

FINANZEN **pro**ontra

*Thema*

# Recht

**Tipps zum Bestands(ver)kauf**



*Verlags-Sonderveröffentlichung in Kooperation mit:*



KANZLEI MICHAELIS®  
RECHTSANWÄLTE



# Vordenken. Gestalten. Gemeinsam.

Wir stehen im Leistungsfall an Ihrer Seite.

Wir veredeln die Policen Ihrer Kunden.

Wir übernehmen für Sie die Produktauswahlhaftung.

Der Qualitätspool

  
**maxpool**  
*hanseatisch souverän*

# Inhalt

Unternehmensverkauf und Unternehmensankauf .....	4
Bestandskauf und Datenschutz .....	8
Der „Maklerbestand“ im Erbfall .....	10
Die persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters .....	13
Sonderkündigungsrechte beim Unternehmensverkauf?.....	16
Was passiert, wenn der Makler stirbt? .....	18
Die Auswirkungen des § 67 VVG auf die Haftungsbegrenzungen in Maklerverträgen .....	21
Makler muss nachfragen .....	24
Honorarverträge bei der Beratung von Verbrauchern .....	25
Haftungsfallen des Maklers in der Insolvenz des Versicherungsnehmers .....	27
Systematische Leistungsablehnung bei Berufsunfähigkeitsversicherung durch den Versicherer.....	28
Die Erfüllung von Beratungspflichten durch Versenden einer Kundenzeitung? .....	30
Unbegrenzte LV-Rückabwicklung durch ein ewiges Widerrufsrecht? .....	33
Muss ich bei Pflege auch RS beraten? .....	35
Die Flucht in den MFA-Assekuradeur? .....	37

## 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: Mareike Farra  
Lektorat: TextSchleiferei.de

Textbeiträge: RA Stephan Michaelis LL.M., RA Jens  
Reichow, RA Dr. Jan Freitag, Rechtsanwältin Christine  
Loest, RA Björn Torben M. Jöhnke  
© 2014 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.

---

# Unternehmensverkauf und Unternehmensankauf

## Worauf hat der Versicherungsmakler zu achten?

---

### Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

---

Jeder Versicherungsmakler als Unternehmer muss sich mit der Werthaltigkeit des eigenen Unternehmens beschäftigen. Für den Unternehmer ist es eines der maßgeblichen Ziele, den eigenen Unternehmenswert zu steigern. Eine Steigerung des Unternehmenswertes erfolgt nicht nur durch die Ankäufe von Betriebsmitteln, wie beispielsweise der Büroausstattung bis hin zur eigengenutzten Immobilie. Maßgebliche Unternehmenswerte entstehen für einen Versicherungsmakler durch den Aufbau eines großen Kundenbestandes mit langfristigen Verträgen und regelmäßigen Courtageeinnahmen. Je sicherer und je langfristiger diese Ansprüche des Versicherungsmaklers sind, umso werthaltiger und nachhaltiger ist der Unternehmenswert.

---

### 1. 34d GewO – Problem

Für den Versicherungsmakler ist es mit der Zulassungspflicht nach § 34d GewO erheblich schwieriger gewor-

den, einen Unternehmensnachfolger zu finden. Hat er einen Unternehmensnachfolger gefunden, so stellen sich diverse Fragen, wie in optimaler Weise die Kundenbetreuung fortgeführt werden kann, sämtliche Rechtsansprüche auf einen Erwerber übergehen und wie eine Kontinuität in der Firmenfortführung gewährleistet werden kann.

---

### 2. Fragen

Meine Kollegen und ich haben mit verschiedenen rechtlichen Ausarbeitungen die unterschiedlichen Facetten dieser Problemkreise näher beleuchtet. Was passiert, wenn der Unternehmer unerwartet verstirbt? Wie verhindert der Datenschutz die Übertragung von Maklerbeständen? Wie verhält es sich mit der Haftung aus dem Altbestand? Was passiert mit den Mitarbeitern? Verändert sich die Rechtsbeziehung zum Kunden? Welche steuerlichen Aspekte sind zu beachten? Diese und viele weitere

Fragen ergeben sich spontan, wenn man über die Frage nachdenkt, wie das eigene Unternehmen auf einen anderen übertragen werden kann. Selbige Fragestellungen ergeben sich natürlich auch im umgekehrten Verhältnis. Wie kann ich ein anderes Maklerunternehmen aufkaufen, ohne dass sich daraus unbekannte rechtliche Probleme ergeben, die in der Preisfindung überhaupt nicht berücksichtigt wurden?

---

### 3. Bestandwert

Zunächst möchte ich mich kurz mit der Werthaltigkeit eines Bestandes beschäftigen. Die Werthaltigkeit ergibt sich aus der festen und rechtssicheren Beziehung zwischen dem Maklerhaus (oder dem Makler selbst) und seinem Kunden. Natürlich langen bereits ein mündlicher Beratungsvertrag „und eine Karteikarte“, wie denn der Kunde versichert ist. Dieses entspricht aber nicht dem aktuellen Stand der Technik. Risikoverände-

# 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 €**



rungen oder Verbesserungen des Versicherungsschutzes müssen dem Kunden kommuniziert werden. Bei einem „etwas größeren Bestand“ geht dies nur im Rahmen eines automatisierten Verfahrens mit Serienbriefen an einen selektierbaren Kundenkreis. Nur wenn dieses Informationsmedium in EDV-technischer Form zur Verfügung steht, ist überhaupt eine haftungsfreie Betreuung des Kunden gewährleistet, um auch weiterhin die Betreuungscourtage für eine gute Dienstleistung beanspruchen zu können. Verfügt ein Versicherungsmakler nicht über adäquate EDV-Lösungen, so bedarf es eines erheblichen Aufwandes, sämtliche Informationen zu digitalisieren, um eine laufende Betreuung sicherstellen zu können.

---

#### 4. Verträge

Überdies müssen aber auch sämtliche Berechtigungen des Versicherungsmaklers vorliegen, den Kunden adäquat betreuen zu dürfen. Hieraus folgt wiederum, dass der Versicherungsmakler über eine adäquate Datenschutzerklärung verfügen muss, über eine umfassende Vollmacht und über die Vereinbarungen des Tätigkeitsumfanges (Maklervertrag). Bestehen hier keine hinreichenden Vereinbarungen, so ist der Makler nach der Auffassung des Gesetzgebers möglicherweise verpflichtet, den Kunden in allen Bereichen schadlos zu halten. Unvorhersehbare Haftungsansprüche wären die Folge mangelhafter Vereinbarungen zwischen Makler und Kunde. Aus meiner Sicht ist es daher unerlässlich, dass jeder Kunde mit dem Makler vertragsbezogen einen Maklervertrag schließt. Dies dient zur Konkretisierung des Betreuungsverhältnisses, zur Reduzierung der Haftung und zu einer vernünftigen

Definition der wechselseitigen Aufgaben- und Verantwortungsbereiche. Ein ungepflegter Kundenbestand ist eher als „tickende Zeitbombe“ zu bezeichnen, als dass sich hieraus eine nennenswerte Werthaltigkeit ableitet. Anders ist es hingegen, wenn ein gut betreuter, regelmäßig gepflegter und vertraglich solide aufgebauter Bestand zu bewerten ist. Hierdurch erhöhen sich die Werthaltigkeit und das Risikomanagement für die Parteien um ein Vielfaches!

Es ist daher sehr wichtig, nochmals zu betonen, dass die vertragliche Beziehung zwischen Makler und Kunden das Fundament der künftigen Zusammenarbeit ist. Hier sollte nicht „auf Sand gebaut werden“, wie es schon das biblische Bild darstellt. Es bedarf eines soliden und festen Fundamentes in Form des Maklervertrages, der Vollmacht und einer Datenschutzerklärung.

---

#### 5. Bestandsverkauf

Nachdem in einem ersten Schritt nunmehr in etwa der Wert des Unternehmens und seiner Vermögensbestandteile bewertet wurde, stellt sich nunmehr die Frage, wie eine Übertragung erfolgen kann.

Der Bestandsverkauf, wie ihn alle älteren Kollegen noch sehr gut kennen, wird künftig nicht mehr durchgeführt werden können. Der Fachmann spricht hier auch von einem „Asset Deal“. Es bedarf hier der Übertragung des Versicherungsvertrages auf einen Dritten. An dem Versicherungsvertrag hängen wiederum persönliche Daten, beginnend von den Adressdaten bis hin zu Gesundheitsdaten. Die Übertragung dieser Informationen (Daten) ist nicht ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen möglich. Aus diesem Grunde verlangen viele Versicherer die Ein-

holung einer neuen Maklervollmacht, die diese Rechte beinhaltet. Der Praktiker kann insoweit nur den Kopf schütteln, als er weiß, dass es nahezu unmöglich ist, von allen Kunden eine neue Einwilligung (Maklervollmacht) zu erhalten. Würde dieses gesetzliche Erfordernis der Einwilligung durch den Kunden stets bestehen bleiben, so wäre es nahezu unmöglich, einen größeren Kundenbestand zu verkaufen und damit auf einen Dritten (Erwerber) zu übertragen.

Natürlich können einzelne Großkundenverbindungen auf diese Weise noch übertragen werden. Dies wäre dann natürlich in praktischer Hinsicht leicht machbar. Die Übertragung größerer Privatkundenbestände oder gemischter Gewerbebestände wird jedoch durch diese datenschutzrechtlichen Erfordernisse erheblich blockiert.

Ein guter Maklervertrag und eine gute Datenschutzerklärung sollten die Bestimmung enthalten, dass eine Übertragung auf einen Rechtsnachfolger zulässig ist. Die Einwilligung kann insoweit auch vorweggenommen werden. Darum sollte sie zwingend vertraglicher Bestandteil sein. Problematisch bleibt es aber, weil der Erwerber oder Rechtsnachfolger nicht hinreichend konkretisiert werden kann. Wie also die Rechtsprechung damit umgeht, dass der Kunde grundsätzlich mit der Weitergabe seiner Daten einverstanden ist, ohne im Vorwege zu wissen, an wen die Daten weitergegeben werden, bleibt abzuwarten. Datenschutzrechtler sehen diesen Aspekt jedoch als äußerst problematisch an. Von einer bedenkenlosen vorweggenommenen Einwilligung würde ich also nicht ausgehen und hoffe, dass im Einvernehmen aller Beteiligten – auch der Versicherer – eine kundenorientierte und in seinem Interesse zu erfolgende Übertragung

stattfinden kann. Denn der Kunde hat auch nichts davon, wenn die Fortbetreuung seines Versicherungsvertrages entfällt, weil kein anderer Makler über die Daten verfügen kann, um den Kunden weiter zu betreuen. Schlussendlich hätte dies zur Folge, dass der Kunde in die Betreuung des Versicherers fällt. Hierdurch wird aber genau das Gegenteil erreicht. Der Versicherer hat als Vertragspartner nur seine Interessen zu vertreten. Eine Interessenvertretung durch einen qualifizierten Berater, den Makler, findet dann plötzlich nicht mehr statt. Der Datenschutz kann also die Interessen an einer objektiven Beratung durch einen Versicherungsmakler vereiteln, wenn nicht Möglichkeiten geschaffen werden, die Kundenbetreuung auch weiterhin fortzusetzen. Sowohl bei der freiwilligen Geschäftsaufgabe wie auch bei unfreiwilligen Ereignissen wie dem Tod oder der Berufsunfähigkeit sollten die Interessen des Kunden sichergestellt werden, so dass ein Rechtsnachfolger berechtigt sein muss, die Betreuung zunächst fortzusetzen. Es bleibt also zunächst bei der rechtlichen Problematik, dass Bestandsübertragungen eigentlich nur mit Zustimmung des Kunden vorgenommen werden können. Auch die bloße Information eines Kunden wird als nicht ausreichend angesehen. Es ist also zu klären, inwieweit eine vorweggenommene Einwilligung dafür sorgt, dass eine Übertragung auf einen Dritten möglich ist, um gerade die Interessen des Kunden zu gewährleisten.

## 6. Verkauf/Kauf von GmbH-Anteilen

Unproblematischer ist es, wenn eine Kapitalgesellschaft veräußert wird (Share Deal). Hier werden nur die Gesellschaftsanteile veräußert und ggf. ein neuer Geschäftsführer

bestellt. Diese Form der Übertragung auf einen Erwerber ist der unproblematische Weg. Es bedarf lediglich des formalen Aktes der notariellen Beurkundung. In einem solchen Fall müssen nicht einmal die Courtagesusagen abgeändert werden und es bedarf auch keiner Zustimmung aus dem Kundenbestand. Nicht nur aus haftungsrechtlichen Aspekten, sondern auch wegen der einfachen Veräußerbarkeit einer Kapitalgesellschaft ist dieser Weg zu bevorzugen. Wir empfehlen jedoch einen Rechtsformwechsel nicht nur für den Fall der Unternehmensveräußerung, sondern um auch hier ein tragfähiges Fundament zu schaffen, welches viele erhebliche rechtliche Vorteile bildet.

Auch hinsichtlich der erbrechtlichen Fragestellungen bleibt festzuhalten, dass eine GmbH nicht sterben kann. Die Vererbbarkeit der Unternehmensanteile kann sowohl aufgrund testamentarischer Verfügungen wie auch aufgrund der gesetzlichen Regelungen problemlos vollzogen werden. Schlussendlich ist auch die Unternehmenszusammenführung zweier Maklerhäuser, zum Beispiel durch eine Verschmelzung, unproblematisch realisierbar.

## 7. Fazit

Diese kleine Einführung in die Vor- und Nachteile und Problemstellungen, die sich aus einem Unternehmensankauf oder Unternehmensverkauf ergeben, sollen für ihre grundsätzlichen Überlegungen eine kleine Entscheidungshilfe bieten. Die weiteren Artikel vertiefen die aufgeworfenen Aspekte. Im Rahmen weiterer Vortragsveranstaltungen werden wir Ihnen im Vortrag und im persönlichen Gespräch die weiteren beachtenswerten Aspekte darlegen und erläutern. ■

# Bestandskauf und Datenschutz

## Text

von

Rechtsanwältin Christine Loest  
Fachanwältin für Familienrecht/Mediatorin  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Die Bestandsübertragungen aller Versicherungsverträge (oder zum Beispiel nur derjenigen bei einem Versicherer) sind gerade im Hinblick auf die Gestaltung der Unternehmensnachfolge für jeden Versicherungsmakler ein Thema. Spätestens im Zeitpunkt der eigenen Arbeitseinstellung stellt sich die Frage, ob der eigene Bestand auf einen Dritten übertragen werden kann und sollte.

## 1. Möglichkeiten der Bestandsübertragung

Für die Bestandsübertragung bieten sich mehrere Modelle an, üblicherweise erfolgt die Übertragung im Wege eines Asset Deals. Bei einem Asset Deal werden die einzelnen Vertragsverhältnisse von einem Rechtsträger auf den anderen übertragen. Die beiden Rechtsträger selbst bleiben unverändert bestehen und fusionieren nicht beispielsweise miteinander.

Vom Asset Deal abzugrenzen ist der Share Deal, bei dem Anteile eines Unternehmens erworben werden.

Als weitere Möglichkeit besteht die Umwandlung des gesamten Unternehmens nach dem Umwandlungsgesetz.

## 2. Auswirkungen auf den Datenschutz

Bei den oben beschriebenen Transaktions-

formen werden die Belange der Kunden dadurch tangiert, dass die Daten auf ein erwerbendes Unternehmen übertragen werden. Diese „Weitergabe“ von Kundendaten, insbesondere den sensiblen besonderen Arten von Kundendaten, unterfällt dem Bundesdatenschutzgesetz und ist an diesem im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der „Weitergabe“ zu prüfen. Darüber hinaus hat der Versicherungsmakler vorrangig an seine berufliche Schweigepflichtung zu denken und dieser Genüge zu tun. Insbesondere gilt dies für Versicherungsmakler, die in ihrem Bestand vorrangig Kranken-, Lebens- oder Berufsunfähigkeitsversicherungen betreuen und somit grundsätzlich sensible Daten nach § 3 Abs. 3 Bundesdatenschutzgesetz verarbeiten.

Sämtliche vom Makler erhobene Kundendaten werden im Rahmen der von ihm –hoffentlich- genutzten Maklerverträge und Datenschutzerklärungen bei ihm verarbeitet und genutzt. Kommt es zu einer Bestandsübertragung, sollen diese Daten an einen Dritten, an den Erwerber, übermittelt werden. Diese Übermittlung der Daten nach § 3 Absatz 4 Nummer 3 Bundesdatenschutzgesetz, also an den Erwerber, ggf. aber auch an Rechtsanwälte und Steuerberater, die den Bestandsverkauf beraten, muss gerechtfertigt sein, wie auch die anschließende und künftige Nutzung der Kundendaten durch den Erwerber.

Von diesem Übertragungsvorgang abzugrenzen ist die Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 Bundesdatenschutzgesetz, die in Ausnahmefällen bei der Unternehmensnachfolge vereinbart werden kann. Bei der Auftragsdatenverarbeitung werden die Kundendaten zwar ebenfalls an einen Dritten übermittelt, dies allerdings in der Regel

im Rahmen eines Outsourcingprojektes. Der Zugriff des Auftragnehmers erfolgt lediglich im Auftrag und nach Weisung des Auftraggebers. Diese Konstellation –die vielen bekannt sein dürfte aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse zu Dienstleistern, scheidet allerdings für die meisten Bestandsübertragungen aus, bei denen das Ziel ja gerade ist, den Kundenbestand vollständig und endgültig auf einen Dritten zu übertragen.

## 3. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Die Übermittlung von Daten ist nach § 4 Bundesdatenschutzgesetz grundsätzlich nur möglich, soweit sie gesetzlich erlaubt ist oder der Betroffene eingewilligt hat.

Die Notwendigkeit, die Nachfolge des Unternehmens zu sichern, ist kein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund für eine Datenübertragung, dies einmal vorab erklärt.

Zunächst könnte ja eine Einwilligung des Kunden vorliegen:

Die Versicherungsmakler, die in ihren Maklerverträgen und Datenschutzerklärungen bereits die Einwilligung des Kunden vereinbart haben und den Kunden ausdrücklich haben einwilligen lassen, dass seine Daten, auch die besonderen Arten persönlicher Daten, also Gesundheitsdaten etc., auf eine bestimmte Person übertragen werden dürfen, können sich an dieser Stelle entspannt zurücklehnen.

Die Regelung im Maklervertrag ist die betriebswirtschaftlichste und einfachste Möglichkeit, eine künftige Bestandsübertragung zu sichern.

Sofern hauptsächlich Sachversicherungen im Bestand sind und keine besonderen Arten personenbezogener Daten, wäre bereits die –unkonkrete– Einwilligung des Kunden im Hinblick auf einen künftigen Erwerber, ohne diesen bereits namentlich zu nennen, ein Schritt in die Rechtssicherheit.

Für die gerechtfertigte Übertragung der besonderen personenbezogenen Daten aufgrund erteilter Einwilligung wäre allerdings die konkrete Bezeichnung des Erwerbers bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

ses erforderlich. Dies ist in vielen Fällen nicht praktikierbar, da ein späterer Erwerb im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht namentlich konkretisierbar ist.

Für die Verträge, in denen keine ausdrückliche Einwilligung besteht, bzw. aufgrund der erst späteren Konkretisierung des Erwerbers keine Einwilligung vereinbart werden konnte, stellt sich die Frage, ob es eine Erlaubnisnorm im Datenschutzrecht gibt für die Datenübertragung an den Erwerber des Unternehmens. Hier wird immer wieder der § 28 Bundesdatenschutzgesetz erwähnt. § 28 Bundesdatenschutzgesetz erlaubt eine Datenweitergabe und – Nutzung, wenn berechnete Interessen der übermittelnden Stelle oder des Empfängers gegeben sind und eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Betroffenen nicht vorliegt. Auf Seiten des Veräußerers und Erwerbers sind die schutzwürdigen Interessen die betriebswirtschaftlichen Vorteile der Bestandsübertragung. Zu diesen wird abgewägt das schutzwürdige Interesse des Kunden an der Geheimhaltung seiner Daten. Es erfolgt schlimmstenfalls eine Einzelfallabwägung und zwar nicht für jede Bestandsübertragung, sondern für jeden einzelnen Kunden.

Diese Abwägung wird, sofern es sich lediglich um die allgemeinen personenbezogenen Daten handelt, in der Regel die Datenübertragung rechtfertigen. Anders ist dies aber bei den besonderen Arten personenbezogener Daten, bei denen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen in der Regel vorrangig sein dürfte. Zumal für diese Daten die besonderen Erlaubnistatbestände des § 28 Absätze 6 - 8 des Bundesdatenschutzgesetzes gelten.

#### 4. Gestaltungsmöglichkeiten

Bei der Unternehmensnachfolge kommt es daher ganz entscheidend auf die rechtliche Gestaltung der Unternehmenstransaktion ab.

Beim Asset Deal findet die Übertragung des Unternehmens durch die Übertragung einzelner Vermögenswerte und Vertragsver-

hältnisse vom Veräußerer an den Erwerber statt. Bei dieser Übergabe der Kundendaten handelt es sich im datenschutzrechtlichen Sinne um eine Übermittlung der Kundendaten an Dritte. Für den Asset Deal gelten die oben ausgeführten rechtlichen Bedingungen. Eine konkrete Einwilligung der Kunden, insbesondere im Hinblick auf die personenbezogenen Daten besonderer Art, ist Voraussetzung für die zulässige Datenübertragung.

Anders gestaltet sich dies beim Share Deal. Hier werden lediglich Anteile am Unternehmen des Veräußerers an den Erwerber übergeben, sodass eine Datenübermittlung an einen Dritten nicht besteht, da der Veräußerer als Rechtsform bestehen bleibt. Die Kundendaten bleiben unverändert beim Veräußerer, dessen Beteiligungsverhältnisse sich lediglich geändert haben. Aber, auch in diesem Fall können Übermittlungstatbestände vorliegen, sofern der neue Gesellschafter die Kundendaten verwenden möchte, da der Gesellschafter im datenschutzrechtlichen Sinne ein anderer Rechtsträger ist als die Gesellschaft selbst. Eine Nutzung personenbezogener Daten bedarf sodann wiederum einer Rechtfertigung.

In der Literatur lange Zeit umstritten war die Frage, ob es sich bei einer Verschmelzung nach dem Umwandlungsgesetz um eine datenschutzrechtlich relevante Übertragung von Kundendaten auf einen Dritten handelt, sodass die Ausführungen zum Asset Deal einschlägig wären. Mittlerweile wird davon ausgegangen, dass bei einer Verschmelzung keine Datenübermittlung an Dritte im Sinne von § 3 Absatz 4 Nummer 3 Bundesdatenschutzgesetz erfolgt, da bei der Verschmelzung ja gerade kein „drittes“ Unternehmen entsteht. Dementsprechend bedarf es bei einer Verschmelzung keiner besonderen datenschutzrechtlichen Rechtfertigung.

#### 5. Gewährleistungsrechte aus dem Datenschutzrecht

Bei der Unternehmensübertragung ist es sowohl auf Erwerberseite als auch auf

Veräußererseite unabdingbar, dass die Risiken, die sich aus dem Umgang mit den personenbezogenen Daten ergeben, im Unternehmenskaufvertrag entsprechend berücksichtigt werden. Von langfristiger entscheidender Bedeutung ist es, ob der Veräußerer die mit dem Unternehmen übergebenen Daten in der Vergangenheit rechtmäßig erhoben, verarbeitet und genutzt hat. Für den Fall, dass dies nicht geschehen sein sollte, müssen die Risiken im Vertrag geregelt und verteilt werden.

#### 6. Fazit

Bei Regelung der Unternehmensnachfolge ist es für die Bestandsübertragung und die daraus folgende Übertragung der Kundendaten von entscheidender Bedeutung, auf welche Art die Transaktion erfolgen soll. Bei dem üblichen Asset Deal bedarf es einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung, sofern keine ausdrückliche und konkrete Einwilligung des Kunden vorliegt. Ob diese durch § 28 Bundesdatenschutzgesetz gewährleistet ist, bleibt für sämtliche Beteiligte risikobehaftet. Rechtssicherer gestaltet sich die Bestandsübertragung im Rahmen eines Share Deals oder einer Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften.

Am Schluss ein kurzer Ausblick auf die möglichen Sanktionen und Folgen bei einem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen: Hier sind zunächst die Bußgeld- und Strafvorschriften nach §§ 43, 44 Bundesdatenschutzgesetz zu nennen. Viel entscheidender für jeden Versicherungsmakler ist allerdings § 203 StGB.

Schließlich kann die gesamte Bestandsübertragung am Datenschutzrecht scheitern. So können Vereinbarungen über die Unternehmensnachfolge und daraus resultierende Bestandsübertragung gemäß § 134 BGB / 139 BGB nichtig bzw. teilnichtig sein und zur Rückabwicklung führen. Um dies zu vermeiden, sollten die vertraglichen Gestaltungen dem Datenschutzrecht angepasst sein bzw. im Hinblick auf eine künftige Unternehmensnachfolge die Rechtsform des Unternehmens mit Bedacht gewählt sein. ■

# Der „Maklerbestand“ im Erbfall

## Wie kann der Makler die Katastrophe verhindern?

### Text

von

von RA Jens Reichow

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte, Hamburg

Stehen auch Sie nach Jahren erfolgreicher Vertriebstätigkeit vor der Frage, was mit Ihrem Unternehmen geschehen soll, wenn Sie selbst es nicht mehr fortführen können oder wollen? Ohne Antwort auf diese Frage entscheiden sich viele Versicherungsmakler dazu, ihre Vertriebstätigkeit fortzuführen und die ungelösten Nachfolgeprobleme auf „später“ zu verschieben. Sie sollten jedoch nicht zu dieser Gruppe gehören. Die von Ihnen zu beantwortenden Kernfragen sind überschaubar. Danach steht der Fortführung Ihres Maklerunternehmens in der Zukunft kaum etwas entgegen.

Das Wichtigste vorweg! Ob bei einem Verkauf an einen Dritten oder einer Übertragung des Maklerunternehmens an die nächste Generation: Die richtige Gesellschaftsform vereinfacht die Übertragung des Maklerunternehmens! Ob Sie sich als Makler nun für die Veräußerung des Unternehmens zu Ihren Lebzeiten oder aber zur Vererbung des Unternehmens an die nächste Generation entscheiden, sollten Sie stets beachten, dass Sie durch die Wahl der richtigen Gesellschaftsform des Maklerunternehmens den mit der Übertragung entstehenden Aufwand erheblich verringern können. Viele Makler machen sich über die richtige Gesellschafts-

form ihres Maklerunternehmens keine Gedanken. Sie beginnen ihre Tätigkeit aus Praktikabilitätsgründen als Einzelkaufmann und behalten diese Rechtsform aus Bequemlichkeit bei. Erst wenn das Maklerunternehmen verkauft werden soll oder es bereits zu spät ist und der Makler unerwartet kurzfristig verstorben ist, zeigt sich jedoch wie tückisch diese Rechtsform bei der Übertragung ist.

Ist der Makler in der Rechtsform des Einzelkaufmannes tätig, so gibt es das „Maklerunternehmen“ als Rechtssubjekt nicht. Vielmehr gibt es lediglich eine Ansammlung von Einzelrechten und Sachen, welche dem Maklerbetrieb zugeordnet werden können. Dies führt dazu, dass sobald das Maklerunternehmen übertragen werden soll bzw. es aufgrund Erbfall nach § 1922 BGB übergeht, nicht eine einheitliche Sache „Maklerunternehmen“ übertragen werden muss, sondern jedes einzelne zum Betrieb gehörende Recht und jede zum Betrieb gehörende Sache an den Rechtsnachfolger überführt werden muss.

Gerade die Übertragung der zum Maklerbetrieb gehörenden Rechte erweist sich dabei als schwierig. Dies betrifft vor allem die Vertragsbeziehungen zu den Kunden. Regelmäßig hat der Makler mit seinen Kunden keine oder nur veraltete Maklerverträge in Schriftform geschlossen. Es ist daher bei jedem einzelnen Kunden zu prüfen, ob für die Übertragung des Maklervertrages auf einen Käufer die Zustimmung des Kunden erforderlich ist. Soll die Kundenbeziehung von Todes wegen auf den Erben übergehen, so kommt hinzu,

dass gemäß §§ 675 Absatz 1, 673 BGB vermutet wird, dass der Maklervertrag mit dem Tod des Maklers erlischt. Die Erben müssten also für jeden einzelnen Kunden diese Vermutungswirkung entkräften. Wollen die Erben anschließend den Kundenbestand veräußern, wäre es also erforderlich darzulegen, dass die Kundenbeziehungen zunächst auf die Erben übergegangen sind und anschließend an den Erwerber des Bestandes übertragen wurden. Es müssten also zwei Übertragungsvorgänge hinsichtlich jedes einzelnen Kunden und seiner Verträge nachgewiesen werden. Dies ist kaum praktikabel.

Versicherer begegnen solchen Problemen indem sie bei der Übertragung von Kundenbeständen – sei es auf einen Käufer oder einen Erben – stets eine auf den neuen Bestandsinhaber lautende neue Maklervollmacht einfordern. Erfahrungsgemäß nimmt die Einholung entsprechender Vollmachten erhebliche Zeit in Anspruch. Entgegengesetzt zu den Beteuerungen vieler Maklerbetreuer einzelner Versicherungsgesellschaften funktioniert eine Übertragung auf Knopfdruck in der Praxis damit nicht mehr. Neben dem Verwaltungsaufwand ist dabei auch zu beachten, dass die Einholung einer neuen Maklervollmacht durch den Erwerber/ Erben unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Vorschriften äußerst schwierig ist.

Daneben ist auch zu beachten, dass die dem Makler erteilte Gewerbeerlaubnis nach § 34d GewO streng personengebunden ist. Die Erlaubnis nach § 34d GewO geht also nicht auf einen Erben über. Damit der Erbe das Maklerunternehmen fortführen kann, muss er eine eigene Gewerbeerlaubnis nachweisen. Ist der Erbe nicht Inhaber einer Gewerbeerlaubnis nach § 34d GewO ist die Fortführung des Unternehmens bereits aus diesem Grunde gefährdet.

In Kenntnis dieser Problematiken sollte jeder Versicherungsmakler sein Unternehmen in eine Kapitalgesellschaft (z. B. GmbH) überführen. Der Vorteil der

ERGO Maklervertrieb  
auf der DKM:  
Stand D08 in Halle 3B

Der ERGO Maklervertrieb empfiehlt:

## ERGO Rente Garantie – unsere innovative Antwort auf den Niedrigzins.

ERGO reagiert auf die Niedrigzinsphase. ERGO Rente Garantie verbindet Flexibilität, Sicherheit und Renditechancen miteinander. Eine in Deutschland einzigartige Absicherung, mit Garantiezusage und dynamischem Anlagekonzept.  
Mehr auf [www.makler-ergo.de](http://www.makler-ergo.de)

**ERGO**  
Versichern heißt verstehen.

ERGO Maklervertrieb – starke Marken unter einem Dach.

**ERGO**



**DKV**



Kapitalgesellschaft besteht dabei darin, dass sie eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, d. h. sie besteht unabhängig von ihren Gesellschaftern und Geschäftsführern. Als juristische Person ist sie Inhaberin aller Rechte gegenüber Versicherern und Kunden, genauso wie sie Inhaberin der Gewerbeerlaubnis nach § 34d Absatz 1 GewO ist. Stirbt der Makler, so wird lediglich der Gesellschaftsanteil vererbt. Wünscht der Makler die Veräußerung seines Unternehmens, so genügt die Übertragung der Gesellschaftsanteile. Weder ist dabei die Zustimmung der Kunden noch der Versicherer erforderlich.

Egal ob der Makler sein Unternehmen also veräußern oder an die nächste Generation übergeben möchte oder sich vielleicht beide Optionen offen halten möchte: Vorausschauend sollte er bereits jetzt sein Unternehmen in eine Kapitalgesellschaft einbringen.

Die Weiterführung des Maklerunternehmens lohnt sich wieder: Die Preise für Maklerbestände sinken beständig. Konnten vor wenigen Jahren Maklerbestände nur für die 3-fache Jahrescourtage erworben werden, so finden sich heute Angebote bereits zur 1 bis 1,5-fachen Jahrescourtage. Die Veräußerung des eigenen Maklerunternehmens trotz der geringen Zinsen für die Kapitalbeschaffung ist damit so unrentabel wie nie. Damit steigt das Interesse an der Fortführung des Unternehmens in der nächsten Generation. Dabei ist es unerheblich, ob die eigenen Erben selbst als Makler tätig sein wollen oder nicht. Ist das Maklerunternehmen als Kapitalgesellschaft organisiert, können die Erben entweder einen aus ihrer Mitte oder einen Dritten zum Geschäftsführer bestellen. In beiden Fällen bleibt das Unternehmen jedoch in Familienbesitz und die Erben partizipieren an dessen zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg.

Übertragung des Maklerunternehmens zu Lebzeiten oder von Todes wegen: Eine ganz persönliche Entscheidung. Ob das eigene Unternehmen bereits zu Lebzeiten oder erst nach dem eigenen Tod an die

nächste Generation übergehen soll, hängt natürlich von der eigenen Lebenssituation und den persönlichen Wünschen des Maklers ab. Gerade jedoch im vorangeschrittenen Alter sollte verstärkt eine Übertragung des Unternehmens zu Lebzeiten erwogen werden.

Vorteil der Übertragung des Maklerunternehmens zu Lebzeiten ist, dass das eigene Maklerunternehmen einer bestimmten Person (z. B. dem bereits im Betrieb mitarbeitenden Kind) oder bestimmten Personengruppe (z. B. den Enkeln eines Ihrer Kinder) zugewandt werden kann und so sichergestellt werden kann, dass diese Person/Personen das Unternehmen auch erhalten. Gerade wenn mehrere Personen zu Erben berufen sein sollen, das eigene Unternehmen jedoch nur einzelnen zugewendet werden soll, empfiehlt sich eine Übertragung zu Lebzeiten.

Will man das eigene Unternehmen hingegen erst nach dem Tod einem unter mehreren Erben zukommen lassen, so müsste man eine Teilungsanordnung mit in das eigene Testament aufnehmen und eine Testamentsvollstreckung im Testament anordnen. Durch die Testamentsvollstreckung käme es jedoch zu weiteren Kosten und im Übrigen müsste auch der Testamentsvollstrecker erst die Teilungsanordnung umsetzen. Zwischen dem eigenen Tod und der Übergabe an den Begünstigten kann daher ein erheblicher Zwischenzeitraum entstehen, in welchem das eigene Unternehmen unbetreut bzw. lediglich durch den Testamentsvollstrecker betreut wird. Dies ist oftmals nicht gewünscht.

Viele Makler scheuen sich vor der Übertragung des eigenen Unternehmens zu Lebzeiten, weil sie die Zügel im Unternehmen nicht aus der eigenen Hand geben wollen. In diesen Fällen bietet sich natürlich der schrittweise Rückzug aus dem Unternehmen an, bei welchem zunächst nur ein Teil der Gesellschaftsanteile übertragen werden und der Makler die Stimmenmehrheit behält. In diesem Fall würden dann jedoch die noch vom Makler gehaltenen Gesellschaftsanteile

mit in die Erbmasse fallen. In solchen Situationen sollte daher erwogen werden, ob nicht doch eine vollständige Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Nießbrauchs in Betracht kommt. Danach würden zwar die Gesellschaftsanteile übertragen werden, der Makler könnte jedoch weiterhin den wirtschaftlichen Nutzen aus den Gesellschaftsanteilen ziehen und auch die Stimmrechte hieraus geltend machen. Stirbt der Makler, so erlischt das Nießbrauchrecht und die Inhaber der Gesellschaftsanteile können die Gesellschaft fortführen.

Natürlich sollte auch sichergestellt werden, dass die Beschenkten die Gesellschaftsanteile nicht ohne Zustimmung des Maklers weiterveräußern. Durch entsprechende Veräußerungsverbote kann dies jedoch sichergestellt werden. Auch der Rückfall der Geschäftsanteile im Fall der Insolvenz des Beschenkten sollte eine Selbstverständlichkeit in solchen Verträgen sein.

Ist eine entsprechende Übertragung zu Lebzeiten von Ihnen gewünscht, so sollten Sie sich auch Gedanken darüber machen, ob die Übertragung vom Begünstigten nach dem Tod gegenüber Miterben ausgeglichen werden soll. Möglich sind hier viele Regelungen, z.B. eine Anrechnung des Unternehmenswertes auf den zukünftigen Erbteil oder eine Veränderung der Erbquoten. Jedenfalls sollten Sie klarstellende Regelungen in die Übertragungsvereinbarung und/oder Ihr Testament aufnehmen, damit Unklarheiten über das was von Ihnen gewollt war, im Vorwege vermieden wird.

Makler, die bis jetzt untätig geblieben sind, laufen Gefahr, dass Ihr Unternehmen mit ihrem Tod praktisch wertlos und unveräußerlich wird. Sie sollten daher rechtzeitig Vorsorge treffen. Hierzu zählt die Überführung des eigenen Unternehmens in eine Kapitalgesellschaft und die Erstellung eines Testaments, damit im Fall der Fälle alles geregelt ist. Bei beidem unterstützt Sie die Kanzlei Michaelis gerne. ■

# Die persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters

## Text

von

RAe Henning Ratsch/Stephan Michaelis  
 Fachanwälte für Versicherungsrecht  
 Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

## 1. 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 Absatz 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, also im Handelsregister eingetragen ist (vgl. § 11 Absatz 1 GmbHG). Die haftungsrechtlichen Besonderheiten der sogenannten Vorgesellschaft, also der Zeitraum bis zur Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, in dem ebenfalls einige Besonderheiten gelten, werden hier nicht betrachtet.

## 2. 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 vertragsähnliche Verpflichtungen übernommen hat. Klassischerweise sind dies Schuldübernahmen, Schuldbeitritte, 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 dem Wortlaut „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- und 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 Absatz 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 Anspruch wird dann im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Liegen 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 ist an dieser Stelle darauf, dass diskutiert wird, ob auch ein sog. Institutsmissbrauch (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 zugutekommen. 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.

### 3. Zusammenfassung

Die GmbH als klassische Gesellschaftsform des Mittelstandes ist aus der deutschen Unternehmertumslandschaft 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. ■

### 4. Quellen

- <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).

---

# 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 Versicherungs-

maklerunternehmen 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 Arbeitsrecht „berücksichtigte“ 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. § 613a 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 Fallkonstellation

**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 liegen 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 im Zusammenspiel zum Beispiel 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 Arbeitnehmern 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. ■

# Was passiert, wenn der Makler stirbt?

## Text

von

RA Björn Torben M. Jöhnke  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Für viele Versicherungsmakler stellt der Wert ihres Unternehmens nicht nur eine Vermögensposition dar. Er ist ebenfalls eine Hinterbliebenenvorsorge.

Weit verbreitet ist der Gedanke, dass im Falle des Todes des Versicherungsmaklers seine Familie den entsprechenden Maklerbestand verkaufen und den Erlös zur Sicherung des eigenen Lebensstandards einsetzen könne. Es stellt sich somit die Frage, ob überhaupt der „Maklerbestand“ vererbt werden kann – oder nicht.

Die meisten Maklerunternehmen sind rechtlich als juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft organisiert. Ist dies der Fall – liegt also zum Beispiel eine GmbH oder eine OHG oder KG vor –, so ist die Vererbung dieses Unternehmens aus juristischer Sicht weitestgehend unproblematisch. Die jeweiligen und entsprechenden Gesellschaftsanteile an diesem Unternehmen – juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft – werden vererbt. Eine andere Konstellation ergibt sich jedoch, wenn der Versicherungsmakler eine natürliche Person ist. Mit dieser Problematik und mit einer möglichen rechtlichen Lösung soll sich der folgende Artikel befassen.

## 1. Die Maklerverträge bestehen nach dem Tod des Maklers nicht fort

Unter der oben vorgenannten Problemstellung, nämlich dann, wenn der Versicherungsmakler eine natürliche Person oder ein Einzelunternehmer ist, ist stets der Makler in Person Vertragspartner aus dem Maklervertrag gegenüber seinem Kunden. Fraglich ist nun, ob der jeweilige geschlossene Maklervertrag nach dem Ableben des Versicherungsmaklers fortbesteht. Von der Rechtsnatur her ist der Maklervertrag ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB. Dieser verweist für den Geschäftsbesorgungsvertrag auf das Auftragsrecht der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 BGB. Gemäß § 673 Satz 1 BGB erlischt der Auftrag im Zweifel mit dem Tod des Beauftragten. Überträgt man nun diese Paragraphen auf das vorliegende Maklerverhältnis, so wäre es der Sache immanent, dass nach dem Tod des Versicherungsmaklers sämtliche Maklerverträge mit seinen Kunden erlöschen würden.

Dieses Erlöschen des Auftrages begründet sich darin, dass zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Dieses kann – logischerweise – nicht vererbt werden. Ein potenzieller

Erbe hat für gewöhnlich nichts mit dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Makler und dem Erblasser zu tun. Dies mag einstweilen der Fall sein. Meist jedoch rückt ein Erbe in die Rechtsstellung im Rahmen der Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge § 1922 BGB), ohne von etwaigen Maklerverträgen zwischen dem Erblasser und dem Makler überhaupt zu wissen. Demgemäß kann auch nicht angenommen werden, dass von den Erben vorbehaltlos dieses Vertrauensverhältnis erworben wird. Das Schicksal des Maklervertrages teilt auch die Maklervollmacht. Diese erlischt sodann ebenfalls.

Dass der Maklervertrag erlischt, hat zur Folge, dass auch eine Betreuung und Überwachung der Versicherungsverträge durch den Makler nicht weiter geschuldet ist. Sollten also Deckungslücken bestehen, Versicherungsfälle noch offen sein, gar das Tätigwerden des Versicherungsmaklers angezeigt sein, so würde diese Pflicht ebenfalls erlöschen. Denkbar wären auch finanzielle Nachteile des Kunden, die dadurch entstehen könnten, dass ein fortlaufender Versicherungsschutz des Kunden aufgrund der fehlenden Betreuung nicht mehr gewährleistet ist. Gemäß § 673 Satz 2 BGB muss der Maklervertrag und damit auch die Mak-

lervollmacht als fortbestehend gelten, bis der Kunde anderweitig Fürsorge durch die Beauftragung des Erben oder eines anderen Maklers treffen kann.

Die gesetzliche Regelung des § 673 BGB ist grundsätzlich abänderbar. Es kann also vereinbart werden, dass diese Regelung abbedungen wird. Durch eine Vereinbarung, dass der Maklervertrag mit dem Tod des Maklers gerade nicht erlischt, sondern durch die Erben fortgeführt wird, würden demgemäß die Maklerverträge mit den entsprechenden Vollmachten im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB auf die Erben übergehen. Entsprechend würden die Erben des Maklers in die Rechte und Pflichten des Erblassers treten. Somit wären die Erben Vertragspartner des Kunden. Nach § 673 Satz 2 BGB sind die Erben zur Unterrichtung des Kunden vom Tode des Versicherungsmaklers verpflichtet. Würde eine derartige vorgenannte Vereinbarung in dem Maklervertrag nicht getroffen, so müssten die Erben um den Abschluss eines neuen Maklervertrages bitten. Die Erben wären folglich auf die Rückäußerung der Kunden angewiesen. Ein derartiges Vorgehen erscheint praxisfern.

Man muss sich jedoch die Frage stellen, ob der von den Erben neu abgeschlossene Maklervertrag überhaupt rechtswirksam geschlossen werden kann. Den Erben wird wohl in der Regel eine Erlaubnis nach § 34d GewO fehlen. Auch werden die Erben meist über eine Sachkunde nicht verfügen. Dem würde sich eine Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB anschließen, da ein Verstoß gegen die Erlaubnispflicht entsprechend vorliegen würde. Jedoch hat der BGH bereits entschieden, dass derartige Maklerverträge trotzdem wirksam sind (BGHZ 78, 271). Dieses gelte für Verträge zwischen dem Kunden und einem Makler, der sein Gewerbe ohne Erlaubnis nach § 34c GewO

ausübt. Hierbei handelt es sich jedenfalls um keine Entscheidung hinsichtlich § 34d GewO, jedoch wird ein ähnlicher Sachverhalt geregelt. Eine eindeutige Klärung hinsichtlich § 34d GewO in Bezug auf die vorgenannte Problematik ist bisher noch nicht erfolgt.

Demnach ist festzuhalten, dass es möglich ist, dass die Erben – oder möglicherweise Dritte – bei einer vertraglichen Fortsetzungsklausel im Maklervertrag nach dem Tod des Maklers automatisch in die Vertragspartnerstellung rücken. Würde eine solche Fortsetzungsklausel gerade nicht vereinbart, so hätten die Erben nach dem Ableben des Versicherungsmaklers dem Grunde nach jeden einzelnen Kunden anzuschreiben und einen neuen Maklervertrag abzuschließen, da sie ansonsten nicht Vertragspartner des Kunden werden könnten.

---

## 2. Veräußerung des Maklerbetriebes durch die Erben sowie Fortführung

Die Veräußerung eines bestehenden Kundenbestandes ist eine zeitintensive Angelegenheit. Auch jede Veräußerung eines gesamten Gewerbebetriebes wird einige Zeit in Anspruch nehmen. Zwischen dem Tod des Versicherungsmaklers und der Veräußerung seines Betriebes, respektive Verkauf seines Kundenbestandes, wird einige Zeit verstreichen. Ein wichtiger Aspekt ist, dass die Erben regelmäßig über keine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für die Tätigkeit als Makler besitzen. Es schließt sich also eine unbeschränkte und persönliche Haftung der neuen Erben an die Erbschaft an. Dies gilt für Altverbindlichkeiten des Versicherungsmaklers nach §§ 27, 25 HGB bei Fortführung der Firma, wenn das Maklergeschäft nicht innerhalb von drei Monaten nach dem Tod des Maklers, zum Beispiel durch Verkauf

des Bestandes, eingestellt wird. Für die neu begründeten Verbindlichkeiten haften die Erben jedoch auf jeden Fall unbegrenzt und persönlich.

Auch ist zu beachten, dass die Tätigkeit als Versicherungsmakler ohne Erlaubnis nach § 34d GewO strafrechtlich sanktioniert wird und ebenfalls neben das vorgenannte zivilrechtliche Haftungsrisiko tritt. Ist in dem Maklervertrag eine Fortsetzungsklausel mit den Erben des Maklers oder Dritten vereinbart worden und werden die Erben aufgrund ihrer diesbezüglichen schuldrechtlichen Verpflichtung ohne Zulassung nach § 34d GewO tätig, ist eine Strafbarkeit nach den §§ 144, 148 GewO denkbar. Eine solche könnte jedoch dadurch entfallen, dass die Erben vielmehr nur im Rahmen der ordentlichen Abwicklung der Nachlassverbindlichkeiten des Erblassers tätig werden. Mithin könnte man annehmen, dass bereits eine gewerbliche Tätigkeit gar nicht gegeben ist.

---

## 3. Fortbestand der Courtageforderungen

Es stellt sich die Frage, ob die Erben nach dem Tod des Maklers einen Anspruch auf die Bestandsbetreuungs-courtage haben, die zuvor der Makler zweifelsohne hatte. Festzuhalten ist zunächst, dass in den meisten Fällen eine Gewerbeerlaubnis nach § 34d GewO nicht vorliegt. Mithin kann auch der Versicherer dem Grunde nach nicht mit den Erben im Rahmen der Versicherungsvermittlung und Betreuung zusammenarbeiten. Eine Courtagezusage wäre somit zu kündigen. Bis zu diesem Kündigungszeitpunkt besteht jedoch ein wirksames Vertragsverhältnis, aus welchem für die Parteien auch weitere Rechte und Pflichten entstehen können. Die Bestandsbetreuungs-courtage hat den Hintergrund, dass der Makler für seine konkrete Betreuungsleistung

gegenüber seinem Kunden von dem Versicherer entlohnt wird. Hat nun der Erbe eine Erlaubnis nach § 34d GewO, so stellt sich die Problematik nicht, da somit ohne Weiteres die Betreuungscourtagage an die Erben gezahlt werden kann. Liegt eine Erbengemeinschaft vor (und somit mehrere Erben) und verfügt einer von ihnen über eine entsprechende Gewerbeerlaubnis nach § 34d GewO als Makler, so besteht neben der Erbengemeinschaft eine OHG, welche personenidentisch ist. Diese OHG könnte, vertreten durch den Erben, mit der entsprechenden Gewerbeerlaubnis selbstverständlich eine Betreuungsleistung gegenüber dem Kunden erbringen. In diesem Falle wäre der Versicherer auch zur weiteren Zahlung der Bestandsbetreuungscourtagage verpflichtet.

Liegt eine Gewerbeerlaubnis nicht vor, würde der Anspruch auf die Bestandsbetreuungscourtagage entfallen. Möglich und ratsam wäre jedoch, dass die OHG in diesem Falle eine sachkundige natürliche Person anstellen würde, damit der Sachkundenachweis erbracht werden und eine entsprechende Gewerbeerlaubnis beantragt werden kann. Mithin würde ein Anspruch auf Zahlung der Bestandsbetreuungscourtagage weiter bestehen, bzw. nur für den Zeitraum für das Nichtvorliegen der Erlaubnis entfallen. Auch ein möglicher Vergleich zwischen einem Versicherungsmakler und einem Handelsvertreter im Hinblick auf einen etwaigen Ausgleichsanspruch überzeugt vorliegend nicht und kann insbesondere nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Status des Versicherungsmaklers und der des Handelsvertreters grundverschieden sind und dass der Gesetzgeber die in diesem Zusammenhang zitierte Ungleichbehandlung bewusst geregelt hat. Es muss jedoch jeder selbst entscheiden, ob er als Versicherungsmakler oder aber als Handelsvertreter

tätig sein möchte. Demgemäß sind auch die entsprechenden Konsequenzen zu tragen. Die „Rosinen“ kann man sich nicht „herauspicken“.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Erben nach dem Tod des Maklers einen Anspruch auf Zahlung der Bestandsbetreuungscourtagage haben, sofern zumindest bei einem Erben eine Gewerbeerlaubnis nach § 34d GewO als Versicherungsmakler vorliegt oder eine natürliche Person angestellt wird, die über die entsprechende Sachkunde verfügt, damit eine Gewerbeerlaubnis beantragt werden kann.

---

#### 4. Bestandsverkauf

Möglich ist es auch, dass die Erben nach dem Tod des Maklers den Bestand „verkaufen“. Richtigerweise bedeutet dies jedoch, dass die Courtagearsprüche, die gegen den Versicherer bestehen, an den neuen Erwerber abgetreten werden. Verbreiteter ist jedoch der Terminus „Bestandsverkauf“.

Es ändert sich jedoch nichts an dem Verhältnis zum Kunden durch die Abtretung der Courtagearsprüche. Vertragspartner des Kunden bleiben zunächst die Erben. Denkbar ist auch, dass der Kunde sich nach einer Beendigung des Maklervertrages in der Direktbetreuung des Versicherers befindet. Durch die Abtretung der Ansprüche und Übernahme der Pflichten aus dem Maklervertrag kann der Erwerber des Bestandes Partner des Kunden werden. Bezüglich der Kunden, die sich in der Direktbetreuung durch den Versicherer befinden, kann der Erwerber nur Vertragspartner des Kunden werden, wenn er mit diesem einen neuen, eigenen Maklervertrag schließt.

Problematisch ist jedoch die Fragestellung aus datenschutzrechtlicher Sicht. Danach ist zu empfehlen, dass die Aufnahme einer entsprechenden Einwilligungserklärung des Kunden in

die Übermittlung seiner Daten an einen entsprechenden Rechtsnachfolger (dies wären zum Beispiel die Erben und/oder ein möglicher Dritter) erfolgt. Liegt eine solche Einwilligung des Kunden nicht vor, so dürften jedenfalls die Kontaktdaten des Kunden an die Erben bzw. den Erwerber zu übermitteln sein, da diese nun Inhaber der Courtagearforderung gegen den Versicherer sind und der Bestand dieser Forderung von dem Bestand des Versicherungsvertrages des Kunden abhängt. Dies betrifft jedoch nicht höchst persönliche Daten, wie zum Beispiel Gesundheitsdaten oder Auszüge aus den Krankenakten. Diese sollten nicht übermittelt werden.

---

#### 5. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Erben nach dem Tod des Versicherungsmaklers erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Risiken zu überwinden haben. Mit einer entsprechenden Fortsetzungsklausel in dem schriftlichen Maklervertrag wären vorgenannte Risiken jedoch eingrenzbar bzw. reduzierbar. Am unproblematischsten gestaltet sich die Erbschaft bei der rechtlichen Ausgestaltung des Maklerbetriebes in Form einer juristischen Person. Hier wäre die juristische Person Inhaber der Gewerbeerlaubnis gemäß § 34d GewO. Der juristischen Person würde somit auch der Kundenbestand gehören. Nach dem Tod eines Gesellschafters oder eines geschäftsführenden Gesellschafters würde die juristische Person indes weiter bestehen. Sie wäre somit weiterhin Inhaberin der Erlaubnis nach § 34d GewO, was die Kundenbestände mit einschließt. Lediglich die Geschäftsanteile würden im Wege der Universalsukzession an die Erben gemäß § 1922 BGB vererbt werden. Anzuraten ist demnach, den Maklerbetrieb besser als juristische Person zu organisieren. ■

# Die Auswirkungen des § 67 VVG auf die Haftungsbegrenzungen in Maklerverträgen

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Der Verfasser hat kürzlich dargelegt, welche Folgen es haben kann, wenn die Haftung für Schäden aufgrund der Verletzung der Pflichten gemäß §§ 60, 61 VVG der Höhe nach begrenzt wird. Insbesondere wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass solche Klauseln, wie sie in der Branche weitgehend üblich sind, u. U. wegen eines Verstoßes gegen § 67 VVG gänzlich unwirksam sein könnten, mit der Folge, dass der Makler letztlich für alle Schäden unbegrenzt haften würde.

Dieser Beitrag ist kritisiert worden. Bevor darauf näher eingegangen wird, ist zunächst etwas klarzustellen: Der Verfasser hat in seinem Beitrag vom 23. März 2009 nicht seine Meinung in dem Sinne geäußert, dass er es befürworte bzw. gut- heiße, dass die neue Gesetzeslage den bisher gebräuchlichen Maklerklauseln womöglich entgegensteht. Er hat lediglich, gemäß dem Grundsatz des „sichersten Weges“, darauf hingewiesen, welche Folgen sich bei konsequenter, den allgemeinen Regeln juristischer Gesetzesausle-

gung entsprechender Anwendung der Neuregelungen ergeben. Ob diese Folgen vom Gesetzgeber beabsichtigt bzw. überhaupt gesehen wurden, kann ebenso wenig abschließend beantwortet werden wie die Frage, ob womöglich die Rechtsprechung eine teleologische Reduktion der einschlägigen Normen vornehmen wird. Gerade im Hinblick auf diese Unsicherheiten ist es für den Makler aber wichtig, sich möglicher Gefahren bei der vertraglichen Haftungsbegrenzung bewusst zu sein. Hier bleibt es dabei, dass sich aus den §§ 63, 67 VVG ihrem Wortlaut nach eindeutig ergibt, dass eine Haftungsbeschränkung der Höhe nach bei Verletzungen der Pflichten aus den §§ 60, 61 VVG unzulässig ist. Dazu nun – unter Berücksichtigung der Argumente der Kritiker – im Einzelnen:

## 1. Wortlaut

Der Wortlaut der §§ 67, 63 VVG ist unmissverständlich. § 67 VVG verbietet Abweichungen zu Lasten des Kunden

von den §§ 60 - 66 VVG, diese Normen sind also halbzwingend. § 63 VVG verpflichtet den Makler zum „Ersatz des Schadens, der dem Versicherungsnehmer durch die Verletzung einer Pflicht nach § 60 oder § 61 entsteht“ (Hervorhebung durch Verf.). Wird nun vertraglich geregelt, dass der Versicherungsmakler bei Verletzungen dieser Pflichten nur bis zu einer bestimmten Summe haftet, so stellt dies eindeutig eine Abweichung von § 63 VVG zum Nachteil des Kunden und somit einen Verstoß gegen § 67 VVG dar. Denn der Kunde erhält entgegen § 63 VVG eben nicht den Schaden, also den vollen Schaden, ersetzt, sondern nur einen Teilbetrag.

Dass die bislang gebräuchlichen Maklerklauseln zur Haftungsbegrenzung dieser Rechtslage nicht Rechnung tragen, ist in Anbetracht der vorstehenden Auslegung des Gesetzeswortlauts schwer zu widerlegen. Der Gesetzgeber hätte auch darauf verzichten können, § 63 VVG in die Reihe der halbzwingenden Vorschriften aufzunehmen. Er

hat dies jedoch nicht getan, so dass es ihm offenbar bewusst darauf ankam, den Versicherungsmakler für entsprechende Pflichtverletzungen unbegrenzt für den vollen Schaden haften zu lassen. Dieses Ergebnis – das man wie bereits erwähnt nicht begrüßen muss – ist auch unter Heranziehung der gegen diese Einschätzung vorgebrachten Argumente nicht zu umgehen. Im Einzelnen:

---

## 2. Analogie zu den anderen beratenden Berufen

Die Verfechter einer generellen Haftungsbegrenzung der Höhe nach auf die gesetzliche Mindestversicherungssumme argumentieren, dass die Haftung des Versicherungsmaklers in Analogie zu den bestehenden Haftungskonzepten für andere beratende Berufe (zum Beispiel Rechtsanwälte, Steuerberater usw.) vom Gesetzgeber geschaffen worden ist. In diesen anderen beratenden Berufen ist es jedoch möglich, die Haftung des Handelnden auf die Höhe seiner gesetzlichen Mindestversicherung zu begrenzen. Folglich müsste dies auch für den Versicherungsmakler gelten.

Den oberen Ausführungen ist sicherlich insoweit zuzustimmen, als das der Gesetzgeber tatsächlich ein im Vergleich zu anderen beratenden Berufen ähnliches Haftungssystem schaffen wollte. Mit der Bestimmung der §§ 67, 63 VVG wich er hiervon jedoch bewusst ab. Für eine zulässige Analogie fehlt es mithin schon an einer rechtlich erforderlichen „Regelungslücke“. Folglich ist eine Abweichung von der unbegrenzten Haftung des Maklers auf den Schaden gemäß § 63 VVG nicht möglich. In den Rechtsnormen für die Haftung anderer beratender Berufe findet sich eine solche ausdrückliche Regelung nicht, weshalb eine Haftungsbegrenzung der Höhe nach dort prinzipiell möglich ist.

Dass eine Begrenzung auf die Mindestsumme nicht in allen Fällen vom Gesetzgeber als zwingend erachtet wird, zeigen die einschlägigen Beispiele aus dem BGB (grobe Fahrlässigkeit, Leben, Körper und Gesundheit). In Anbetracht der §§ 67, 63 VVG wird man hinzunehmen haben, dass der Gesetzgeber hier offenbar eine weitere Einschränkung der Klauselgestaltungsfreiheit geschaffen hat.

---

## 3. Kein weiterreichendes Kundeninteresse

Weiter argumentieren die Verfechter einer generellen Haftungsklausel, dass das Interesse des Kunden am Ausgleich eines durch den Makler verursachten Schadens nur bis zur Höhe der gesetzlichen Mindestversicherungssumme reicht. Ein darüber hinaus bestehendes schutzwürdiges Interesse bestehe nicht. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Höhe der Mindestversicherungssumme lediglich Auskunft darüber gibt, in welcher Höhe der Gesetzgeber eine Rückabsicherung des Maklers für notwendig erachtet, um wahrscheinliche Schadensfälle zu regulieren. Dabei wird jedoch keine Aussage über das Interesse des Kunden an einer umfangreichen Regulierung des entstandenen Schadens getroffen. Der Kunde, als durch den Makler geschädigte Person, hat grundsätzlich immer ein schutzwürdiges Interesse am Ersatz seines gesamten Schadens, wie es die deutsche Rechtsordnung grundsätzlich regelt.

---

## 4. Kundenvertrauen

Ferner argumentieren die Verfechter einer generellen Haftungsbegrenzung, dass das Vertrauen des Kunden nicht berührt werde, da die Haftung des Maklers nicht dem Grunde nach, sondern lediglich der Höhe nach begrenzt werde. Dem ist entgegenzuhalten, dass der

Kunde in erster Linie auf die Anwendung der gesetzlichen Regelung der §§ 67, 63 VVG vertrauen dürfte und damit auf die unbegrenzte Haftung des Versicherungsmaklers bei entsprechenden Pflichtverletzungen. Weiter wird der Kunde gerade durch die Sachkunde des Maklers davon ausgehen, dass die vom Makler empfohlenen Verhaltensweisen richtig sind. Aufgrund der besonderen Sachkunde des Maklers hat der Kunde also auch ein besonders schützenswertes Vertrauen. Eine Begrenzung der Haftung der Höhe nach könnte das Kundenvertrauen daher erheblich verletzen.

---

## 5. Unbilligkeit der unbegrenzten Haftung

Außerdem argumentieren die Verfechter einer generellen Haftungsbegrenzung, dass eine unbegrenzte Haftung des Maklers unbillig wäre, da der Makler, selbst wenn er dies wollte, keinen unbegrenzten Deckungsschutz in seiner Berufshaftpflichtversicherung erlangen könnte.

Dem ist sicher zuzugeben, dass eine unbegrenzte Haftung eine beachtliche Härte bedeutet. Dennoch ist grundsätzlich festzuhalten, dass derjenige, der ein Gewerbe betreibt, auch für seine Geschäfte haftet. Eine Haftungsfreistellung kann dabei nur eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme sein. Diese ist, wo es das Gesetz erlaubt, durch vertragliche Vereinbarung möglich. Ansonsten hat der Gewerbetreibende die Haftung persönlich und unbegrenzt zu tragen, wie es auch im Bereich der gesetzlich geregelten Fälle des BGB (grobe Fahrlässigkeit, Leben, Körper und Gesundheit) gilt. Sofern er seinen Gewerbebetrieb infolge eines erhöhten Haftungsrisikos nicht ausüben kann bzw. will, so steht es ihm offen, seinen Gewerbebetrieb in der Rechtsform einer juristischen Person zu betreiben und seine persönliche

Haftung damit einzugrenzen. Eine entgegen den gesetzlichen Vorschriften erfolgte vertragliche Haftungsbegrenzung ist jedoch jedenfalls unwirksam. Eine Argumentation auf Billigkeits-ebene ist daher unzulässig, mag sie auch auf den ersten Blick naheliegend erscheinen.

## 6. Rechtsfolgen der generellen Haftungsbegrenzung

Schlussendlich argumentieren die Verfechter einer generellen Haftungsbegrenzung, dass selbst bei Unwirksamkeit einer generellen Haftungsbegrenzung der Höhe nach keine rechtlichen Nachteile für den Verwender entstehen würden. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Bei der Verwendung einer generellen Haftungsbegrenzung ohne Ausnahmen ist stets die gesamte Haftungsklausel als unwirksam zu erachten. Eine geltungserhaltend Reduktion findet nicht statt. Dies führt dazu, dass der Makler auch in Fällen unbegrenzt haftet, in welchen eine Haftungsbegrenzung der Höhe nach zulässig gewesen wäre. So haftet er bei der Verwendung einer generellen Haftungsbegrenzung auch unbegrenzt im Bereich der Betreuungsfehler, welche einen Großteil der Haftungsgefahr für einen Makler darstellen. Dies betrifft Fehler bei der weiteren Betreuung des Kunden, etwa bei der Umstellung oder Anpassung des vermittelten Versicherungsvertrages sowie der Beratung im Schadensfall.

## 7. Fazit

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Anwendung der §§ 67, 63 VVG naheliegend ergibt, dass eine Haftungsbegrenzung auf eine bestimmte Höhe insoweit unwirksam ist, als davon auch Schäden aufgrund von Verletzungen der Pflichten gemäß §§

60, 61 VVG umfasst sind. Wird dies bei den verwendeten Haftungsklauseln nicht berücksichtigt, droht – im Falle einer gerichtlichen Überprüfung – die Unwirksamkeit der gesamten Klausel. Zur Wahrung des „sicheren Weges“ ist daher bis auf Weiteres eine Haftungsklausel zu empfehlen, welche die Haftung des Maklers der Höhe nach mindestens auf die gesetzliche Mindestversicherungssumme begrenzt und neben der Ausnahme für vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln nach § 309 Nummer 7b BGB und für eine Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit nach § 309 Nr. 7a BGB auch eine Ausnahme für eine Verletzung der Pflichten aus §§ 60, 61 VVG vorsieht. Danach empfehlen wir die Verwendung folgender Klausel:

„Die Haftung des Maklers ist auf den Betrag von € 1,5 Mio. begrenzt. Dies gilt nicht für Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Maklers, auf einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder einer Verletzung der Pflichten aus § 60 VVG oder § 61 VVG beruhen.“

Sicherlich ist einzuräumen, dass die Auslegung juristischer Normen immer einen gewissen Spielraum bietet. So ist natürlich keineswegs ausgeschlossen, dass in zukünftigen höchstrichterlichen Entscheidungen – insbesondere unter Rückgriff auf das Rechtsinstitut der teleologischen Reduktion – eine vom Vorstehenden abweichende Interpretation der einschlägigen Normen erfolgt. So lange dies aber nicht der Fall ist, empfiehlt sich zur Vermeidung unnötiger Risiken die hier vorgeschlagene Vorgehensweise, die dem Wortlaut der Normen gerecht wird. Wie oben gezeigt wurde, sprechen auch darüber hinaus nicht unbedingt zwingende teleologische Argumente gegen die hier entwickelte Auffassung. ■

---

# Makler muss nachfragen ...

---

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner neuen Entscheidung vom 26.03.2014 sehr strenge Haftungsmaßstäbe für einen Versicherungsmakler auf (vgl. Urteil Az. IV ZR 422/12). Diese Entscheidung ist durchaus für jeden Makler lesenswert!

---

### 1. Der Fall

Ein selbstständiger Ofenbaumeister sucht Versicherungsschutz für seine betriebliche Tätigkeit. Der Makler fertigt eine Deckungsnote für einen „Ofensetzer“. In einem weiteren Gespräch legt der Kunde dar, dass er auch Fliesenarbeiten ausführt. Auf der Deckungsnote wird ergänzt „inklusive zugehöriger Fliesenarbeiten“.

Es entsteht später ein Wasserschaden bei einem Kunden des „Ofensetzers“. Dieser hatte einen Pumpensumpf abgedichtet und eingefliest. Über Jahre hinweg hat sich eine Leckage gebildet, die den gesamten Keller unter dem Estrich ebenso wie diverse Wände und Fahrstuhlchächte durchnässt hatte.

Zu diesem gemeldeten Schadenereignis wurde von dem Versicherer die Deckung abgelehnt. Der Kunde hat seinen Makler auf Feststellung in Anspruch genommen, dass der Makler Schadensersatz für den nicht gedeckten Versicherungsfall zu leisten habe.

---

### 2. Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung grundsätzlich die (Sachwalter-)Haftung des Versicherungsmaklers bestätigt. Insbesondere hält der Bundesgerichtshof an den Grundsätzen seiner Sachwalterentscheidung vollumfänglich fest. Darüber hinaus legt er dar, dass der Versicherungsmakler eine Nachfragepflicht habe. Der Makler hätte selbst intensiv aufklären müssen, welche Art von Fliesenarbeiten durch den Ofensetzer ausgeführt werden, und habe für den Umfang der tatsächlichen beruflichen Tätigkeit den passenden Versicherungsschutz auszuwählen.

Für den Versicherungsmakler ist es daher sehr wichtig nachzufragen, welche beruflichen Risiken bei dem Kunden vorhanden sind, die es zu versichern gilt! Diese Nachfragepflicht führt ansonsten immer zu einer Haftung des Versicherungsmaklers, wenn er die Risikoverhältnisse beim Kunden nicht umfassend aufgeklärt hat. Es ist also aufgrund dieser BGH-Entscheidung für den Makler sehr wichtig, dass er eine genaue Risikoanalyse vornimmt und diese auch entsprechend dokumentiert!

Anderenfalls ist der Versicherungsmakler in der sogenannten „Quasideckung“ wie ein Versicherer. Der Versicherungsmakler hat den Zustand herzustellen, der bestünde,

wenn er dem Kunden den richtigen Versicherungsschutz vermittelt hätte. Vorliegend hätten also ohne „Wenn und Aber“ auch die Fliesenarbeiten versichert sein müssen.

Schlussendlich stellt der Bundesgerichtshof noch fest, dass der Versicherungsmakler sich auch sehr dezidiert mit den Versicherungsbedingungen auseinanderzusetzen hat. Insbesondere hat der Versicherungsmakler sodann auch die Ein- und Ausschlüsse des Versicherungsschutzes zu prüfen, so dass der Kunde über den erforderlichen Versicherungsschutz verfügt.

---

### 3. Das Ergebnis

Es verbleibt bei dem Grundsatz „Die Beratungspflichten des Versicherungsmaklers gehen weit“. Nach dieser aktuellen Entscheidung muss sogar der Versicherungsmakler sehr konkret nachfragen, welche Risikoverhältnisse beim Kunden vorhanden sind. Insbesondere muss er sodann auch die Versicherungsbedingungen prüfen, damit der Kunde den erforderlichen Versicherungsschutz erhält. Ansonsten ist der Makler die „Quasideckung“ seines Kunden für alle bei dem Beratungsgespräch erkennbaren Deckungslücken, die sich aus einem nur unzureichenden Versicherungsschutz ergeben können. ■

# Honorarverträge bei der Beratung von Verbrauchern

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Die Honorarberatung befindet sich im Bereich der Versicherungsvermittlung im Vordringen. Das herkömmliche Courtagemodell, wonach der Versicherungsmakler für jeden Vertragsschluss eine bestimmte Courtage erhält, wird immer mehr verdrängt. Honorarmodelle finden insbesondere im Bereich der Vermittlung von Nettopolicen Anwendung. Diesbezüglich hat der BGH (Az.: III ZR 287/04) auch bereits die Zulässigkeit von Honorarvereinbarungen bejaht.

Daneben besteht jedoch ein Interesse der Praxis, Honorarvereinbarungen auch im Bereich der Vermittlung von Courtagetarifen einzusetzen und zwar in der Gestalt, dass der Kunde dem Makler eine Courtage für dessen erbrachte Beratungsleistung schuldet, sofern der vom Makler empfohlene Versicherungsvertrag nicht zustande kommt. Mögliche Ursachen für das Nichtzustandekommen des Versicherungsvertrages sind dabei:

- Der Kunde entschließt sich gegen die Empfehlung des Maklers.
- Der Versicherer nimmt den Versicherungsantrag beispielsweise aufgrund von Vorschäden oder Vorerkrankungen nicht an.

Nach der Durchführung der Beratung liegt die Entscheidung zum Abschluss

des Versicherungsvertrages ausschließlich bei den Parteien. Beim Makler ist daher häufig die Einstellung zu finden, dass er nach erfolgter Beratung seine Leistung erbracht habe und ihm daher für seine Beratungsleistung ggf. auch eine erfolgsunabhängige Vergütung zustehe. Dementsprechend findet sich das Bedürfnis, mit dem Kunden/Versicherungsnehmer einen Vertrag mit dem Inhalt zu schließen, dass der Kunde für den Fall des Nichtzustandekommens des Versicherungsvertrages für die vom Makler erbrachte Leistung eine „Beratungspauschale“ als Honorar zu zahlen habe.

Im Bereich der gewerblichen Kunden enthält die Gewerbeurlaubnis nach § 34d Absatz 1 GewO in Satz 4 dieser Vorschrift die Erlaubnis, Kunden, welche „nicht Verbraucher sind“, gegen ein gesondertes Entgelt zu beraten. Die Erhebung einer „Beratungspauschale“ im Fall des Nichtzustandekommens eines Versicherungsvertrages ist hier also zulässig. Problematisch ist, ob eine entsprechende vertragliche Regelung auch mit einem Verbraucher vereinbart werden kann, sofern die vertragliche Regelung transparent und offen für den Kunden ist. Es sprechen dabei gute Argumente sowohl für als auch gegen die Wirksamkeit einer entsprechenden Vereinbarung.

Vorab sei aber darauf hingewiesen, dass eine Beratung – auch von Verbrauchern – als Nebenleistung unstreitig zulässig ist, solange die Hauptleistung in der Vermittlung von Versicherungsverträgen liegt. Lediglich ein gesondertes Entgelt darf hierfür nicht erhoben werden! Handelt es sich bei der Beratung jedoch um die eigentliche Hauptleistung und ist der Abschluss eines Versicherungsvertrages nicht angestrebt, ist die Rechtslage – wiederum im Hinblick auf Verbraucher – umstritten.

## 1. Argumente für die Wirksamkeit einer entsprechenden Vereinbarung

### Argument 1:

#### Vertragsfreiheit der Parteien

Grundsätzlich gilt im bürgerlichen Recht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Danach sind die Parteien in der Entscheidung frei, mit wem sie welchen Vertrag mit welchem Inhalt schließen wollen. Sofern der Makler seine Vertragsbedingungen transparent, deutlich und klar gegenüber dem Kunden kommuniziert und dieser sich mit diesen Bedingungen einverstanden erklärt, hat das Recht diese freie Entscheidung der Parteien zu respektieren.

### Argument 2:

#### Kein Verbot der Beratung nach § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO

Ferner gilt der in Artikel 103 Absatz 2 GG verankerte Grundsatz, wonach jede Tätigkeit, welche nicht explizit durch ein Gesetz verboten ist, erlaubt ist. § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO erlaubt nunmehr dem Makler die Beratung von Kunden, welche nicht Verbraucher sind, gegen ein gesondertes Entgelt. Es ließe sich somit vertreten, dass das Gesetz damit aber noch keinerlei Auskunft darüber trifft, ob eine Beratung eines Verbrauchers gegen ein gesondertes Entgelt verboten ist. Dies ergibt sich jedenfalls nicht zwingend aus § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO.

---

## 2. Argumente gegen die Wirksamkeit einer entsprechenden Vereinbarung

### Argument 1:

#### Vertragstypische Pflichten des Maklers

Grundsätzlich besteht das Bedürfnis der Praxis nach Honorarberatung aus der Ansicht heraus, der Makler erbringe mit seiner Beratung die vertraglich geschuldete Leistung gegenüber dem Kunden, ohne dass er infolge des Nichtzustandekommens des Versicherungsvertrages einen Courtagenanspruch gegen den Versicherer erwirbt. Dies wird von vielen Maklern als unbillig empfunden. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass der Makler als Versicherungsvermittler nach § 59 Absatz 1 VVG grundsätzlich die Vermittlung des gewünschten Versicherungsschutzes schuldet und erst daneben die Beratung des Versicherungsnehmers nach § 61 VVG. Demzufolge hat der Makler auch nur für die erfolgreiche Vermittlung einen Vergütungsanspruch und nicht für die Beratung. Entsteht der Vergütungsanspruch des Maklers infolge des Nichtzustandekommens des Versicherungsvertrages nicht, so realisiert sich

dabei lediglich das unternehmerische Risiko des Maklers, welcher dieser durch seinen Status als Versicherungsmakler selbst gewählt hat.

### Argument 2:

#### Auslegung des § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO

Legt man den Wortlaut des § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO aus, so muss man feststellen, dass die Befugnis zur Beratung von Kunden gegen ein gesondertes Entgelt eine absolute Ausnahme darstellt. Grundsätzlich ist die Tätigkeit eines Versicherungsmaklers auf die Vermittlung von Versicherungsverträgen sowie die damit einhergehende Beratung ausgerichtet. Die reine Beratung ist dem Versicherungsberater vorbehalten. Insoweit ist § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, sondern vielmehr lediglich eine Ausnahmeregelung von dem Grundsatz, dass eine Beratung des Kunden durch den Versicherungsmakler gegen ein gesondertes Entgelt grundsätzlich unzulässig ist. Dies ist lediglich im Bereich der Kunden, welche keine Verbraucher sind, zulässig. Aufgrund dieser expliziten und bewussten Einschränkung seitens des Gesetzgebers ist eine Ausdehnung dieser Ausnahmeregelung auf Verbraucher unzulässig!

---

## 3. Abwägung

Da sowohl mögliche Argumente für die eine als auch für die andere Seite sprechen, ist nunmehr eine Abwägung der jeweiligen Argumente und eine Entscheidung zugunsten einer Ansicht zu treffen.

Gegen das Argument, dass § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO eine Beratung des Kunden, welcher Verbraucher ist, nicht verbietet, lässt sich einwenden, dass ein solches Verbot aber aus § 34e Absatz 1 GewO resultiert, welcher die Beratung des Kunden gegen gesondertes Entgelt (Versicherungsberatung) zu einem

„anderen“ erlaubnispflichtigen Gewerbe macht. Demzufolge brauchte der Makler, welcher seinen Kunden gegen ein gesondertes Entgelt beraten möchte, eine Erlaubnis als Versicherungsberater nach § 34e Absatz 1 GewO. Die Stellung als Versicherungsmakler schließt aber eine gleichzeitige Stellung als Versicherungsberater aus.

Dasselbe Ergebnis erschließt sich auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei den Regelungen der Gewerbeordnung um ein sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt. Das bedeutet, dass die erlaubnispflichtige Tätigkeit zunächst verboten ist, die Erlaubnis aber bei Vorliegen der Voraussetzungen zu erteilen ist. Die Formulierung des § 34d Absatz 1 Satz 4 GewO, nach der Honorarberatung bei Kunden, die nicht Verbraucher sind, erlaubt ist, bedeutet demgemäß aber im Umkehrschluss, dass eine Honorarberatung bei Verbrauchern gerade nicht erlaubt und somit verboten ist. Diese Formulierung erfüllt auch das sog. Bestimmtheitsgebot, nach dem der Rechtsanwender in die Lage versetzt werden soll, anhand des Gesetzes zu erkennen, was von ihm erwartet wird.

Letztlich begeht der Makler bei Verstoß hiergegen sogar nach § 144 Absatz 1 Nummer 1 k GewO eine Ordnungswidrigkeit.

---

## 4. Fazit

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Vereinbarung über die Beratung eines Verbrauchers gegen gesondertes Entgelt gegen die Erlaubnispflicht nach § 34d GewO verstößt.

Zivilrechtlich hat der Kunde einen Rückzahlungsanspruch in Höhe des von ihm an den Makler gezahlten Honorars. Daneben kann er weiterführende Schadensersatzansprüche nach § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. § 144 Absatz 1 Nummer 1 k GewO gegen den Makler geltend machen. ■

# Haftungsfallen des Maklers in der Insolvenz des Versicherungsnehmers

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Aufgrund statistischer Informationen gab es im vergangenen Jahr wohl 129.269 Insolvenzen in Deutschland. Der Durchschnitt in den vergangenen 10 Jahren liegt bei jährlich etwa 135.890 Insolvenzen. Jeder Versicherungsmakler müsste also schon einmal einen Kunden gehabt haben, der sich in einem Insolvenzverfahren befand.

Voraussetzung einer Insolvenz sind die Zahlungsunfähigkeit, die drohende Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung eines Unternehmens. Sowohl der Versicherungsnehmer als auch Forderungsinhaber können das Insolvenzverfahren des Unternehmens beantragen. Sofern hinreichende Masse vorhanden ist, wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Im Anschluss daran wird ggf. entschieden, ob es zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt. Wie muss sich der Makler nunmehr richtig verhalten, wenn er Kenntnis von der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit seines Kunden erfährt?

Für den Makler ist es zunächst einmal wichtig zu wissen, dass der Versicherungsvertrag in der Insolvenz grundsätzlich bestehen bleibt. Erfolgt keine Prämienzahlung durch den Versicherungsnehmer, so besteht natürlich die Gefahr, dass nach den Vorschriften des VVG die Kündigung des Vertragsverhältnisses ausgesprochen wird.

Hierdurch würde der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz verlieren. Der Makler sollte seinen Kunden also zunächst warnen und auf die Wichtigkeit der Prämienzahlung hinweisen.

Das Insolvenzverfahren oder auch ein vorgelagertes Schutzschirmverfahren ändert also nichts an der Wirksamkeit des Versicherungsvertrages. Dieser bleibt grundsätzlich bestehen. Allerdings hat der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Wahlrecht gemäß § 103 Insolvenzordnung. Dieses Wahlrecht ist zeitnah auszuüben. Der Insolvenzverwalter kann insofern entscheiden, ob er die Vertragserfüllung vom Versicherer verlangt oder nicht. Die nichtgezahlte Versicherungsprämie würde dann ggf. bei den Insolvenzforderungen anzumelden sein.

Viel wichtiger ist es aber auch für den Makler zu wissen, wie er sich selbst zu verhalten hat. Laufen sein Maklervertrag und seine Maklervollmacht ebenfalls weiter, wie der Versicherungsvertrag? Dem ist gerade nicht so! Wenn der Makler die gesetzlichen Normen der §§ 116, 117 Insolvenzordnung nicht kennt, gerät er in eine riesengroße Haftungsfall!

Die beiden Normen besagen zum einen, dass der Maklervertrag mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlischt. Ebenso wichtig ist es zum anderen zu wissen, dass auch die Vollmacht des Kunden mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls „automatisch“ erlischt.

Der Makler oder aber auch der Versicherungsnehmer brauchen oder können nichts tun. Es kommt nicht darauf an, ob

Sonderkündigungsrechte bestehen. Solche Sonderkündigungsrechte sind nicht vorhanden. Es ist wichtig zu wissen, dass – ohne dass irgendetwas anderes passieren muss – automatisch und ohne weiteres Zutun die Maklervollmacht und der Maklervertrag mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen.

In Unkenntnis dieses Umstandes können sich natürlich mannigfaltige Haftungskonstellationen ergeben. Diese sollte der Makler dringend vermeiden!

Es ist also wichtig für den Makler zu wissen, dass er mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder aber auch mit dem endgültig bestellten Insolvenzverwalter neue Maklerverträge und neue Vollmachten abzuschließen hat. Der Insolvenzverwalter tritt an die Stelle der Geschäftsführung!

Dementsprechend muss der Makler Sorge dafür tragen, dass er nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht und ohne Legitimationsgrundlage und Haftungsbeschränkung weiterhin tätig wird.

## Fazit

Sobald ein Insolvenzverwalter hinzukommt, muss sich der Versicherungsmakler ein neues Maklermandat unterzeichnen lassen und unbedingt auch eine neue Maklervollmacht, wenn er zum Beispiel die vertraglichen Privilegierungen nutzen möchte. Anderenfalls haftet er als Vertreter ohne Vertretungsmacht und nach den gesetzlichen Bestimmungen, welche für den Makler wahrlich nicht als vorteilhaft zu bezeichnen sind. ■

---

# Systematische Leistungsablehnung bei Berufsunfähigkeitsversicherung durch den Versicherer

## Was sollte der Makler dabei beachten?

---

### Text

von

*Dipl. Mag.-Jur. Björn Thorben M. Jöhnke  
Der Autor ist Rechtsreferendar in der Kanzlei  
Michaelis Rechtsanwälte in Hamburg.*

---

### 1. Einleitung

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“. Im Fokus dieser Anhörung stand die Problematik, dass Versicherer im Rahmen des außergerichtlichen Regulierungsverfahrens sich dahin gehend verhalten, dass sie dem Grunde nach zunächst

Leistungsanfragen systematisch ablehnen. Viele Verbraucher scheuen sich entsprechend vor der Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes zur Verfolgung ihrer Ansprüche gegen den Versicherer. Da eine Leistungsablehnung 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 Berufs-

unfähigkeitsversicherungen. Sie zieht sich durch die gesamte Versicherungslandschaft. Dennoch stellt sich die Frage, wie sich der Makler hier verhalten sollte. Das sogenannte „Sachwalter-Urteil“ des Bundesgerichtshofes aus 1985 (BGH 22.05.1985 – IVa ZR 190/83) 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 Schadlosstellung 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 einen Maklervertrag geschlossen hat, auch bei der Antragsstellung im Rahmen der Berufsunfähigkeitsleistungsfallprüfung zu begleiten. Hierzu ist es notwendig, dass alle Angaben entsprechend den Vorgaben des Versicherers auszufüllen sind. Im optimalen 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 Bei-

spiel ein Unfall voraus, so muss der Versicherungsnehmer 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 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. ■

---

# Die Erfüllung von Beratungspflichten durch Versenden einer Kundenzeitung?

---

## Text

von

RA Henning Ratsch

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

---

### 1. 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 Entschei-

dungen, 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 Versicherungsmakler sollte in der Praxis nicht unterschätzt werden, erfahrungsgemäß ist das Haftungs-potenzial 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 nahezubringen, 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.

## 2. 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 Kundenzeitschriften 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 einem Fünftel 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 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 Kundenzeitschriften 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 Kundenzeitschriften 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 Kundenzeitschrift sehr

gut dazu, auch auf diesen 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 Kundenzeitschriften kann ein solches Thema gut angesprochen werden.

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.

lich kann es sein, dass der Kunde etwa die Zeitschrift überhaupt nicht erhalten hat (den Beweis des Zugangs hätte im Ernstfalle 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 darüber befinden zu lassen, ob eine Anpassung des Versicherungsschutzes vorzunehmen ist. ■

---

### 3. 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 Enthaltung führt, schließ-

# Unbegrenzte LV-Rückabwicklung durch ein ewiges Widerrufsrecht?

Eine Urteilsbesprechung zur Entscheidung des EuGH vom 19.12.2013 – Az. C-209/12

## Text

von

RA Reichow/Michaelis  
Fachanwälte für Versicherungsrecht  
Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

### 1. Einführung

Nach einer erforderlichen Vorlage durch den BGH hatte der EuGH in seinem Urteil vom 19.12.2013 über die Frage der Vereinbarkeit der alten Bestimmung des § 5a VVG mit europäischem Recht zu befinden. Das VVG bestimmte u. a., dass das Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers spätestens ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie erlosch. Dies galt selbst dann, wenn der Versicherungsnehmer nicht oder nicht ordnungsgemäß vom Versicherer über sein Widerrufsrecht belehrt worden war.

Nachdem ein Versicherungsnehmer nach Ablauf der Jahresfrist den Widerruf erklärt hatte, zog er vor Gericht und berief sich auf die Unwirksamkeit der deutschen

Bestimmung des § 5a VVG. Der Versicherungsnehmer unterlag in den beiden ersten Instanzen. Der BGH legte dem EuGH den Fall vor, sodass der EuGH nunmehr über die Frage zu befinden hatte, ob EU-Richtlinien einer zeitlichen Beschränkung des Widerspruchsrechts wie in § 5a VVG a. F. entgegenstehen.

Dies bejahte der EuGH in seiner Entscheidung vom 19.12.2013. Nach Ansicht der Richter ist es mit den Zielen der Zweiten und Dritten Richtlinie Lebensversicherung<sup>1</sup> nicht vereinbar, dass das Widerrufsrecht nach einem Jahr erlischt, selbst wenn der Versicherungsnehmer nicht oder nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist! Zwar stehe den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der EU-Richtlinien

ein Ermessen zu, jedoch müsse die Erreichung des mit der jeweiligen Richtlinie verbundenen Zwecks gewährleistet sein. Zum Schutze des Versicherungsnehmers sei es jedoch erforderlich, dass das Widerrufsrecht erst dann beginne, wenn der Versicherungsnehmer über dieses belehrt worden ist. Demgegenüber könnten auch Gründe der Rechtssicherheit, mit welchen die Bestimmung des § 5a VVG durch den deutschen Gesetzgeber gerechtfertigt wurde, nicht überwiegen.

### 2. Auswirkungen auf die aktuelle Bestimmung des § 9 Satz 2 Halbsatz 2 VVG

Das Urteil des EuGH dürfte auch Auswirkungen auf die aktuelle

gesetzliche Bestimmung des VVG haben. Bereits in der Vergangenheit wurden Stimmen laut, welche sich gegen die Vereinbarkeit der Bestimmung des § 9 Satz 2 Halbsatz 2 VVG mit EU-Vorschriften<sup>2</sup> aussprachen.<sup>3</sup> Diese Rechtsmeinungen dürften zukünftig weiteren Zulauf erhalten.

Daneben wirkt sich das Urteil des EuGH vordergründig auch auf die Bestimmung des § 152 VVG aus. Diese enthält zwar keine zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts wie die alte Bestimmung des § 5a VVG, jedoch beinhaltet sie eine Günstigerprüfung. Nach erfolgtem Widerruf erhält der Versicherungsnehmer entweder den Rückkaufswert der Versicherung oder die erste Jahresprämie erstattet. Gerade wenn der Versicherungsnehmer den Widerruf kurz nach Ablauf des ersten Versicherungsjahres erklärt, kommt es aufgrund dieser gesetzlichen Regelung im Vergleich zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 346, 357 BGB regelmäßig zu Nachteilen für den Versicherungsnehmer, da der Rückkaufswert in den ersten Vertragsjahren meist nicht die Summe der eingezahlten Beiträge erreicht. § 152 VVG gestaltet die Folgen des Widerrufs daher zum Nachteil des Versicherungsnehmers. Die Bestimmung stellt daher eine inhaltliche Begrenzung der Widerrufsfolgen dar, welche ebenfalls wie eine zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts mit dem Zweck der Zweiten und Dritten Richtlinie Lebensversicherung nicht vereinbar sein dürfte.

### 3. Rechtsfolgen

In sämtlichen Fällen der Unvereinbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen mit EU-Vorschriften stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Grundsätzlich stellen die Bestimmungen des VVG Sondertat-

bestände dar. Nach ihrem Wegfall werden sie durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 346, 357 BGB ersetzt. Dementsprechend kann der Versicherungsnehmer die Rückerstattung seiner eingezahlten Prämien nebst vom Versicherer gezogener Nutzungen, also insbesondere Garantieverzinsung und Überschussbeteiligungen, verlangen.

Fraglich ist jedoch, ob der erhaltene Versicherungsschutz seitens des Versicherungsnehmers im Gegenzug herauszugeben wäre. Nach der Geldleistungstheorie ist die Gefahrtragung durch den Versicherer jedoch nicht ausgleichungspflichtig.<sup>4</sup> Kapitalbildende und fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherungen dienen jedoch i. d. R. ohnehin der Altersvorsorge. Lebensversicherungen verfügen daher nur über eine untergeordnete Absicherung des Todesfallrisikos. Bei Rentenversicherungen entfällt diese vollständig. Selbst wenn man der Geldleistungstheorie nicht folgen will, so wäre bei Lebensversicherungen allenfalls der Wert der Todesfallabsicherung anzurechnen.

Dies führt zwar dazu, dass in der Praxis nur schadensfreie Verträge widerrufen werden, jedoch stellt dies kein unbilliges Ergebnis dar. Schließlich hat der Versicherer infolge der unterbliebenen oder nicht korrekten Widerrufsbelehrung den Grund der Rückabwicklung selbst gesetzt. Dementsprechend muss es für ihn auch zumutbar sein, die Folgen der vollständigen Rückabwicklung zu tragen. Ferner hätte der Versicherer stets die Möglichkeit eine rechtmäßige und vollständige Widerrufsbelehrung nachzuholen. Nach Ablauf der Widerrufsfrist hätte der Versicherer dann jedenfalls Gewissheit darüber, dass der Versicherungsvertrag fortbesteht. Soweit der Versicherer von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch

macht, unterliegt dies seiner eigenen rechtlichen und wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit, kann jedoch nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers gereichen.

Die Ansprüche des Versicherungsnehmers könnten also lediglich infolge von „Verwirkung“ entfallen. Ob und zu welchem Zeitpunkt sich ein Versicherer zu Recht auf die Einrede der Verwirkung berufen kann, bedarf jedoch einer Einzelfallprüfung. Jedenfalls erfordert dies eine Handlung oder Willenserklärung des Versicherungsnehmers, nach welcher der Versicherer davon ausgehen konnte, dass der Versicherungsnehmer jedenfalls an dem Versicherungsvertrag festhalten wollen würde. Eine solche Handlung oder Willenserklärung des Versicherungsnehmers dürfte jedoch regelmäßig nicht gegeben sein.

---

### 4. Fazit

Für Kenner der Versicherungsbranche ist es wissenswert, dass der EuGH die Regelung des alten § 5a VVG (a. F.) als rechtsunwirksam qualifiziert hat. Wurde also ein Versicherungsnehmer falsch oder überhaupt nicht belehrt, so hat auch dieser trotz Ablauf der Jahresfrist weiterhin ein (unbegrenzt)es Widerrufsrecht. Er kann entsprechend den Regelungen des BGB die Rückabwicklung seines Vertragsverhältnisses verlangen. ■

---

### 5. Quellen

<sup>1</sup> Richtlinien 90/619/EWG und 92/96/EWG

<sup>2</sup> Hier jedoch unter Verweis auf die Fernabsatzrichtlinie.

<sup>3</sup> Siehe Eberhardt in MÜKO zum VVG, 2010, § 9, Rn. 22 m. w. N.

<sup>4</sup> Prölss in Prölss/Martin: VVG Kommentar, 28. Auflage, § 1, Rn. 87.

# Muss ich bei Pflege auch RS beraten?

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.  
 Fachanwalt für Versicherungsrecht  
 Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Wie weitreichend und umfassend muss eine Beratung durch den Versicherungsmakler erfolgen, wenn sein Kunde eine Beratung zum Thema „Pflege“ wünscht? Natürlich kann diese Fragestellung auch unter vertrieblichen Gesichtspunkten genutzt werden. Wenn es auf der Hand liegt, dass bei einem Thema auch über „angrenzende Themenbereiche“ zu sprechen ist, bietet sich hier unter anderem eine Automatisierung in das Beratungsprotokoll an.

Gleichwohl möchte ich nochmals die aufgeworfene Fragestellung dieses Artikels konkretisieren: Der Makler spricht den Kunden allgemein auf das Thema „Pflege“ an. Vielleicht geht er sogar darauf ein, dass es sinnvoll ist, eine Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht zu gestalten. Umgekehrt kann es genauso sein, dass ein Kunde ganz

allgemein auf den Makler zukommt und Beratung zum Thema Pflege wünscht. Dass hier zum Kernthema beraten wird und die unterschiedlichen Varianten, die der Versicherungsmarkt anbietet, dargelegt werden, versteht sich von selbst. Natürlich ist der Kunde darüber aufzuklären, dass es ganz unterschiedliche Absicherungsmöglichkeiten des Pflegerisikos gibt. Der Kunde ist sogar auch darüber zu informieren, welche inhaltlichen Ausgestaltungen in dem Wording der Versicherungsbedingungen von Relevanz sind, damit er für seine Bedürfnisse den geeigneten Versicherungsschutz erhält.

Hinsichtlich der Intensität der Beratung, die ein Versicherungsmakler zu erbringen hat, sollte dringend das BGH-Urteil vom 29.03.2014 mit dem Aktenzeichen IV ZR 422/12 gelesen werden.

Der BGH verpflichtet den Versicherungsmakler auch auf den Inhalt des Versicherungsschutzes zu achten und die Kundenwünsche umzusetzen. Allerdings beschäftigt sich der BGH nur „innerhalb des Vertragsverhältnisses“ mit der Reichweite der Aufklärungspflichten.

Wie ist es nun, wenn ein allgemeiner Anlass vom Kunden mitgeteilt wird und ganz andersartige Produkte anzuempfehlen sein könnten? Ich denke hier zum Beispiel an die Rechtsschutzversicherung. In vielen bestehenden Rechtsschutzkonzepten ist das Thema der Pflegeversicherung nicht beheimatet. Aufgrund „üblicher Versicherungsbedingungen“ ist daher der Sonderfall Pflege nicht berücksichtigt und der Kunde hätte keine Leistungsansprüche für das spezielle Risiko „Pflege“.

Allerdings gibt es auch wiederum einige RS-Anbieter, die erhebliche

Deckungserweiterungen gerade für das Risiko „Pfleger“ anbieten. Von der kostenlosen Erstberatung bis hin zu einer „Sonderdeckung“ kann der Inhalt des Versicherungsschutzes variieren. Welche Beratungsverpflichtung folgt hieraus für den Versicherungsmakler?

Dieses Beispiel zeigt, dass ein Spezialist für Vorsorge- und Personenversicherung auch Grundkenntnisse vom Sachversicherungsrecht haben sollte. Denn nach meiner persönlichen Einschätzung hat der Versicherungsmakler auch spartenübergreifend eine naheliegende Risikosituation zu analysieren und geeignete Empfehlungen abzugeben. Es ist nicht ausreichend, nur die unmittelbaren Pflorgetarife anzusprechen und zu vergleichen. Es sollte wenigstens ein Hinweis erfolgen, dass der Kunde auch im Rahmen seiner Rechtsschutzversicherung über Deckungserweiterungen nachdenken sollte. Wenn der Kunde dann aufgrund eines solchen Hinweises keine weitere Beratung wünscht, hat der Versicherungsmakler jedenfalls seine Beratungspflichten erfüllt. Einen solchen Hinweis sollte der Versicherungsmakler unbedingt dokumentieren. Ansonsten kann mit OLG Saarbrücken die Vermutung gelten, dass der Makler nicht über dieses Thema gesprochen hat. Dann besteht eine Haftungsgefahr, obwohl eine ordnungsgemäße Beratung durchgeführt wurde (die im gerichtlichen Verfahren nur nicht bewiesen werden kann).

Damit schließe ich mit den Worten des Bundesgerichtshofes. Die Beratungsverpflichtungen des Versicherungsmaklers gehen weit. Auch der „entfernte“ mitgeteilte Anlass sollte zu einer umfassenden Beratung führen. Jedenfalls sollte der Hinweis erteilt werden, dass neben der primären Absicherung der Pfl-

gerisiken auch ergänzende hilfreiche Absicherungsmöglichkeiten für die Risikosituation in Betracht kommen. Konkret sollte also auch ein Hinweis auf den Umfang der Deckung der Rechtsschutzversicherung angesprochen werden.

Als vertriebsorientierte Bestandsaktion empfehlen wir allen Maklern, dass Kunden mit Pflegeprodukten auf Deckungserweiterungen im Bereich der Rechtsschutzversicherung hingewiesen werden sollten. Es ist eine weitere Bestandsaktion zum Thema Haftungssicherheit mit erheblichem Vertriebspotenzial für die Rechtsschutzoptimierung! Achtung aber, dass sich die Rechtsschutzbedingungen nicht an anderer Stelle erheblich verschlechtern. ■

# Die Flucht in den MFA-Assekuradeur?

## Text

von

RA Stephan Michaelis LL.M.  
 Fachanwalt für Versicherungsrecht  
 Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte

Wie sieht der Vertrieb der Zukunft aus? Inwieweit kann sich der ungebundene und unabhängige Berater durchsetzen? Wenn der Steuerberater vom Finanzamt bezahlt wird, hätten Sie vielleicht auch Zweifel an seiner unabhängigen und kundenorientierten Beratung. Dieses Bild verdeutlicht die Problematik, wenn die „Gegenseite“ die Vergütung des Beraters übernimmt. Ein ähnliches Bild ist natürlich auch auf den Rechtsanwalt zu übertragen. Sie wären wahrscheinlich auch verwundert, wenn wir grundsätzlich von den Versicherern bezahlt werden würden!

In diversen EU-Richtlinien kommt dieser Grundgedanke sehr deutlich zum Ausdruck. In sämtlichen Bereichen, in welchen Novellierungen durchgeführt wurden, bzw. künftig anstehen, werden wir uns über diese gesetzgeberische Intention Gedanken machen müssen. Wenn es darum geht, wie PRIPs künftig geregelt werden sollen, erkennt man ebenfalls die gesetzgeberische

Intention. PRIPs sind packaged retail investment products, mithin Kapitalanlageprodukte aus dem Versicherungsbereich. Hier will der Gesetzgeber es vermutlich künftig nicht mehr zulassen, dass die „unabhängige“ Vermittlung dieser Produkte durch den Produktgeber vergütet wird. In anderen Rechtsbereichen bestehen vergleichbare Erörterungstendenzen. Dies wird sowohl den Immobilienmakler weiter beschäftigen wie aber auch die Vermittlung von Immobilienfinanzierungen. In sämtlichen EU-Richtlinien-Entwürfen ist der Grundsatz verankert, dass ein unabhängiger Berater die Vergütung von seinem Auftraggeber, also dem Kunden, zu erhalten hat. Dies muss nicht zwingend ein Honorar sein, es muss also nicht zwingend als Tätigkeitsvergütung ausgestaltet werden. Es kann sicher auch eine Erfolgsvergütung als Pauschale mit dem Kunden vereinbart werden, nur ist diese dann schlussendlich vom Kunden zu bezahlen.

Wird der Kunde künftig die unabhängige Beratung wertschätzen? Wird sich der Kunde an einen Makler wenden und ihm seine erforderliche Vergütung bezahlen? Denn vergleichbare Kosten entstehen dem Kunden nicht unmittelbar auf den ersten Blick, wenn er selbige Verträge über das Internet abschließt, zu den Produktgebern direkt geht oder zu einem Vertreter des Produkthanbieters. Die Einholung der Beratung durch diese Institutionen ist „kostenfrei“, denn es ist die Beratungsleistung des Vertriebs durch den Kunden nicht gesondert zu vergüten. Diese Kosten sind vielmehr in die Produkte eingepreist. Aus diesem Grunde kann ich mir sehr gut vorstellen, dass der Mehrfachagentur-Assekuradeur die Vertriebsform der Zukunft sein kann!

In einer derartigen Organisationsform hat der Vermittler nach wie vor die Möglichkeit, mit sämtlichen Gesellschaften eine Vertriebsvereinbarung einzugehen. Ähnlich wie bei

einem unabhängigen Makler kann die Mehrfachagentur alle Produkte des gesamten Marktes bedienen und an den Kunden vermitteln.

Über die Assekuradeurtätigkeit erhält der Vertrieb weitreichende Kompetenzen. Wie diese ausgestaltet werden, wird sich am Markt herauskristalisieren. Die Kompetenzen können aber alle Bereiche des Vermittlungsprozesses beinhalten. Von der Angebotskalkulation und einer weiteren Rabattierung bis hin zu einer Policierung, Inkassotätigkeit, Kundenpflege- und information bis hin zur Schadensregulierung ist es vorstellbar, dass auch an rechtlich selbstständige Unternehmen Tätigkeitsschwerpunkte ausgelagert werden. Es gilt hier nur zu beachten, dass die Vorgaben und die Überwachungsmöglichkeiten des Versicherers in Kooperation mit der BaFin gewährleistet werden.

Natürlich ergibt sich auf den ersten Blick der Nachteil, dass dann die Kundenbestände dem Versicherer gehören und nicht der Mehrfachagentur. Zivilrechtlich ist es aber möglich, dass zwischen Versicherer und der Mehrfachagentur vereinbart wird, dass auch im Falle einer Vertragsbeendigung die Kundenbestände umgedeckt werden dürfen, sie also wirtschaftlich im Eigentum der Mehrfachagentur stehen. Außerdem kann dem MFA gestattet werden, dass er sämtliche Verträge jederzeit umdecken darf, ohne dass sich hieraus Treuepflichtverletzungen gegenüber dem Versicherer ergeben. Während der gemeinsamen Kooperation gehören also eigentlich dem Versicherer die Bestände. Vertraglich kann aber dieses „Eigentumsrecht“ faktisch auf die Mehrfachagentur übertragen werden.

Zudem kommt sogar noch ein haftungsrechtlicher Vorteil hinzu.

In einer solchen Konstellation wäre auch weiterhin die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung anwendbar. Ein etwaig geschädigter Kunde hätte sogar die Möglichkeit, Ansprüche an den Versicherer zu richten, da der MFA-Assekuradeur der Erfüllungshilfe des Versicherers ist.

Nicht zuletzt hat diese Vertriebsform auch den Vorteil, dass der Kunde keine gesonderte Vergütung zu bezahlen hat. Die Vergütung, die der Assekuradeur erhält, bezieht sich nicht nur auf die Vergütung für den Vermittlungserfolg, sondern muss natürlich auch Verwaltungskosten für das Marketing oder die Schadensregulierung beinhalten. Auf diese Weise können die echten Vertriebskosten günstig gehalten werden, ohne dass alle Verwaltungskosten explizit gegenüber dem Kunden auszuweisen sind.

Es gibt aus meiner Sicht daher viele Gründe dafür, dass der Mehrfachagentur-Assekuradeur eine attraktive Vertriebsform wird, die mit einer echten unabhängigen Beratung konkurrieren kann und gleichzeitig die Interessen des Kunden in den Vordergrund stellt. ■

## Haftung als Vermittler im Ruhestand? Nicht mit der SdV-Ruhestandspolice!

Viele unabhängige Vermittler fürchten sich nach der Gewerbeabmeldung vor einem späten Haftungsfall, der noch aus der aktiven Zeit resultiert.

Vor allem, wenn der Beratungsfehler zu einem Zeitpunkt stattfand, als noch keine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung bestand (vor 2007).

### Die SdV-Ruhestandspolice bietet Ihnen einen Ruhestand ohne Haftungssorgen:

Worauf Sie sich mit Sicherheit verlassen können:

- ✓ Günstige Einmal-Prämie!
- ✓ Individueller Rückwärts-Zeitraum!
- ✓ Beginn rückwirkend ab 22.05.2007 oder ab heute
- ✓ Inklusive Summendifferenzdeckung
- ✓ Geringer Selbstbehalt (2.500 EUR)
- ✓ 500.000 EUR Deckungssumme (Abschreibesumme)!

### Wie lange wünschen Sie rückwirkend Schutz?

Worauf Sie sich mit Sicherheit verlassen können:

- 10 Jahre: 450 EUR netto
- 20 Jahre: 650 EUR netto
- 30 Jahre: 750 EUR netto

Alle Prämien sind Einmal-Prämien!

Einmalige Prämie –  
ein Leben lang  
Versicherungsschutz!





# VRKÜRZTR GSUNHEIS FRGBOGN

Der neue  
Einkommens-  
schutz der  
IDUNA Leben

925 Berufe – nur 3 Gesundheitsfragen – nur 3 Jahre Abfragezeitraum.



Mehr Informationen erhalten Sie von Ihrem  
**SIGNAL IDUNA Vertriebspartnerservice**  
Telefon 0231 135-7688  
michael.hinz@signal-iduna.de  
oder unter [www.sivp.de](http://www.sivp.de)

**SIGNAL IDUNA**   
gut zu wissen