

Der Versicherungsmakler als „Nur-Betreuer“ ohne Gewerbeerlaubnis: „Ein Tanz auf dem Vulkan“

von

Rechtsanwalt Dr. Becker / Michaelis Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte Hamburg

Kanzlei Michaelis Rechtsanwälte
Partnerschaftsregister Hamburg PR 251

Mittelweg 14
20148 Hamburg

Telefon +49(0)40 / 888 88-777

Telefax +49(0)40 / 888 88-737

E-mail: Info@Kanzlei-Michaelis.de

Internet: www.Kanzlei-Michaelis.de

I. Einleitung

Seitdem der deutsche Gesetzgeber die viel diskutierte „EU-Vermittlerrichtlinie“ zum 22.05.2007 in nationales Recht umgesetzt hat, ist die Versicherungsvermittlung gemäß § 34d GewO eine erlaubnispflichtige Tätigkeit. Diese gewerberechtlichen Anforderungen haben, in Verbindung mit den zivilrechtlichen Beratungs-, Aufklärungs- und Dokumentationspflichten nach VVG, zu spürbaren Veränderungen in der Branche geführt, wobei die diesbezüglichen Anpassungsprozesse als noch nicht abgeschlossen gelten dürfen.

In jüngster Zeit ist die Frage aufgekommen, ob es im Gesetz womöglich eine – beabsichtigte oder unbeabsichtigte – „Lücke“ gibt, also einen Bereich, in dem Versicherungsvermittler jenseits der Erlaubnispflicht operieren können. Wenn sich nämlich ein Makler nach langjähriger Tätigkeit einen großen Kundenbestand aufgebaut hat, dann könnte die Idee auftauchen, von nun an nur noch als „Betreuer“ innerhalb dieses existierenden Kundenbestandes tätig zu sein, ohne neue Verträge zu vermitteln. Auf diesem Weg, so der Gedanke, könnte man die strengen Anforderungen des neuen Gewerberechts (Sachkundeprüfung, Vermögensschaden-Haftpflicht, Registeranmeldung, etc.) umgehen und dennoch – Dank der Betreuungscourtagen – einen auskömmlichen Verdienst als Makler erwirtschaften.

Der folgende Beitrag beabsichtigt zu zeigen, dass es zwar womöglich rechtstheoretisch einen marginalen Bereich gibt, in dem eine solche Maklertätigkeit ohne Gewerbeerlaubnis möglich ist, eine solche Lösung für die Maklerpraxis aber alles andere als empfehlenswert ist. Zu diesem Zweck ist zunächst darzustellen, welcher Begriff der Versicherungsvermittlung dem Gesetz zugrunde liegt, bevor untersucht wird, ob und inwieweit bei diesem Verständnis eine Maklertätigkeit ohne Erlaubnis praktisch vorstellbar bzw. sinnvoll ist.

II. Versicherungsvermittlung als Rechtsbegriff

Eine Gewerbeerlaubnis benötigt, wer „als Versicherungsmakler oder als Versicherungsvertreter den Abschluss von Versicherungsverträgen vermitteln will“. Um die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen auch eine Betreuungs- oder Verwaltungstätigkeit hierunter fällt, kann zunächst die EU-Vermittlerrichtlinie herangezogen werden. Diese definiert die Vermittlung in Art. 2 Nr. 3 Unterabs. 1 als:

„das Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung, insbesondere im Schadensfall“

In Anbetracht dieser Definition, die auch für die Auslegung der Begrifflichkeiten des deutschen Rechts von Bedeutung ist, können zwei Dinge konstatiert werden: Zum einen sind auch Tätigkeiten bei der Vertragsverwaltung nicht per se aus dem Vermittlungsbegriff herausgenommen und zum anderen ist dieser gleichwohl primär abschlussbezogen zu verstehen. Eben daraus, dass der Begriff Versicherungsvermittlung jedenfalls in erster Linie im Zusammenhang mit der Herbeiführung von Vertragsabschlüssen zu sehen ist, wird nun geschlossen, die bloße Bestandspflege ohne Neuabschlüsse sei hiervon nicht erfasst. Schon steht die Empfehlung im Raum, der Makler könne sich der lästigen, da strengen Anforderungen des neuen Rechts entziehen, indem er lediglich auf den Abschluss neuer Verträge verzichtet.

Doch ist dabei äußerste Vorsicht geboten, denn schon die oben erwähnte Definition zeigt, dass trotz des primär abschlussbezogenen Vermittlerbegriffs nicht per se jegliche Verwaltungs- und Betreuungstätigkeit erlaubnisfrei ist. Dies könnte allenfalls für solche Tätigkeiten gelten, die in keinerlei Zusammenhang zu einem möglichen Neuabschluss oder einer Vertragsänderung stehen. Diese kann es faktisch nicht geben. Zudem muss bei der Bestimmung des gewerberechlichen Vermittlerbegriffs berücksichtigt werden, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Einführung der Erlaubnispflicht verfolgt. Dabei ist insbesondere die in § 34d Abs. 2 Nr. 3 GewO vorgesehene Pflicht zum Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung in den Blick zu nehmen. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Versicherungsvermittler überall dort der Erlaubnispflicht unterwerfen wollte, wo ein Schadensrisiko für den Versicherungsnehmer besteht, das dann durch die Vermögensschaden-Haftpflicht des Vermittlers abgefangen wird. Verkürzt gesprochen gilt somit: Jede Tätigkeit, die ein Haftungsrisiko gegenüber dem Kunden aufweist, ist erlaubnispflichtig i.S.d. § 34d GewO. Bevor abschließend näher darauf einzugehen ist, inwieweit dieses Verständnis angesichts der rechtstatsächlichen Ausgestaltung der Bestandspflegertätigkeit des Maklers Raum für eine erlaubnisfreie Tätigkeit lässt, seine die vorstehenden rechtstheoretischen Überlegungen kurz zusammengefasst:

Richtig ist, dass der Begriff Versicherungsvermittlung grundsätzlich eng mit der Herbeiführung von Vertragsabschlüssen verknüpft ist. Insofern mag auch der Gedanke aufkommen, dass die Betreuung bzw. Bestandspflege nicht der Erlaubnispflicht unterliegt. In dieser Allgemeinheit gilt dies jedoch keinesfalls, da die Erlaubnispflicht auch für sämtliche Tätigkeiten gilt, die potentiell zu einem Neuabschluss oder einer Vertragsänderung führen könnten. Zudem ist zu beachten, dass der Gesetzgeber eine gewerberechliche Regulierung der Vermittlertätigkeit überall dort beabsichtigte, wo diese Haftungsrisiken zu Lasten des Kunden aufweist. Eine erlaubnisfreie Tätigkeit bei der Betreuung und Verwaltung von Versicherungsbeständen wäre somit unter zwei Voraussetzungen denkbar: Erstens darf sie in keinem denkbaren Zusammenhang mit einem möglichen Neuabschluss bzw. einer Vertragsänderung stehen und zweitens dürfen sich aus ihr keinerlei Haftungsrisiken gegenüber dem Kunden ergeben. Jede Betreuungspflicht beinhaltet auch zwangsläufig eine

Übernahme von Haftungsverantwortlichkeit. Denn auch eine Untätigkeit kann zu einer Haftungsverantwortung führen. Fällt es bereits dem Theoretiker schwer, solche Fälle zu ersinnen, so wird bei einem Blick auf die Maklerpraxis deutlich, dass eine hiernach zulässige erlaubnisfreie und haftungsfreie Bestandsbetreuung praktisch nicht vorkommt.

III. Betreuung und Bestandspflege im Makleralltag

Um zu verdeutlichen, warum eine Betreuungstätigkeit jenseits der gewerberechtlichen Erlaubnispflicht eine weitgehend praxisferne Vorstellung ist, ist es sinnvoll, einige praktische Beispiele möglicher Betreuungstätigkeit vor dem dargestellten rechtlichen Maßstab zu untersuchen.

Beispiel 1: Kunde K hat bei Maler M vor dem 22.05.2007 einen Vertrag über eine Hausratsversicherung abgeschlossen. Nun zieht K von seiner bisherigen 2-Zimmer-Wohnung in ein deutlich größeres Reihenhaus um. Zudem hat er kürzlich einige wertvolle Schmuckstücke geerbt, die er nun in seinem Haus aufbewahrt. Er wendet sich an M und fragt, ob der bisherige Vertrag in Anbetracht dieser veränderten Umstände noch ausreichend ist.

Würde M in diesem Beispiel nicht über eine Gewerbeerlaubnis verfügen, so dürfte er die Anfrage des Kunden nicht beantworten. Zum einen müsste M unter Umständen den Abschluss eines neuen Vertrages bzw. eine Vertragsänderung empfehlen und zum anderen drohen im Falle einer Falschberatung für K Schadensrisiken, etwa wegen einer Unterversicherung.

Beispiel 2: K hat bei M vor dem 22.05.2007 eine Kfz-Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Er ist als einziger Fahrer eingetragen. Nun möchte K auch seinen Sohn mit dem Wagen fahren lassen, der gerade seinen Führerschein gemacht hat. Er fragt M, ob das Fahrzeug versichert ist, wenn der Sohn damit fährt.

Auch hier dürfte M die Anfrage nicht bearbeiten, würde er nicht über eine Gewerbeerlaubnis verfügen. Im Falle einer Falschberatung droht K ein nicht versicherter Schadensfall. Bei richtiger Beratung muss M auf eine Vertragsänderung hinwirken, was er ohne Erlaubnis nicht darf.

Beispiel 3: Dachdecker D hat sich mit einem Handel für spezielle Dachpappen selbständig gemacht und ist seither ausschließlich im Vertrieb tätig. Auf dieser Grundlage hat er über M eine Berufsunfähigkeitsversicherung abgeschlossen. Da sich die Auftragslage nun wegen der Wirtschaftskrise verschlechtert, sieht D sich gezwungen, an den Wochenenden wieder auf Baustellen zu arbeiten. Er fragt M, ob die bestehende BU-Versicherung vor diesem Hintergrund ausreicht.

Wiederum dürfte M die Anfrage nicht bearbeiten, wenn er nicht über eine Gewerbeerlaubnis verfügt. Zur Begründung gilt das zu den ersten Beispielen ausgeführte entsprechend.

Diese wenigen einfachen Beispiele machen deutlich, dass Betreuungs- und Vermittlungstätigkeit praktisch nicht voneinander zu trennen sind.

Es sind zahllose weitere Beispiele im Rahmen der bloßen Bestandspflege denkbar, die entweder einen Bezug zu möglichen Vertragsänderungen oder Neuabschlüssen haben oder aber anderweitig Schadensrisiken für den Versicherungsnehmer in sich bergen. So gilt z.B. für jede laufende Risikoanalyse, also die Überprüfung, ob die Risiken des Kunden durch die

bestehenden Verträge noch gedeckt sind, dass sie potentiell zu einer Vertragsänderung oder einem Neuabschluss führen kann. Ein Makler ohne Gewerbeerlaubnis dürfte solche Risikoüberprüfungen also nicht vornehmen. Das Gleiche gilt für die laufende Überprüfung der Geeignetheit der bestehenden Verträge im Hinblick auf neue Angebote am Markt und das Preis-Leistungs-Verhältnis. Da der Makler dies aber jedenfalls in gewissem Rahmen nach der bekannten Sachwalter-Rechtsprechung schuldet, führt das Fehlen einer Gewerbeerlaubnis zu einer unauflösbaren „Haftungs-Zwickmühle“. Nimmt der Makler in dem von ihm betreuten Bestand Risikoüberprüfungen vor oder weist anderweitig auf drohende Unterversicherungen oder Deckungslücken hin, ohne über eine Erlaubnis zu verfügen, so verstößt er gegen geltendes Gewerberecht. Er begeht damit eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 144 GewO (die mit bis zu 5.000,00 € bußgeldbewehrt ist) und macht sich gemäß § 148 GewO strafbar, wenn er dies „beharrlich wiederholt“. Unterlässt er diese Tätigkeiten, so verletzt er seine Pflichten gegenüber dem Kunden und macht sich diesem gegenüber schadensersatzpflichtig. Hat er nun auch noch die vermeintlichen „Vorteile“ genutzt, die sich aus der angeblichen Gesetzeslücke ergeben und keine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung abgeschlossen, bleibt er alleine und vollständig auf dem Schaden sitzen.

Ähnliche praktische Unwägbarkeiten begegnen dem Makler in anderen Bereichen, wenn er glaubt, seinen einmal vermittelten Bestand ohne Gewerbeerlaubnis weiter betreuen zu dürfen. So könnte er zwar Korrespondenz des Versicherers an den Kunden weiterleiten, dürfte diese aber im Regelfall nicht erläutern, da bzw. sofern sich hierbei u.U. ein Anlass zur Vertragsänderung bzw. Kündigung mit Neuabschluss ergibt oder sonstiger Beratungsbedarf besteht. Eine solche Weiterleitung ohne Erläuterung und Beratung wäre aber zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber dem Kunden, die im Schadensfall zur Haftung des Maklers führt. Auch bei Eintritt des Versicherungsfalles bestehen zahlreiche haftungsträchtige Momente für den Makler, insbesondere dort, wo er den Versicherungsnehmer auf die Pflicht zur Erfüllung etwaiger Obliegenheiten hinzuweisen hat. Nach dem oben Gesagten gilt auch hier, dass dies nur zulässig ist, wenn der Makler über eine Gewerbeerlaubnis verfügt.

Denkt man die Konstruktion eines Maklers als „Nur-Betreuer“ konsequent zu Ende, so führt dies zu geradezu absurden Situationen. Der betreuende Makler, der nicht über eine Erlaubnis verfügt, müsste praktisch immer einen registrierten Vermittler an seiner Seite haben. Wann immer nun im Gespräch mit dem Kunden Dinge zur Sprache kommen, die potentiell zu einer Vertragsänderung oder einem Neuabschluss führen können oder die sonst wie Beratungsbedarf auslösen, müsste er die Antwort verweigern und das Gespräch an seinen „zugelassenen“ Kollegen weiterleiten. Wie mit den vorstehenden Beispielen angedeutet, sind solche Bezüge nahezu allgegenwärtig. Welche Betreuungstätigkeit vor diesem Hintergrund ohne Gewerbeerlaubnis zulässig sein soll, ist nicht erkennbar. Ein Makler ohne Erlaubnis wäre gegenüber dem Kunden vielmehr rechtlich weitgehend zum Schweigen verdammt. Dass ein solcher Makler das Vertrauen seines Kunden erhalten kann, ist nur schwer vorstellbar.

IV. Fazit

Von dem Versuch, durch den Verzicht auf Neuabschlüsse und die Beschränkung auf bloße Betreuung und Bestandspflege die Erlaubnispflicht gemäß § 34d GewO zu umgehen, kann nur dringend abgeraten werden. Es mögen einzelne Tätigkeiten denkbar sein, die ein Makler – wenn man überhaupt begrifflich von einem „Makler“ sprechen kann - im Rahmen von bestehenden Verträgen theoretisch vornehmen darf, ohne dadurch die Erlaubnispflicht auszulösen. Da jedoch auch und gerade bei der Bestandspflege fortlaufende Beratung erforderlich ist und zudem praktisch sämtliche Tätigkeiten zumindest potentiell im Zusammenhang mit Vertragsänderungen oder Neuabschlüssen stehen, bleibt die Vorstellung

eines „Maklers“ als „Nur-Betreuer“ letztlich rein theoretischer Natur. Faktisch fällt auch die laufende Bestandspflege nahezu ausschließlich unter den gewerberechtigten Vermittlungsbegriff, jedenfalls dann, wenn sie in einer Art und Weise erfolgt, wie sie den Sachwalter-Pflichten des Versicherungsmaklers entspricht.

Wer also seine Bestände weiterhin betreut, ohne über eine Gewerbeerlaubnis zu verfügen, dem droht von zwei Seiten rechtlicher Ungemach. Entweder, er betreut die Kunden mit ihren laufenden Verträgen so, wie es den Pflichten eines Versicherungsmaklers entspricht. Dann vermittelt er in Wahrheit i.S.d. Gesetzes und begeht somit eine Ordnungswidrigkeit, im schlimmsten Falle eine Straftat. Beschränkt sich der Makler bei der Bestandspflege auf solche Tätigkeiten, die mit Blick auf den gesetzlichen Vermittlungsbegriff unverfänglich sind (sofern er solche denn findet), so verletzt er seine Beratungspflichten gegenüber dem Kunden und haftet diesem gegenüber im Schadensfall.

Somit gilt: Wer am Markt ernsthaft als Versicherungsmakler tätig sein will, benötigt eine Gewerbeerlaubnis, ob er nun Neuabschlüsse vermittelt oder „bloß“ Bestandspflege betreibt. Sinnvoll und allein richtig ist es daher, den Gang zur zuständigen IHK zu wagen, um dann rechtssicher sowohl Neuvermittlung als auch Bestandspflege vornehmen zu können.

Geht er diesen Weg nicht, so hat er nach unserem Dafürhalten keinen Anspruch auf eine Betreuungsvergütung. Der „Nur-Betreuer“ hätte eine Leistung zu erbringen, die er ohne eigene Gewerbeerlaubnis nicht erbringen darf. Außerdem ist er faktisch nicht in der Lage, eine Betreuung vorzuhalten, woraus nicht zumindest eine Haftungsverantwortlichkeit abzuleiten ist. Ein Anspruch auf Betreuungscourtage kann damit nicht mehr bestehen. Anders vermag es sich nur zu verhalten, wenn von einer „echten“ Abschlussfolgecourtage oder Dynamikcourtage die Rede wäre.