskanzlei auf Widerrufbarkeit prüfen zu lassen. Die Chancen stehen gut da sehr viele der Verträge widerrufbar sind. Wer jetzt zu lange wartet und zögert, darf sich später nicht ärgern. Ein erfolgreich erklärter Widerruf kann erfahrungsgemäß zu erheblichen finanziellen Vorteilen führen.

*Was wir für Sie tun können – kurzfristige Überprüfung Ihrer Widerrufsbelehrung*

Wir können Ihre Widerrufsbelehrung kurzfristig auf Fehlerhaftigkeit hin überprüfen. Wir können Sie über Kosten und Risiken einer anwaltlichen Durchsetzung des Widerrufs sowie die möglichen finanziellen Vorteile informieren. Dann wissen Sie recht schnell, ob es für Sie sinnvoll sein kann, zu den jetzt aktuellen Marktkonditionen zinsgünstig umzuschulden ohne Vorfälligkeitsentschädigung zahlen zu müssen oder ob Sie Ihre bereits gezahlte Vorfälligkeitsentschädigung möglicherweise zurückfordern können. Makler erhalten eine Scheckliste aus unserem Hause. ■



# *Auf das Werkzeug kommt es an.*

## Die neuen procontra Beratertools

- ▶▶ LV-Check
- ▶▶ Fondsanalyse
- ▶▶ Immobilienkompass
- ▶▶ Akademie

<http://www.procontra-online.de/beratertools/>

# Die optimale Rechtsform für den Versicherungsmakler

## unter Berücksichtigung der Nachfolge- und Haftungsregelungen

(Gesamtbeitrag in der ZfV Ausgabe 11 und 12/2015)

### Text

von

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski,  
Rechtsanwalt

– Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg

### I. Fragestellung

Bei den Industrie- und Handelskammern sind (Stand 02.01.2015) ca. 47.000 Versicherungsmakler nach § 34d GewO registriert.<sup>1</sup> Der typische Versicherungsmakler ist bei gewerblicher Tätigkeit Handelsmakler (§ 93 HGB)<sup>2</sup>, bei nicht gewerblicher Tätigkeit Kann-Kaufmann § 2 HGB. Gesetzliche Regelungen darüber, in welcher Rechtsform die Versicherungsmakler ihre Tätigkeit ausüben sollen, finden sich nicht. Die corporate governance des Versicherungsmaklers lässt sich zwar auf wenige Merkmale reduzieren – diese Merkmale reflektieren aber nicht die von ihm gewählte Rechtsform, in der er tätig ist. Es geht um:

- Registrierung / Erlaubnis
- Berufshaftpflichtversicherung
- Gewerberechtliche Zuverlässigkeit
- Berufsqualifikation (Sachkundeprüfung)
- Beratung im bestmöglichen Kundeninteresse

- Dokumentation von Rat und Empfehlung
- Haftung für Informations- und Beratungsfehler<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Daneben gibt es ca. 160.000 gebundene Versicherungsvertreter sowie ca. 30.000 Versicherungsvertreter mit Erlaubnis nach § 34d GewO sowie ca. 3.150 produktakzessorische Vertreter und 125 produktakzessorische Makler – der Kreis der Versicherungsberater ist mit 292 weiterhin klein. Insgesamt sind 240.297 Versicherungsvermittler im Markt tätig, so die DIHK Service GmbH zu den Registrierungen im Versicherungsvermittlerregister (Stand 02.01.2015). Für Anfang 2012 sollen 17.600 Vermittlerunternehmer als GmbH eingetragen gewesen sein, so Pohl in: *portfolio international* vom 11.10.2012, S. 1.

<sup>2</sup> Vertiefend Schwintowski, MiFID, VVR-Zeit für (die) Neuorientierung bei den deutschen Finanzdienstleistern, Nomos-Verlag 2007, S. 84 mit Abgrenzung zu anderen Vermittlertypen.

<sup>3</sup> Vertiefend Schwintowski, a.a.O., S. 198.

Diese Merkmale kennzeichnen auch den Typus des Finanzdienstleisters, zu dem nicht nur der Versicherungsmakler sondern auch der Versicherungsver-

treter, der Versicherungsberater und der Finanzdienstleister gehört. Warum die Europäische Kommission diese strukturelle Identität zwischen Versicherungs- und Finanzdienstleistungen nicht zum Anlass genommen hat, eine einzige Direktive für den modernen Typ des Finanzdienstleisters auch im gesellschaftsrechtlichen Sinne zu schaffen, ist nicht ganz leicht zu beantworten. Tatsächlich stehen jedenfalls die Richtlinien für die Versicherungsvermittler und für die Finanzdienstleister unverbunden nebeneinander und bewirken eine künstliche Trennung zwischen funktional zusammengehörenden Dienstleistungen.

Die Trennung ist allerdings historisch tradiert – Versicherungs- und Bankwesen haben eigenständige Wurzeln, die weit in die Antike zurückgreifen.<sup>4</sup> Man mag dies bedauern oder auch nicht – die (optimale) Rechtsform für Vermittler und damit auch für Versicherungsmakler gibt es weder in Deutschland noch in Europa.

### 1. Der Versicherungsmakler ist regelmäßig Kaufmann

Gesetzlich kodifiziert ist somit nur der rechtliche Status des Versicherungsmaklers. Im Normalfall handelt der Versicherungsmakler gewerbsmäßig, das heißt, seine Tätigkeit ist auf Dauer, selbstständig und auf die Erzielung nachhaltiger Einnahmen ausgerichtet.<sup>5</sup> Damit ist der Handelsmakler Kaufmann nach § 1 Abs. 1 HGB. Erfordert das Unternehmen keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb, so ist der Versicherungsmakler Kann-Kaufmann (§ 2 HGB) und muss die Vorschriften für die Handelsmakler nach § 93 Abs. 3 HGB einhalten.<sup>6</sup>

### 2. Die Firma

Für den Handelsmakler folgt hieraus, dass er zugleich über eine Firma verfügt. Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 Abs. 1 HGB). Unter dieser Firma kann der Kaufmann zugleich klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2 HGB). Dies ist für den Fall der Unternehmensnachfolge (etwa durch Veräußerung oder durch Erbfall) nicht ganz unwichtig, denn wer ein bestehendes Handelsgeschäft (zum Beispiel das Handelsgeschäft des Versicherungsmaklers) unter Lebenden (zum Beispiel durch Unternehmenskauf) oder von Todes wegen (Erbfall) erwirbt, darf für dieses Handelsgeschäft die bisherige Firma, auch wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers enthält, mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen (§ 22 Abs. 1 HGB).

### 3. Das Handelsgeschäft

Noch wichtiger für die im folgenden zu problematisierenden Fragen ist § 23 HGB, wonach die Firma nicht ohne

das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann. Das HGB geht also bei einem Einzelkaufmann (etwa einem Versicherungsmakler) davon aus, dass er das Handelsgeschäft übertragen kann, allerdings nicht ohne die Firma, also den Namen, unter dem er das Handelsgeschäft führt. Es gilt das Verbot der Leerübertragung einer Firma. Das bedeutet, weder die Firma kann vom Handelsgeschäft noch das Handelsgeschäft von der Firma losgelöst werden.<sup>7</sup> Diese Norm ist nicht ganz unwichtig, denn sie signalisiert, dass das Handelsgeschäft eines Versicherungsmaklers als Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten (Unternehmen) einzuordnen ist.<sup>8</sup> Das bedeutet, das Handelsgeschäft im Sinne der §§ 22, 23 HGB wird als Ganzes entweder durch Vertrag unter Lebenden (zum Beispiel Unternehmenskaufvertrag) oder von Todes wegen (zum Beispiel per Testament) erworben.<sup>9</sup>

<sup>4</sup>Vertiefend Schwintowski, *Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt*, Nomos-Verlag 1987, ab S. 25 m.w.N.

<sup>5</sup>Kotzian-Marggraf in: Oetker, HGB-KOM, 3. Auflage, 2013, § 93 Rn. 2 m.w.N.

<sup>6</sup>Körber in: Oetker, HGB-KOM, 3. Auflage, 2013, § 2 Rn. 32.

<sup>7</sup>Schlingloff in: Oetker, HGB-KOM, a.a.O., § 23 Rn. 1.

<sup>8</sup>BGH vom 28.11.2001 - VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042, 1043; ähnlich bereits BGH vom 14.06.1989 - VIII ZR 176/88, NJW 1990, 44, 45.

<sup>9</sup>Schlingloff in: Oetker, HGB-KOM, a.a.O., § 22 Rn. 6, 9.

### 4. Die Übertragung von Firma und Handelsgeschäft

Die Übertragung von Firma und Handelsgeschäft erfolgt (mit dinglicher Wirkung) nach §§ 413, 398 BGB, wonach auf die Übertragung anderer Rechte (Firma/Handelsgeschäft) die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen entsprechende Anwendung finden.<sup>10</sup> Dies bedeutet, dass nicht nur

eine Forderung sondern auch ein Handelsgeschäft (als Gesamtheit!) durch Vertrag auf einen anderen übertragen werden kann. Das hat Auswirkungen auf die sogenannte Bestandsübertragung, über die später noch vertieft zu reden sein wird.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der Versicherungsmakler, als Handelsmakler, ein kaufmännisches Handelsgewerbe unter seinem Namen (Firma) betreiben und folglich auch verkaufen und vererben kann.

### 5. Jede andere Rechtsform ist zulässig

Daneben kann der Versicherungsmakler jede andere zulässige Rechtsform wählen, die gesellschaftsrechtlich zulässig ist. Denkbar sind auf der einen Seite alle Formen der Personengesellschaften, also die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR: §§ 705 ff. BGB), die offene Handelsgesellschaft (OHG: §§ 105 ff. HGB), die Kommanditgesellschaft (KG: §§ 161 ff. HGB) und die GmbH&Co. KG, die sich von der KG nur dadurch unterscheidet, dass als Komplementär (Vollhafter) eine GmbH eingesetzt wird, worauf nach § 19 Abs. 2 HGB bei der Firmierung hinzuweisen ist.

Daneben können Versicherungsmakler auch in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft tätig werden, also etwa als GmbH oder als UG (haftungsbeschränkt), ebenso als Aktiengesellschaft oder als Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA: §§ 278 ff. AktG).

<sup>10</sup>Schlingloff in: Oetker, HGB-KOM, a.a.O., § 23 Rn. 5; Roth in MüKo-BGB, Schuldrecht AT, 6. Auflage, Beck 2012, § 413 Rn. 3; Baumbach/Hopt, HGB-KOM, 36. Auflage, Beck 2014, § 22 Rn. 7; Bokelmann in: MüKo-HGB, 3. Auflage, Beck 2010, § 22 Rn. 43; Röhrich/Graf von Westphalen/Ammon, HGB-KOM, 4. Auflage, Beck 2014, § 22 Rn. 19; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Vahlen 2013, § 23/3.

## II. Rechtsformwechsel

### 1. Formwechsel nach HGB/BGB

Das geltende Recht erlaubt den Wechsel der Rechtsform bei Wahrung der Identität des Rechtsträgers; da der Rechtsträger identisch bleibt, findet ein Vermögensübergang nicht statt.<sup>11</sup> Tritt beispielsweise jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (zum Beispiel Versicherungsmaklers) ein, so entsteht – ohne dass insoweit irgendein formeller Akt erforderlich wäre – entweder eine OHG oder eine KG (§§ 28, 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB). Das Gesetz ordnet diesen Rechtsformwechsel an. Wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung beschränkt ist, entsteht kraft Gesetzes eine OHG – ist die Haftung bei einem der Gesellschafter beschränkt (Kommanditist), so entsteht eine KG. Das Gleiche gilt auch umgekehrt beim Ausscheiden von Gesellschaftern – in diesem Falle wächst der Anteil am Gesellschaftsvermögen der übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 Abs. 1 BGB). In all diesen Fällen findet eine Gesamtrechtsnachfolge ohne einen Anteilsaustausch statt.<sup>12</sup>

### 2. Formwechsel nach UmwG

Daneben gibt es den Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz. Aus einer OHG kann beispielsweise eine GmbH oder AG nach § 214 UmwG werden. § 191 UmwG enthält einen abschließenden Katalog der Rechtsträger, die ihre Form wechseln können. Die Norm lässt das Handelsunternehmen des Einzelkaufmanns (zum Beispiel Versicherungsmaklers) als formwechselnden Rechtsträger nicht zu. Wenn also beispielsweise der Versicherungsmakler als Kaufmann seine Rechtsform in eine GmbH oder eine UG ändern möchte, so kann er das nicht nach §§ 191 ff. UmwG, aber im Wege der Ausgliederung nach § 152 UmwG tun.

Wird das vom Einzelkaufmann betriebene Unternehmen insgesamt in

eine GmbH ausgegliedert, so hat dies das Erlöschen der vom Einzelkaufmann geführten Firma zur Folge und das gesamte Vermögen des Unternehmens einschließlich aller Verbindlichkeiten geht als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger ohne Zustimmung betroffener Gläubiger oder Vertragspartner über (§ 155 i. V. m. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).<sup>13</sup> Der übernehmende Rechtsträger (zum Beispiel die Einmann-GmbH/UG) übernimmt folglich im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (also ohne jede Zustimmung Dritter) die Verbindlichkeiten des Einzelkaufmanns (zum Beispiel des Versicherungsmaklers).<sup>14</sup> Allerdings ist die Ausgliederung ausgeschlossen, wenn der Einzelkaufmann überschuldet ist (§§ 152, 154 UmwG). Der Einzelkaufmann haftet für die im Ausgliederungs- und Übernahmevertrag aufgeführten Verbindlichkeiten, die die neue Gesellschaft übernimmt (zum Beispiel GmbH/UG), wenn sie vor Ablauf von 5 Jahren nach der Ausgliederung fällig werden (§§ 156, 157 UmwG). In diesem Zeitraum haftet folglich der Einzelkaufmann neben der neuen Gesellschaft als Gesamtschuldner (§§ 421, 426 BGB), das heißt, jeder Schuldner ist verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken, wobei der Gläubiger die Leistung nur einmal fordern darf (§ 421 BGB). Außerdem ordnet § 156 S. 2 UmwG an, dass von Dritten bestellte Sicherheiten (zum Beispiel Bürgschaften, Pfandrechte oder Hypotheken) entgegen § 418 BGB bestehen bleiben.

<sup>11</sup> *Begründung des Regierungsentwurfs zum Umwandlungsgesetz, BT-Drucks. 12/6699, S. 136.*

<sup>12</sup> *Sagasser in: Sagasser/Buhla/Brünger, Umwandlungen, Beck 2011, § 2 Rn. 10.*

<sup>13</sup> *Kallmeyer/Sickinger in: Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, Otto-Schmidt Verlag 2013, § 152 Rn. 1; Kadel, BWNotZ 2010, 46; Eberle, BWNotZ 2010, 178; DNotI-Report 5/2012, 33; OLG Karlsruhe vom 19.08.2008 – 1 U 108/08, GmbHR 2008, 1219 f.*

<sup>14</sup> *Kallmeyer/Sickinger, a. a. O., Rn. 1.*

Wird die GmbH/UG zum Zwecke der Ausgliederung des von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens neu gegründet, so spricht man von einer Ausgliederung zur Neugründung. Die eben beschriebenen Regeln in §§ 152-157 UmwG finden auf diese Ausgliederung zur Neugründung entsprechende Anwendung (§ 158 UmwG). Ein Ausgliederungsbericht erübrigt sich, jedoch ist ein Sachgründungsbericht bei Neugründung einer GmbH zwingend erforderlich.<sup>15</sup> Auch in diesem Fall haftet der Einzelkaufmann für die übertragenen Verbindlichkeiten innerhalb der 5-Jahresfrist des § 157 UmwG. Die gesamtschuldnerische Haftung des neuen Rechtsträgers ergibt sich aus § 133 UmwG. Die Haftung des neuen Rechtsträgers (GmbH/UG) kann auf die Neuschulden begrenzt werden, sofern die Bekanntmachungsregeln in § 25 Abs. 2 HGB (Eintragung und Bekanntmachung im Handelsregister) eingehalten werden (§ 133 Abs. 1 S. 2 UmwG). Die Ausgliederung zur Neugründung (§ 158 UmwG) kann mit einer Ausgliederung zur Aufnahme (§ 152 UmwG) kombiniert werden.<sup>16</sup>

Für den Versicherungsmakler, der als Einzelkaufmann firmiert, bedeuten diese Grundsätze, dass er seine Firma und das gesamte Vermögen des Unternehmens einschließlich aller Verbindlichkeiten auf eine GmbH/UG übertragen kann. Erfasst die Ausgliederung das gesamte Unternehmen des Einzelkaufmanns, so bewirkt die Eintragung der Ausgliederung das Erlöschen der zuvor geführten Firma (§ 155 UmwG). Die ausgegliederten Teile des Vermögens des Einzelkaufmanns einschließlich aller Verbindlichkeiten gehen als Gesamtheit auf die übernehmenden Rechtsträger über (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Einer Zustimmung etwaig betroffener Gläubiger oder Vertragspartner bedarf es nicht.<sup>17</sup>

### 3. Rechtsformklauseln im Maklervertrag - unwirksam

Diese Grundsätze sind für den Versicherungsmakler nicht unwichtig, denn sie zeigen, dass der Rechtsformwechsel für den Versicherungsmakler jederzeit und zwar ohne jede Zustimmung von Gläubigern oder Vertragspartnern möglich ist. Weder Versicherer noch Kunden (VN) haben dem Rechtsformwechsel zuzustimmen. Dennoch wird in der Praxis eine Klausel im Maklervertrag vorgeschlagen: „Bei Änderung der Rechtsform der Maklerfirma gehen erteilte Aufträge, abgeschlossene Maklerverträge und erteilte Vollmachten auf die neue Firma in der jeweiligen Rechtsform über“.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> BayObLG vom 10.12.1998 – 3 Z BR 1237/98, GmbHR 199, 295.

<sup>16</sup> Kallmeyer/Sickinger, a.a.O., § 159 Rn. 4 m.w.N.

<sup>17</sup> Kallmeyer/Sickinger, a.a.O., § 152 Rn. 1; OLG Karlsruhe vom 19.08.2008 – 1 U 108/08, GmbHR 2008, 1219 f.

<sup>18</sup> Pohl in: *portfolio international*, Heft 4/2014, S. 20.

Eine solche Klausel ist irreführend und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Tatsächlich erfolgt beim Rechtsformwechsel kein Rechtsübergang. Sinnvoll wäre allenfalls eine Klausel, die darauf hinweist, dass Aufträge und anderes bei Rechtsformwechsel in der neuen Firma fortgeführt werden.

### 4. Haftungsbeschränkung in GmbH/UG

Im Regelfall ist die Ausgliederung des Vermögens eines Einzelkaufmanns nach §§ 152, 158 UmwG steuerrechtlich neutral, das heißt, es fällt weder Umsatzsteuer noch Gewerbesteuer an. Die grundsätzlich bestehende steuerrechtliche Neutralität bei Ausgliederung des Handelsgeschäftes eines Einzelkaufmanns (Versicherungsmakler) auf eine GmbH/UG zeigt aber, dass der Gesetzgeber auch Versicherungsmaklern einen Weg ebnen will, über eine Rechtsform für das Handelsgeschäft nachzudenken, die möglicherweise vorteilhaft ist. Als

Hauptvorteil wird regelmäßig auf die Haftungsbeschränkung hingewiesen, denn „für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen der GmbH/UG (§ 13 Abs. 2 GmbHG)“. In Zukunft kann eine GmbH/UG durch eine einzige Person errichtet werden (§ 1 GmbHG). Dies bedeutet, dass eine Person (zum Beispiel der Versicherungsmakler) seine Haftung auf das GmbH-Vermögen beschränken kann. Für den Fall, dass die VSH nicht oder nicht vollständig leistet, sichert er sich und sein Privatvermögen, vor vollständigem Vermögensverfall ab. Pohl weist darauf hin, dass bei einem Einzelkaufmann eine einzige Unachtsamkeit, beispielsweise als Serienschaden, die persönliche Insolvenz bedeuten kann, und empfiehlt deshalb über die GmbH oder die GmbH & Co. KG als haftungsbegrenzende Rechtsform nachzudenken.<sup>19</sup> Zu beachten ist, dass sich die Haftungsbeschränkung auf das jeweilige Gesellschaftsvermögen erstreckt. Zum Gesellschaftsvermögen gehört insbesondere der Maklerbestand, das heißt, der Gegenwert dieses Bestandes haftet auch, wenn man die Rechtsform GmbH oder GmbH&Co. KG oder UG wählt für die Verbindlichkeiten des Maklerunternehmens.

Das Stammkapital der GmbH muss mindestens 25.000€ betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG). Sollen Sacheinlagen (zum Beispiel Büromöbel oder Fahrzeuge) geleistet werden, so muss der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteiles, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Um jungen Unternehmen mit wenig Kapital den Start in die Selbstständigkeit bei Haftungsbeschränkung zu erleichtern, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Gründung einer Unternehmensgesellschaft eingeführt (§ 5a GmbHG). Eine GmbH, die mit einem Stammkapital unter 25.000€ gegründet wird, muss in

der Firma die Bezeichnung Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) oder UG (haftungsbeschränkt) führen, damit der Rechtsverkehr weiß, dass es mit einem Unternehmen zu tun hat, mit einem extrem niedrigen Stammkapital. Es genügt nämlich ein einziger Euro für die Gründung der UG (§§ 5a Abs.1, 5 Abs. 2 GmbHG).<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Pohl in: *portfolio international* vom 11.10.2012, S. 1.

<sup>20</sup> 1€ muss es sein, weil der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss (§ 5 Abs. 2 GmbHG).

## III. Die Rechtsnachfolge

### 1. Die Bestandsübertragung gibt es rechtlich nicht

Bestandsübertragungen erfreuen sich in der Praxis zunehmender Beliebtheit.<sup>21</sup> Gemeint ist nicht die Bestandsübertragung nach § 14 VAG, wonach der Versicherungsbestand eines Versicherungsunternehmens ganz oder teilweise auf ein anderes Versicherungsunternehmen – mit Genehmigung der BaFin – übertragen werden darf.<sup>22</sup> Vielmehr geht es um die Übertragung des vom Makler in seiner Tätigkeit erworbenen Bestandes. In der Praxis verlangen die Versicherer vom Bestandskäufer die Vorlage der Vollmacht des Kunden, für ihn tätig werden zu dürfen.<sup>23</sup> Gemeint ist nicht der oben schon beschriebene Maklerwechsel<sup>24</sup>, der auf Kundenwunsch jederzeit zulässig ist, sondern die Übertragung des Gesamtbestandes des Maklers auf einen Bestandskäufer. In diesen Fällen könne der Versicherer nicht gezwungen werden, den Bestand einem vom Alt-Makler vorgeschlagenen Kollegen zu übertragen.<sup>25</sup> In den Courtage-Vereinbarungen der Versicherer finde sich in der Regel folgender Satz: „Bis zur Vorlage einer abweichenden schriftlichen Erklärung des Versicherungsnehmers gilt der bisherige Makler als vom Versicherungsnehmer beauftragt“.<sup>26</sup> Deshalb seien Makler gut beraten, sich

in der Anlage zur Maklervollmacht vom Kunden unterschreiben zu lassen, dass „der Auftraggeber (VN) den Makler und einen eventuellen Rechtsnachfolger zur Regelung seiner Versicherungsverhältnisse und zur Betreuung des erforderlichen Schutzes bevollmächtigt“.<sup>27</sup> Darüber hinaus ginge es in diesen Fällen immer auch um Datenschutzprobleme. So könne ein Versicherungsvertreter nicht einfach Provisionsansprüche abtreten, weil er zur Geltendmachung dieser Ansprüche Daten über die Kunden weitergeben müsse, die der Geheimhaltung unterliegen (§ 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB), sodass die Abtretung nach § 134 BGB nichtig sei.<sup>28</sup> Schließlich gäbe es aber auch im Erbfall große Probleme, denn nach §§ 675 Abs. 1, 673 BGB wird – solange im Maklervertrag nichts Gegenteiliges steht – davon ausgegangen, dass der Maklervertrag mit dem Tod des Maklers erlischt.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> So Doth, *Kauf von Maklerbeständen – Chance oder Risiko?*, *Steuern und Recht*, *AssCompact*, 05/2009, S. 132 f.

<sup>22</sup> Eine solche Bestandsübertragung darf für die Betroffenen VN zu keiner Verschlechterung ihrer Rechtsstellung führen, so BVerfG vom 26.07.2005 - 1 BvR 782/94 u. 1 BvR 975/96; dazu Schwintowski, *Die Rechte der Versicherten bei einer Bestandsübertragung*, *VuR* 2005, 321 ff. Sachlogisch ergibt sich daraus auch, dass die Rechtsstellung der von der Bestandsübertragung betroffenen Vermittler ebenfalls nicht verschlechtert werden darf.

<sup>23</sup> Pohl, *Unruhiger Vorruhestand für Makler*, *portfolio international*, Heft 4/2014, S. 20.

<sup>24</sup> Hierzu AG Nürnberg vom 16.08.2012, Az. 22 C 5558/12, sowie AG Köln vom 01.08.2012, Az. 144 C 83/12 und LG München vom 25.11.2010, Az. 17 HKO 14595/10.

<sup>25</sup> So zitiert Pohl *Rechtsanwalt Fiala in portfolio international*, Heft 4/2014, S. 20.

<sup>26</sup> So Pohl, a.a.O., S. 20.

<sup>27</sup> So Pohl, a.a.O., S. 20.

<sup>28</sup> BGH vom 10.02.2010, VIII ZR 53/09, *VersR* 2010, 762.

<sup>29</sup> Reichow, *Der Maklerbestand im Erbfall*, *Sonderausgabe Szene der Versicherungsmakler*, September 2014, S. 8.

Der Grund für diese Probleme liege in der nicht eindeutigen Rechtsnatur des Bestandskaufs.<sup>30</sup> Bei einem „Bestandskaufvertrag“ handle es sich nämlich nur

teilweise um einen Kaufvertrag, darüber hinaus aber um einen Abtretungs- und Übertragungsvertrag. Es ginge um „eine Summe von Versicherungsverhältnissen“, die zwischen dem Versicherer und dem jeweiligen Versicherungsnehmer bestünden. Auch wenn viele Makler und Vermittler, so Doth, von „ihrem Bestand“ sprächen, existiere ein „Eigentumsrecht“ des jeweiligen Vermittlers an dem Bestand nicht. Gegenstand des Bestandskaufvertrages sei infolgedessen die Abtretung der Courtageansprüche des Maklers gegen den jeweiligen Versicherer.

Die Grundfrage lautet, ob diese Einschätzung zutrifft. Zweifel ergeben sich zum einen aus dem Umwandlungs- und zum anderen aus dem Handelsrecht. Wie oben im Einzelnen dargestellt, kann der Einzelkaufmann (Versicherungsmakler) sein Unternehmen einschließlich der Firma nach § 152 UmwG in eine GmbH ausgliedern. Das Gleiche ist im Wege der Ausgliederung zur Neugründung nach § 158 UmwG möglich. Durch die Ausgliederung geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers (einzelkaufmännischer Versicherungsmakler) einschließlich der Verbindlichkeiten als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger (GmbH/UG) über. Irgendeiner Zustimmung betroffener Gläubiger oder Vertragspartner bedarf es nicht.<sup>31</sup> Die Eintragung der Ausgliederung bewirkt das Erlöschen der von dem Einzelkaufmann geführten Firma (§ 155 UmwG).

Bei Ausgliederungen zur Neugründung oder zur Aufnahme geht somit das gesamte Vermögen des Unternehmens einschließlich aller Verbindlichkeiten als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger ohne Zustimmung betroffener Gläubiger oder Vertragspartner über.<sup>32</sup>

Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass die Übertragung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns

nicht nur im Fall der Ausgliederung, sondern auch im Falle eines Verkaufs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ohne Zustimmung betroffener Gläubiger oder Vertragspartner erfolgt. Wieso sollten die Übertragungsgrundsätze des UmwG im Falle des Verkaufes/Kaufs andere sein als im Falle der Ausgliederung? Diese Überlegung wird durch einen Blick in das geltende Handelsrecht verstärkt. Nach § 23 HGB kann eine Firma nämlich nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden. Das bedeutet, dass eine Firma nie losgelöst vom Unternehmen, sondern immer nur mit diesem zusammen übertragen werden kann.<sup>33</sup> Unter der Firma wird nicht nur der Name des Unternehmensträgers, sondern auch das Unternehmen selbst verstanden.<sup>34</sup> § 23 HGB sorgt also dafür, dass Firma und Handelsgeschäft nicht getrennt veräußert werden können.

<sup>30</sup> Doth, a.a.O., S. 131; ähnlich Baumann/Beenen/Sandkühler, *Profi-Handbuch Maklermanagement*, 2010, S. 292 ff.; Beenen, *Der Versicherungsvermittler als Unternehmer*, 4. Auflage, *Rechtsformvergleich* ab S. 70.

<sup>31</sup> OLG Karlsruhe vom 19.08.2008 - 1 U 108/08, *GmbHR* 2008, 1219.

<sup>32</sup> Kallmeyer/Sickingher in: Kallmeyer, *Umwandlungsgesetz*, 5. Auflage, § 152 Rn. 1.

<sup>33</sup> BGH vom 21.04.1994, I ZR 22/92, *WM* 1994, 1449; vom 07.06.1990, I ZR 298/88, *NJW* 1990, 1318; Schlingloff in: Oetker, *HGB-KOM*, 3. Auflage, § 23 Rn. 1 m.w.N.

<sup>34</sup> Schlingloff, a.a.O., Rn. 1.

Würde der Makler sein Handelsgeschäft, also den Bestand, getrennt von seiner Firma veräußern wollen, so würde das an § 23 HGB scheitern, da nach dieser Norm eine Firma ohne das Handelsgeschäft nicht existieren kann. Aus diesem Grund sorgt § 22 HGB dafür, dass der Erwerber eines Handelsgeschäftes die bisherige Firma fortführen darf, auch wenn sie den Namen des früheren Geschäftsinhabers enthält. Das Gleiche gilt, wenn ein Gesellschafter in ein bestehendes Handelsgeschäft aufgenommen wird (§ 24 Abs. 1 HGB) oder

ausscheidet (§ 24 Abs. 2 HGB). Das bedeutet, das Handelsgeschäft verkörpert das Unternehmen des Einzelkaufmanns, also einen Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten.<sup>35</sup>

Nach Hüffer – im Anschluss an Julius von Gierke<sup>36</sup> – handelt es sich um eine betriebsfähige Wirtschaftseinheit, die dem Unternehmer das Auftreten am Markt ermöglicht.<sup>37</sup> Für den Einzelkaufmann ermöglicht § 17 HGB das Auftreten am Markt, denn dort heißt es, dass der Kaufmann unter seinem Namen (der Firma) seine Geschäfte betreibt und unter der Firma klagt und verklagt werden kann.

Infolgedessen geht die Firma mit dem Handelsgeschäft als Vermögensgut als Ganzes nach § 1922 Abs. 1 BGB auf einen oder mehrere Erben über.<sup>38</sup> Auch unter Lebenden wird das Handelsgeschäft (immer zusammen mit der Firma) in seiner Gesamtheit erworben.<sup>39</sup> Es handelt sich um einen dinglichen Vertrag im Sinne der §§ 398, 413 BGB.<sup>40</sup> Über diesen Erwerb der Firma, so formuliert es Zimmer, erhält der Nachfolger das Firmenrecht in seinem bisherigen Bestand mit allen rechtlichen Vorzügen und Schwächen, die es beim Veräußerer hatte.<sup>41</sup> Der Hinweis auf § 413 BGB ist im vorliegenden Zusammenhang richtig und entscheidend. Nach § 413 BGB finden nämlich die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auch auf die Übertragung anderer Rechte entsprechend Anwendung. Gemeint sind zum Beispiel gewerbliche Schutzrechte oder das Wiederkaufsrecht.<sup>42</sup> Das Unternehmen kann zwar nicht nach § 413 BGB übertragen werden, weil es weder eine Sache noch ein Recht, sondern ein Inbegriff von Gegenständen ist.<sup>43</sup> Mit Blick auf den Einzelkaufmann handelt es sich aber nicht um das Unternehmen, sondern um seine Firma, die mit dem Handelsgeschäft unzertrennlich verbunden ist. Die Firma mit dem Handelsgeschäft kann, wie die §§ 22 ff. HGB

deutlich zeigen, übertragen werden und insoweit ist der Hinweis von Zimmer auf § 413 BGB völlig zutreffend.<sup>44</sup> In diesem Sinne heißt es bereits in den Motiven

<sup>35</sup>BGH vom 28.11.2001, VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042 f.; ähnlich BGH vom 14.06.1989, VIII ZR 176/88, NJW 1990, 44 f. – beide Entscheidungen zum Unternehmensbegriff.

<sup>36</sup>Das Handelsunternehmen, ZHR 111, 1948, S. 1, 6 ff.

<sup>37</sup>Vossler in: Oetker, HGB-KOM, 3. Auflage, § 25-28 Anh. Rn. 2 m.w.N.

<sup>38</sup>Allgemeine Meinung: Schlingloff in Oetker, a.a.O., § 22 Rn. 8 m.w.N.

<sup>39</sup>Schlingloff in Oetker, a.a.O., § 22 Rn. 6, 9.

<sup>40</sup>Ganz hL, vgl. Zimmer in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohm, HGB-KOM, Band 1, 3. Auflage, Beck 2014, § 23 Rn. 4 sowie die Nachweise in Fn. 50.

<sup>41</sup>Zimmer, a.a.O., m.w.N.

<sup>42</sup>Grüneberg in: Palandt, 74. Auflage, § 413 Rn. 2 ff.

<sup>43</sup>BGH LM § 413 BGB Nr. 2, 1967, Über-  
eignung nicht durch bloße Einigung über die  
„Veräußerung“ des Unternehmens, sondern  
tatsächliche Umsetzung der schuldrechtlichen  
Pflichten

<sup>44</sup>Zimmer, a.a.O., m.w.N.; Schlingloff in: Oetker, HGB-KOM, a.a.O., § 23 Rn. 5; Roth in MüKo-BGB, Schuldrecht AT, 6. Auflage, Beck 2012, § 413 Rn. 3; Baumbach/Hopt, HGB-KOM, 36. Auflage, Beck 2014, § 22 Rn. 7; Bokenmann in: MüKo-HGB, 3. Auflage, Beck 2010, § 22 Rn. 43; Röhrich/Graf von Westphalen/Ammon, HGB-KOM, 4. Auflage, Beck 2014, § 22 Rn. 19; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Vahlen 2013, § 23/3.

zum BGB, dass die Übertragung anderer veräußerlicher Rechte – in Ermangelung besonderer Vorschriften – über § 413 BGB (damals noch § 312 BGB) erfolgen soll.<sup>45</sup> Auch verfahrensrechtlich ist abgesichert, dass das Firmenrecht einen Vermögenswert hat und nur zusammen mit dem Unternehmen (gemeint ist das Handelsgeschäft) übertragbar ist.<sup>46</sup>

## 2. Die Übertragung von Handelsgeschäft und Firma

Hieraus ergeben sich einige wichtige Schlussfolgerungen. Das Handelsgeschäft eines Versicherungsmaklers, der Kaufmann ist, kann nicht von seiner Firma und umgekehrt die Firma nicht

von seinem Handelsgeschäft getrennt werden (§ 23 HGB). Die Firma und damit auch das Handelsgeschäft des Versicherungsmaklers wird nach § 22 HGB und zwar als Ganzes veräußert. Die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten geschieht nach §§ 413, 398 BGB. Im Erbfall gehen Firma und dazugehöriges Handelsgeschäft als Ganzes auf die Erben über. Daran knüpft § 27 Abs. 1 HGB, wo die Haftung der Erben für den Fall geregelt ist, dass sie das geerbte Handelsgeschäft fortführen.

Sowohl unter Lebenden als auch im Erbfall wird also das Handelsgeschäft zusammen mit der Firma des Versicherungsmaklers als Ganzes übertragen. Die Möglichkeit nur den Bestand zu übertragen, gibt es nach §§ 22, 23 HGB nicht – damit würde man die Firma vom Handelsgeschäft oder das Handelsgeschäft von der Firma abtrennen. Im Klartext heißt das, dass ein Makler niemals nur seinen Bestand, sondern immer nur seine Firma zusammen mit dem Handelsgeschäft verkaufen kann. Gleichzeitig heißt dies aber, dass Firma und Handelsgeschäft ein rechtliches Ganzes bilden. Sie werden als Ganzes nach §§ 398, 413 BGB entweder auf den Erwerber oder auf die Erben übertragen.<sup>47</sup>

Macht der Versicherungsmakler (unter Lebenden) hiervon Gebrauch, so bedarf er mit anderen Worten keiner Einwilligung irgendwelcher Dritter oder Vertragspartner, denn das Handelsgeschäft und die Firma gehören allein ihm. Dies bedeutet, dass er seine Firma/Handelsgeschäft dinglich als Ganzes entsprechend §§ 413, 398 BGB überträgt, der Rechtsträger (Handelsgeschäft und Firma) bleiben also – einschließlich der Erlaubnis nach § 34d GewO – völlig unangetastet, wie § 22 HGB zeigt. Dort geht das Gesetz davon aus, dass ein bestehendes Handelsgeschäft von einem Dritten fortgeführt wird – das heißt, das Handelsgeschäft bleibt unangetastet so wie es ist, nur

der Inhaber/Eigentümer des Handelsgeschäftes wechselt. Die Kunden werden also von demselben Handelsgeschäft betreut, das sie auch früher betreut hat. Die Versicherer haben eine Courtagevereinbarung mit demselben Handelsgeschäft wie zuvor – das einzige, was ausgewechselt wurde, ist der Erwerber dieses Handelsgeschäftes.

<sup>45</sup>Mugdan, *Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck (1979), der Ausgabe Berlin 1899, S. 77.*

<sup>46</sup>Hartmann in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO-Komm., 64. Aufl., 2005, § 857 Rn. 14, wobei darauf hingewiesen wird, dass das Unternehmen nach den Regelungen der ZPO als solches praktisch unpfändbar ist.*

<sup>47</sup>Nur eine Pfändung in Handelsgeschäft und Firma ist unmöglich, da die ZPO dafür keine angemessenen Regelungen vorhält: Hartmann in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO-Komm., 64. Aufl., 2005, § 857 Rn. 14 unter Hinweis auf Grundzüge 73 vor § 704, wonach man eine Firma nicht pfänden kann, weil sie nur zusammen mit dem Unternehmen (gemeint ist das Handelsgeschäft) übertragen werden kann. Das Recht an Unternehmen, so heißt es weiter, ist „theoretisch pfändbar aber praktisch nicht möglich, weil die ZPO dafür keine Regeln vorhält“, so Hartmann a.a.O., Grundzüge vor § 704 Rn. 108.*

Die firmenrechtlichen Vorschriften des HGB zeigen, dass der Versicherungsmakler als Einzelkaufmann fortbesteht, auch wenn er sein Handelsgeschäft/Firma veräußert. Es gilt der Grundsatz der Firmenkontinuität. Weder die Rechtsstellung der Kunden noch die Rechtsstellung der Versicherer werden durch die Veräußerung des Handelsgeschäftes berührt. So gesehen erweist sich die Forderung nach neuen Vollmachten im Falle der Veräußerung des Maklerunternehmens als rechtlich verfehlt. Auch datenschutzrechtliche Fragen können sich nicht stellen, weil sich an der Datenlage nichts geändert hat. Das gilt ebenso für den Erbfall – die Maklervollmacht erlischt nicht nach §§ 675 Abs. 1, 673 BGB, weil das Handelsgeschäft/Firma nicht erlischt, sondern vererbt wird.

#### IV. Die optimale Rechtsform für den Makler? – Gesamtergebnis

Die optimale Rechtsform für den Versicherungsmakler gibt es nicht. Entscheidend ist immer die individuelle Situation und vor allem auch der Umfang des Maklergeschäftes. Ein Makler, der die GmbH/UG wählt, hat den Vorteil der Haftungsbeschränkung. Allerdings können mit dieser Wahl steuerliche Nachteile verbunden sein – das muss gut abgewogen sein. Das Haftungsproblem kann durch eine gute VSH möglicherweise aufgefangen sein – auch das muss sehr genau geprüft werden. Bei Veräußerung und Erbfall greifen die allgemeinen Grundsätze des HGB. Firma und Handelsgeschäft gehen als Gesamtheit auf einen neuen Inhaber über – an der Identität des Rechtsträgers ändert sich jedoch nichts. Für den kleingewerblich tätigen Versicherungsmakler, der nach § 1 HGB noch nicht Kaufmann ist, lassen sich die gleichen Wirkungen erzeugen, indem er sich als Kaufmann in das Handelsregister eintragen lässt (§ 2 HGB).

Für den Fall der Rechtsnachfolge durch Veräußerung oder Erbfall bedarf es folglich keiner eigenständigen Klauseln im Maklervertrag, weil sich die Identität des Rechtsträgers in diesen Fällen nicht verändert. Das gilt auch mit Blick auf Datenschutzklauseln. Der Maklervertrag müsste aber eine Klausel für den Fall der Schuldübernahme eines Einzelvertrages enthalten (Vorabgenehmigung seitens des Kunden) und er müsste detailliert für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten eine schriftliche Einwilligungserklärung des Kunden enthalten, die u. a. auch regelt, dass der Makler die Daten an den Versicherer weiterleiten und im Verkehr mit dem Kunden und dem Versicherer unverschlüsselte Emails verwenden darf. Nimmt der Makler am Cloud Computing teil, so muss er darauf den Kunden ausdrücklich hinweisen. ■



Besuchen  
Sie uns auf der  
**DKM!**

Mit dieser Absicherung brauchen sich Ihre Kunden wirklich **vor nichts mehr zu fürchten.**

Ein PKV-Premium-Tarif zum Einsteigerpreis? Das geht! Mit unserem Tarif EXKLUSIV-PLUS 0 zahlt ein 37-jähriger Arbeitnehmer zum Beispiel nur einen monatlichen Effektivbeitrag von 71,93 Euro. Großartiger Schutz zum kleinen Preis. Was dahinter steckt? Wir zeigen es Ihnen gerne.

[www.sivp.de](http://www.sivp.de)

**SIGNAL IDUNA**   
gut zu wissen

# Was kann dieser Maklervertrag?

Was andere nicht können:

Automatische rechtliche Aktualisierung,  
powered by Kanzlei Michaelis



**app RIORI**  
Zuerst der Vertrag.

## Neuheiten

- ▶▶ Digitale Signatur auf dem Smartphone und Handy
- ▶▶ Schadensunterstützungsklausel durch Michaelis-Fachanwälte für Versicherungsnehmer!
- ▶▶ **Kosten Makler 1 €**

