

Die Betreuungspflichten eines Versicherungsmaklers und deren vertraglicher Gestaltungsspielraum

von RA Stephan Michaelis LL.M., Fachanwalt für Versicherungsrecht

Kanzlei Michaelis
Mittelweg 14
20148 Hamburg
Tel: (040) 888 88-777
Fax: (040) 888 88-737
www.Kanzlei-Michaelis.de

Der geschätzte Prof. Dr. Manfred **Werber** vertritt und begründete eine zwar viele interessante Ansätze bietende Rechtsauffassung^[1], die aber nicht unkommentiert bleiben kann. Bei der von dem Autor dargelegten Rechtsansicht lohnt sich abseits formaljuristisch-dogmatischer Fragen eine differenzierte Auseinandersetzung deshalb, weil da auch die wirtschaftliche Tragweite einer rechtlichen Betrachtung nicht unerheblich ist.

A) Einführung: Die gesetzlichen Regelungen

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechtes am 22.05.2007 hatte sich der Gesetzgeber nach langer Vorbereitungszeit für eine grundlegende Modifizierung des Versicherungsvermittlerrechtes entschieden. Mit Umsetzung der EU-Vermittlerrichtlinie sollte u. a. die Verbesserungen des Verbraucherschutzes und eine deutlichere Herausarbeitung des Status des Vermittlers erreicht werden. Nicht zuletzt deshalb, weil sich aus den unterschiedlichen Ausprägungen des jeweiligen Vermittlertypus (vgl. § 59 VVG) eine jeweils andere haftungsrechtliche Konsequenz ableitet (vgl. §§ 60, 63 VVG). Dementsprechend kam es dem Gesetzgeber auf ein hohes Maß an Transparenz an, damit der aufgeklärte und mündige Bürger als Ergebnis eigenverantwortliche Entscheidungen treffen kann.

Es ist in der Tat erstaunlich, dass der Gesetzgeber nur die Pflichten *vor* Abschluss eines Versicherungsvertrages explizit gesetzlich geregelt hat. Da nach § 67 VVG auch nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abweichende Vereinbarungen getroffen werden dürfen, ist dem Gesetzgeber die Einhaltung der neuen gesetzlichen Verpflichtungen von besonderer Wichtigkeit. Um so mehr verwundert es, dass den Vermittler *nach* Abschluss eines Versicherungsvertrages keine weiteren gesetzlichen Verpflichtungen treffen sollen.

Entweder hat es der Gesetzgeber vollkommen übersehen, dass ein Vermittler auch nach der einmaligen Vermittlung eines Versicherungsvertragsverhältnisses weitere Pflichten zu erfüllen hat, oder der Gesetzgeber sah hierfür kein gesetzliches Regelungsbedürfnis. Hiergegen spricht bereits, dass sich der Gesetzgeber sehr konkret mit den Vermittlungstypen auseinandergesetzt hat und sich umfassend über das Berufsbild der Versicherungsvermittler informierte. Dementsprechend erachtete der Gesetzgeber die Pflichten von Dritten, welche bei der Vermittlung eines Versicherungsvertrages involviert waren, nach dessen Abschluss als gesetzlich regelungsbedürftig an. Damit brachte der Gesetzgeber gleichermaßen zum Ausdruck, dass hierauf § 67 VVG keine Anwendung findet und es sich um das (normale) dispositive Gesetzesrecht handelt. Für den Vertragspartner – den Versicherer – hingegen, ist

die Betreuungspflicht während der Dauer des Versicherungsverhältnisses gesetzlich in § 6 Abs. 4 VVG ausdrücklich geregelt.

Werber vertritt die Rechtsauffassung, dass die Pflicht zur laufenden Betreuung des Versicherungsnehmers im vorformulierten Maklervertrag als dispositives Gesetzesrecht nicht ausgeschlossen werden „könne“ und auch eine Beschränkung dieser Betreuungspflicht auf eine nur nachzusuchende Beratung während der Laufzeit eines Versicherungsvertrages durch den Kunden nicht möglich erscheine^[2].

B) Vertragsfreiheit oder nicht?

Eine Rechtsdiskussion wurde entfacht, weil die Versicherungsmaklerschaft eine vertragliche Vereinbarung mit ihrem Kunden über den Inhalt der Vertragsbetreuung treffen wollte, die unter tatsächlichen Gesichtspunkten als ein „leistbares“ Vertragsversprechen im Maklervertrag für den Umfang der Betreuungstätigkeiten vereinbart werden soll.

Im Ergebnis verwehrt sich *Werber* dagegen, dass der Kunde im Rahmen der Betreuung eine konkrete Beratung auf seine Anfrage hin nachzusuchen hat. Offensichtlich soll der Umfang der zu erbringenden Betreuungsleistung eines Vermittlers sich darauf erstrecken, dass der (zum Beispiel) Versicherungsmakler seine Betreuung und Beratung jederzeit dem Kunden (pro-) aktiv anzubieten und stets vorausschauend zu beraten habe. Je nach erforderlicher Beratungsintensität sei der Versicherungsmakler verpflichtet, seinen Kunden von sich aus zu kontaktieren und dies zumindest einmal jährlich. Mithin wäre es mit dem Berufsbild des Versicherungsmaklers nicht vereinbar, würde von dem Kunden verlangen werden, dass er eine individuelle Beratung erst auf seine Anfrage gegenüber dem Versicherungsmakler abzufordern hätte.

Es ist offensichtlich, dass die haftungsrechtlichen Konsequenzen dieser unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen führen würden. Daher stellt sich auch zur Herausarbeitung der wirtschaftlichen Dimension des Interessenkonfliktes die Rechtsfrage, welche rechtsgeschäftlichen Gestaltungsoptionen, insbesondere für den Versicherungsmakler, mit seinem Kunden als VN bestehen könnten.

Daher ist es zunächst zwingend erforderlich, sich mit dem Inhalt der sehr unterschiedlichen Betreuungspflichten dezidiert auseinanderzusetzen, um nach dem Sphärengedanken sachgerechte Verantwortungsbereiche festzulegen und Rechtssicherheit zu schaffen.

C) „Dritte“ bei und nach Abschluss eines Versicherungsvertrages (z.B. Makler)

Zunächst ist festzuhalten, dass es der Wille des Gesetzgebers war, die Pflichten vor dem Abschluss eines Versicherungsvertrages und die auch daraus folgende Haftung von Dritten (Vermittlern) einheitlich zu regeln. Denn ein sachlicher Grund – außer zur Beratungsgrundlage gemäß § 60 VVG - für eine Differenzierung nach Beratertypus besteht ansonsten nicht.

So konnte in der Vergangenheit die Haftungsverantwortung eines Versicherungsvertreters auf den (solventen) Versicherer übergeleitet werden, so dass der Versicherungsnehmer zumeist nicht schutzlos war. Mithin musste der Versicherer für Pflichtverletzungen seines Versicherungsvertreters einstehen. Die persönliche Haftung des Versicherungsvertreters war hingegen nur in engen Grenzen möglich und spielte daher keine wesentliche Rolle.

Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb hinsichtlich der Beratungspflichten zwischen einem Versicherungsvertreter und einem anderen Dritten, beispielsweise dem Versicherungsmakler, zu differenzieren wäre. Für den Kunden war es in der Vergangenheit kaum möglich, den rechtlichen Unterschied festzustellen, geschweige denn kannte der durchschnittliche Kunde die unterschiedlichen haftungsrechtlichen Auswirkungen. Die Gleichstellung in der Haftungsverantwortung eines qualifizierten Beraters ist aus Kundensicht und den systematischen Erwägungen äußerst begrüßenswert.

Nach der alten Rechtslage oblagen weder dem Versicherungsvertreter noch dem Versicherer Beratungs- und Betreuungspflichten während des Vertragsverhältnisses, mithin nach Abschluss des Versicherungsvertrages. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung ging davon aus, dass weder der Agent noch der Versicherer „von sich aus“ an den Kunden zum Zwecke der Betreuung und Beratung heranzutreten hatten.

Anders wurde die Verantwortlichkeit des Versicherungsmaklers evaluiert. Aufgrund seines Versicherungsmaklervertrages und seines Berufsbildes wurde geschlussfolgert, dass er eine laufende Betreuung des vermittelten Versicherungsvertrages schulde. Hieraus ergab sich unter Hinzuziehung des Sachwalterurteils^[3] seine weitreichende Haftungsverantwortung für den Fall nicht vorhandenen Versicherungsschutzes.

Mittlerweile entsteht jedoch die Problematik, dass Versicherungsmakler als Dritte der Vermittlungsleistung in eine „Garantenstellung“ für den im Schadenfall nicht zahlender Versicherer einzutreten haben. Dies ist mit der Argumentation zu rechtfertigen, dass doch der Versicherungsmakler als treuhänderähnlicher Sachwalter des Kunden stets dafür zu sorgen habe, dass der Kunde gegen seine versicherbaren wirtschaftlichen Risiken vollumfänglich abgesichert ist. Jede Leistungsstörung hinsichtlich des versicherbaren Versicherungsschutzes wirkt sich sodann automatisch als Beratungs- und Betreuungspflichtverletzung zum Nachteil des Versicherungsmaklers aus. Dieser Ausuferung der Haftungsverantwortung kann nur dadurch entgegengewirkt werden, indem die gesetzlich nicht geregelten, aber vertraglich übernommenen Beratungs- und Betreuungspflichten in der Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden als Versicherungsnehmer und dem Versicherungsmakler ausdrücklich und transparent vereinbart werden. Dass freiwillige vertragliche Vereinbarungen rechtsunwirksam sein sollen, ist im Lichte der Privatautonomie nicht nachvollziehbar^[4].

Nach der Neuregelungen des Versicherungsvermittlerrechtes ist nunmehr aber nicht nur zwischen der Rechtsstellung zwischen dem Versicherungsvertreter und dem Versicherungsmakler zu differenzieren. In die neue Betrachtungen ist auch die Rolle des Versicherungsberaters einzubeziehen. Der Versicherungsberater unterliegt den gleichen gesetzlichen Pflichten bei der Beratung vor Abschluss eines Versicherungsvertrages. Ob dem Versicherungsberater dann auch noch automatisch eine Betreuungspflicht während der Laufzeit des Versicherungsvertrages zukommen muss, kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Schließlich kommt es auf die konkreten Inhalte der Vereinbarung zwischen dem Versicherungsberater und seinem Kunden an. Teilweise wünscht der Kunde nur eine einmalige Beratungsleistung bei (oder vor) Abschluss eines Versicherungsvertrages. Dann wäre es vollkommen unbillig, würde man entgegen der ausdrücklichen individuellen Vereinbarungen dem Versicherungsberater eine nachvertragliche Beratungsverpflichtung auferlegen. Eine Differenzierung zwischen dem Versicherungsberater und dem Versicherungsmakler (oder auch Vertreter) erscheint wenig sinnvoll und auch nicht erforderlich. Daher obliegt dem Versicherungsberater nur dann auch nach Abschluss des Versicherungsvertrages eine Beratungsverpflichtung, wenn er diese mit dem Kunden als Versicherungsnehmer vertraglich vereinbart hat. Mithin sind vorrangig zunächst nach den

Grundsätzen der Privatautonomie die zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu überprüfen. Nichts anderes kann gelten, wenn die Vertragsvereinbarungen und Pflichten zwischen einem Kunden und seinem Versicherungsmakler zu überprüfen sind. Eine „automatische Verantwortlichkeit“ – auch wenn keine Vereinbarungen getroffen wurden – kann sich weder gegenüber dem Versicherungsberater noch gegenüber dem Versicherungsmakler ableiten lassen. Selbes gilt selbstverständlich auch für den Versicherungsvertreter. Dieser kann vertragliche Betreuungsvereinbarungen mit dem Kunden treffen, ist hierzu aber gesetzlich nicht – wie die andere Vermittler auch – verpflichtet.

Als Ergebnis gibt es keinen sachlichen oder gesetzlichen Differenzierungsgrund zwischen der Haftungsverantwortlichkeit eines Versicherungsberaters und eines Versicherungsmaklers während der Vertragsbetreuung. Eine Haftung ergibt sich nur aus vertraglichen Vereinbarungen. Der Gesetzgeber hat mit dem Inkrafttreten des neuen Versicherungsvermittlerrechtes vielmehr die Gleichstellung der Verantwortlichkeiten im Vertrieb ausdrücklich und bewusst geregelt. Diese ausdrücklich normierten gesetzlichen Verantwortlichkeiten sollen sich bewusst nur auf den Zeitpunkt vor Abschluss eines Versicherungsvertrages beziehen. Nach Abschluss eines Versicherungsvertrages steht es den Dritten, mithin sowohl dem Versicherungsmakler und dem Versicherungsberater, frei, im Sinne der dispositiven gesetzlichen Regelungen weiterführende und individuelle Beratungs- und Betreuungsvereinbarungen zu vereinbaren. Dabei steht wohl den Dritten ein jeweiliges Differenzierungsrecht zu, mit welcher konkreten inhaltlichen Ausgestaltung sie sodann Beratungs- und Betreuungsleistungen erbringen.

Soweit der Gesetzgeber den Versicherer gemäß § 6 Abs. 4 VVG in die Pflicht nimmt, wenn für diesen „ein Anlass für eine Nachfrage und Beratung des Versicherungsnehmers erkennbar ist“, so ist auch diese Regelung sachgemäß. Denn der Versicherer ist nicht, wie beispielsweise der Versicherungsmakler, Dritter eines Versicherungsvertrages. Dem Versicherer obliegt diese Verpflichtung vielmehr als allgemeine Treuepflicht aus dem Versicherungsvertrag selbst. Der Versicherer, als überlegender Vertragspartner, muss daher bei einem Anlass für eine Nachfrage oder Beratung tätig werden. Dies ist gefestigte allgemeine und richtige Rechtsauffassung. Diese aus dem Versicherungsvertrag folgenden Pflichten müssen aber nicht auch für die am Vertragsschluss beteiligten Dritten gleichermaßen geregelt werden.

Gleichwohl ist berechtigterweise zu problematisieren, ob sich nicht bei einer anlassbezogenen Kenntnis eine Nachfrage und Beratungsverpflichtung des Dritten ergeben könnte. Bei einem Versicherungsmakler drängt sich dies auf. Ist der Versicherer als Vertragspartner des Versicherungsnehmers zur Beratung verpflichtet, so muss der Versicherungsmakler als treuhänderähnlicher Sachwalter des Versicherungsnehmer erst recht zur Beratung während der Laufzeit des Versicherungsvertrages verpflichtet sein. Besteht ein Anlass, dass er Kenntnis von gewissen versicherungsrelevanten Umständen erhält, so hat er eine entsprechende Nachfrage-, Aufklärungs-, Hinweis- und Beratungsverpflichtung aufgrund seiner allgemeinen Verwaltungstätigkeit für seinen Kunden zu erbringen. Verlangt werden darf wohl ein für den Versicherungsmakler erkennbarer Anlass^[5].

Besteht aber für den Versicherungsmakler kein Anlass für eine Beratungsleistung, so scheint es schwierig, den Versicherungsmakler grundsätzlich dafür als verpflichtet zu erachten, eine solche Beratungsleistung erbringen zu müssen und insbesondere haftungsrechtlich dafür einzustehen. Eine pauschalierte Betrachtung der Betreuungsverpflichtung eines Versicherungsmaklers wird daher der Zurechnung einer Verantwortlichkeit nicht generell gerecht.

D) Differenzierte Betrachtung der Betreuungspflichten des Versicherungsmaklers

Es ist sinnvoll, von einem weiten Vermittlungsbegriff auszugehen und eine richtlinienkonforme Auslegung des Vermittlungsbegriffes zu fordern. Es ist ebenfalls richtig, dem Berufsbild des Versicherungsmaklers eine generelle Betreuungstätigkeit gegenüber dem Kunden abzuverlangen. Dies begründet sich schon zurecht darin, dass der Versicherungsmakler für seine Betreuungstätigkeiten ein Entgelt bezieht^[6].

Besonderes begrüßenswert ist daher auch die Rechtsauffassung des BGH^[7], dass der Versicherungsmakler mit einer Klausel in einem Maklervertrag nicht die Beratungspflichten vollständig ausschließen kann^[8]. Im Falle anderslautender und differenzierter Vertragsregelungen wird sich der BGH mit einer Beurteilung der Rechtswirksamkeit dezidiert auseinandersetzen müssen.

Interessant ist daher insbesondere die Rechtsfrage, ob formularvertragliche Vereinbarungen (AGB's) über den Inhalt einer geschuldeten (Betreuungs-) Tätigkeit rechtswirksam vereinbart werden dürfen. *Werber* hält es für ratsam, nach dem Berufsbild des Versicherungsmaklers zu differenzieren. Einigkeit besteht insoweit, als dass nach dem Berufsbild eines Versicherungsmaklers grundsätzlich eine Betreuungspflicht geschuldet wird. Würden keine ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen getroffen werden, so wären die gesetzlich anzunehmenden Betreuungspflichten durch den angerufenen Richter im Einzelfall auszulegen. Im Rahmen der bis heute erfolgten Betrachtung des Berufsbildes des Versicherungsmaklers dürfte daher davon auszugehen sein, dass er eine laufende Betreuungs- und Beratungstätigkeit zu erbringen hat.

Sodann stellt sich die Frage, ob der Versicherungsmakler die von ihm zu erbringenden (Betreuungs-) Leistungen konkret beschreiben darf. Schließlich fördert dies die Transparenz und Verantwortlichkeiten zwischen den Parteien.

Bevor eine Inhaltskontrolle von Vertragsregelungen vorgenommen wird, ist der Schutzzweck des Vertrages für eine Inhaltskontrolle zu ermitteln. Denn der Gesetzgeber wollte einen Beitrag zur **Vertragsgerechtigkeit** leisten. Außerdem wollte der Gesetzgeber auch das **Transparenzgebot** stärken. Hiermit einhergehend sollte durch das Transparenzgebot eine **wettbewerbsfördernde Funktion** auch im Sinne einer mittelbaren Stärkung des Konditionenwettbewerbs erfolgen^[9]. Die streitgegenständlichen Vereinbarungen mit dem Kunden erfüllen jedoch genau diesen Schutzzweck. Der Versicherungsmakler vereinbart mit dem Kunden ausdrücklich nur das, was er im Rahmen seiner Berufstätigkeit überhaupt leisten kann oder will. Diese Leistungsmöglichkeit besteht darin, dass der Kunde „auf Anfragen hin“ durch den Versicherungsmakler seinen individuellen Wünschen und Bedürfnissen entsprechend beraten wird. Die klare vertragliche Leistungsbeschreibung erhöht daher die Vertragsgerechtigkeit mittels der eindeutigen Vereinbarung. Natürlich bleibt es dem Versicherungsmakler auch unbenommen, abweichende Regelungen mit seinem Kundenkreis zu vereinbaren. So muss es dem Versicherungsmakler auch möglich sein, dass er mit seinem Kunden verbindlich die Durchführung eines Jahresgespräches vereinbart oder kürzere Beratungsintervalle vertraglich – auch mittels seiner AGB - regelt. Der Versicherungsmakler muss im Rahmen eines freien Wettbewerbes ein Differenzierungskriterium der von ihm zu erbringenden Leistungsmöglichkeiten haben. Hierdurch kann er sich gegenüber Mitbewerbern wettbewerbsfördernd hervorheben. Es ist kein denklögischer Grund ersichtlich, dass alle Versicherungsmakler die gleichen Betreuungsleistungen gegenüber dem Kunden zu erbringen haben und nicht vertraglich differenzieren dürfen.

Sofern der Makler als Leistungsbeschreibung nunmehr vereinbaren möchte, dass er seine Betreuungs- und Beratungsleistungen dann erbringt, wenn er von seinem Kunden angefragt wird, so ist hierin ebenfalls noch keine unangemessene Benachteiligung des Kunden zu sehen. Handelt es sich bei einer solchen vertraglichen Vereinbarungen nicht viel mehr um das typische „Leitbild“, welches ein Kunde von seinem Versicherungsmakler erwartet?

Der Kunde hat typischerweise nicht das Bedürfnis, dass der Versicherungsmakler permanent eine Beratungsleistung dem Kunden aufzudrängt. Es entspricht vielmehr der Üblichkeit und damit dem Leitbild, dass im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses eine potentielle Leistung bereit gehalten wird, die von der anderen Vertragspartei, dem Kunden, abgerufen werden kann. Erst wenn diese Beratungsleistung eingefordert wird, ist der Versicherungsmakler zu einer entsprechenden Beratung verpflichtet. Dies ist aus meiner Sicht und aus der Sicht des durchschnittlichen Kunden vielmehr das typische Berufsbild eines Versicherungsmaklers, sowie die Annahme seiner grundsätzlich geschuldeten Tätigkeit als „Beratungs-Dienstleistung“.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main führt mit seinem Urteil vom 05.07.2006 (Aktenzeichen 7 U 68/05)[\[10\]](#) in seiner nicht rechtskräftigen Entscheidung ein anderes Berufsbild des Versicherungsmaklers aus. Das OLG vertritt in seiner Entscheidung sogar die Auffassung, dass mit der Vermittlung eines Versicherungsvertrages nicht automatisch ein Dauerschuldverhältnis mit permanenter Beratungs- und Betreuungspflicht begründet werde. Diese Rechtsbetrachtung knüpft an einen Sachverhalt an, in dem kein schriftlicher Versicherungsmaklervertrag mit dem Kunden vereinbart wurde. Bei dem „Berufsbild“ des Versicherungsmaklers aufgrund der gesetzlichen Grundlagen sei daher nicht zwingend von einem haftungsbegründenden Dauerschuldverhältnis auszugehen[\[11\]](#). Nur wenn weitere Umstände hinzuträten, wie die Zahlung einer Betreuungsprovision an den Makler, begründe sich das gesetzliche Dauerschuldverhältnis.

Nach der Norm des § 652 BGB entspräche es jedenfalls nach Auffassung des Oberlandesgerichtes Frankfurt am Main nicht dem Berufsbild des Versicherungsmaklers, dass dieser aufgrund der (dispositiven) gesetzlichen Bestimmungen eine Beratungs- und Betreuungspflicht nach Abschluss des Versicherungsvertrages immer und zwingend zu erbringen hat. Wenn eine solche gesetzliche permanente Beratungs- und Betreuungspflicht schon grundsätzlich nicht besteht, so müsse es im Versicherungsmaklervertrag rechtlich zulässig sein, diese zugunsten des Kunden zu vereinbaren, auch mit der Einschränkung, dass der Kunde sodann die Beratungs- und Betreuungsverpflichtung beim Versicherungsmakler im Einzelfall abzufordern hat.

Würde eine Klausel in einem formularmäßigen Versicherungsmaklervertrag (AGB) es nicht gestatten, dass die zu erbringenden Beratungsleistungen durch den Kunden abgefordert werden müssen, so würde dies dazu führen, dass der Versicherungsmakler eine ihm sogar unbekannte Beratungsleistung dem Kunden aufzuzwängen hätte. Auch unter dem Gesichtspunkt der Risikosphären ist eine solche juristische Wertung nicht angebracht. Praxisbeispiele können dies verdeutlichen:

Schafft sich der Kunde beispielsweise im Rahmen einer Sachversicherung neue Gegenstände an, so ist der Kunde im Schadenfall möglicherweise unterversichert. Von den Neuanschaffungen kann der Versicherungsmakler in der Regel keine Kenntnis haben. Diese Kenntnis liegt ausschließlich in der Sphäre des Kunden. Wäre die Betreuungsverpflichtung des Maklers dahingehend anzunehmen, dass dieser permanent und von sich aus als treuhänderähnlicher Sachwalter dafür Sorge zu tragen habe, dass hinreichender

Versicherungsschutz bestehe, so obläge dem Versicherungsmakler auch die Haftungsverantwortlichkeit für eine während der Vertragslaufzeit eingetretenen Unterversicherung. Der Versicherungsmakler müsste seinen Kunden (denklogisch permanent) dahingehend beraten, etwaige Veränderungen auf der „Sachverhaltsebene“ beim Kunden versicherungsrechtlich abzusichern. Dies ist weder möglich noch sachgerecht. Eine generelle Kenntnis dürfte auch ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer haben, so dass es vielleicht sogar an einem besonderen Beratungsbedürfnis schon fehlen könnte.

Das deutsche Recht kennt keine als unaufgeforderte (auch „spontane“) Beratungspflicht zu bezeichnende Tätigkeit. Eine geforderte Verpflichtung, der Versicherungsmakler habe stets bei seinem Kunden unaufgefordert nachzufragen, widerspricht daher den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechtes. Daher erscheint es sachgemäß, wenn der Versicherungsmakler mit seinem Kunden transparent eine Vereinbarung trifft, dass derartige Beratungspflichten erst auf konkrete Anforderung des Kunden geschuldet werden^[12].

Selbst wenn daher keine formularvertragliche Vereinbarung (AGB) mit dem Kunden getroffen wäre, dürfte nach dem Berufsbild des Versicherungsmaklers davon ausgegangen werden, dass der Kunde eine Beratung nach Abschluss des Versicherungsvertrages einzufordern hat. Erst, wenn der Versicherungsmakler eine Beratungsbedürftigkeit erkennt oder erkennen kann, kann daraus resultierend auch seine Haftungsverantwortlichkeit und Beratungspflicht einsetzen. Daher stellt sich die Frage – analog zur Verantwortlichkeit des Versicherers – wann eine anlassbezogene Beratungsverpflichtung im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses im Einzelfall entsteht.

Weder generell, noch bei Abschluss einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung, dürften seitens des Kunden die berechtigten Erwartungen bestehen, dass dem Versicherungsmakler eine Betreuungs- und Beratungsleistung abverlangt wird, welche schon streng genommen der (anfänglichen) objektiven Unmöglichkeit unterliegt. Im Sinne des Verbraucherschutzes und der Transparenz der Vereinbarungen ist daher eine konkrete Leistungsbeschreibung des Inhaltes zulässig, dass eine Beratungsleistung erst auf konkrete Anforderung des Kunden durch den Versicherungsmakler zu erfüllen ist. Eine unzulässige Abweichung von gesetzlichen Regelungen liegt gerade nicht vor.

E) Konkretisierung der Beratungsleistung nach Vertragschluss, Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB; Vertragszweck

Zunächst stellt sich hier zu Recht die Frage, ob alle Betreuungspflichten des Versicherungsmaklers nicht abdingbare Kardinalpflichten sind. Überwiegend ist dem zuzustimmen. Allerdings müssen nicht alle Betreuungspflichten auch Kardinalpflichten sein. Aus einem Dauerschuldverhältnis entstehen üblicherweise neben den unabdingbaren Kardinalpflichten auch weitere Nebenpflichten. Derartige Nebenpflichten können nicht nur individualvertraglich, sondern auch mittels formularvertraglichen Versicherungsmaklerverträgen (AGB) ausgeschlossen werden. Hier kommt es ebenfalls darauf an, welche konkrete Rechtsstellung und welchen Pflichtenkreis dem Versicherungsmakler auferlegt werden würde.

In der Literatur wird beispielsweise erörtert, ob dem Versicherungsmakler eine Selbstbeziehungspflicht^[13] analog der Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Steuerberater obliegt. Für eine solche Rechtsauffassung bestehen viele berechtigte Aspekte. Gleichwohl handelt es sich wohl vielmehr „nur“ um eine Nebenpflicht, welche aufgrund

ausdrücklicher Vereinbarungen möglicherweise gegenüber dem Kunden abgedungen werden kann.

Des Weiteren wird auch die Auffassung vertreten, dass der Versicherungsmakler während der Vertragsbetreuung in einem Treueverhältnis gegenüber den Versicherern stehe. In unterschiedlicher Intensität werden hier Informationspflichten gegenüber dem Versicherer vertreten. Auch hier stellt sich die Frage, ob der Versicherungsmakler in Ansehung seiner Stellung als treuhänderähnlicher Sachwalter des Kunden nicht vielmehr ausschließlich in seinem Lager steht. Schließlich hat der Versicherungsmakler vollumfänglich die Interessen seines Kunden wahrzunehmen. Insoweit entsteht ein Widerspruch zum Sachwalterurteil, würde er der Nebenpflicht unterliegen, dem Versicherer alle und auch negative Informationen über seinen Kunden mitzuteilen. Hier scheint es sachdienlich, dass der Versicherungsmakler berechtigt ist, aufgrund eines konkreten Vertragsverhältnisses derartige „hypothetische“ Informationspflichten gegenüber anderen ausdrücklich mit seinem Kunden im Rahmen der Nebenpflichten zu regeln und gegebenenfalls abzubedingen.

Es könnten sicherlich noch diverse Nebenpflichten festgestellt werden, die im Rahmen der Vertragsbetreuung Relevanz erlangen, die jedoch nicht als Kardinalpflichten einzustufen sind. Daher ist es zunächst erforderlich, hinsichtlich der jeweils abzuverlangenden Betreuungspflicht eines Versicherungsmaklers im Rahmen einer Inhaltskontrolle zu differenzieren. Dabei darf natürlich die umfassende Interessenwahrnehmungspflicht des Maklers gerade nicht ausgehöhlt werden. Denn zurecht wird darauf hingewiesen, dass der Makler die Wissens- und Erfahrungsdefizite (über den Inhalt von Versicherungsschutz) gegenüber seinem Kunden auszugleichen hat. Andererseits bestehen beratungsbedürftige Risiken auch gerade in der Sphäre des Kunden. Hier gilt es die Wissens- und Erfahrungsdefizite des Versicherungsmaklers auszugleichen. Nur, wenn dies zuvor gewährleistet ist, rechtfertigt sich auch eine Beratungs- und mithin Haftungsverantwortlichkeit des Versicherungsmaklers.

Es bestehen folgende Problemlagen:

- Veränderungen des Lebenssachverhaltes beim Kunden verlangen eventuell eine Veränderung des Versicherungsschutzes
- Veränderungen der für den Kunden maßgeblichen Rechtslage bedingen eine Modifizierung seines Versicherungsschutzes
- Verschaffung eines möglichen Versicherungsschutzes bei zunächst unvorhersehbaren Ereignissen
- Marktveränderungen, die aufgrund neuerer Versicherungsbedingungen zu einer Verbesserung des Versicherungsschutzes für den Kunden führen können.

Es ist rechtlich nicht eindeutig, ob hinsichtlich dieser vorgenannten allgemeinen Änderungen überhaupt Betreuungs- und Beratungspflichten zu Lasten des Versicherungsmaklers entstehen können. Diese Aspekte werden aber in der Literatur diskutiert und wurden bereits teilweise durch gerichtliche Entscheidungen bestätigt. Vor diesem Hintergrund besteht eine große Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Betreuungspflichten des Versicherungsmaklers.

Wären also überhaupt solche weitreichenden Betreuungspflichten anzunehmen, so stellt sich sodann die zweite Frage, inwieweit diese vertraglich abbedingbar wären. Dabei ist es nicht

gewünscht, dass etwaige Beratungspflichten hierzu vollständig abgedungen werden sollen. Gleichwohl treten derartige Risikoänderungen in einem Kundenbestand des Versicherungsmaklers quasi „jede Sekunde“ ein, so dass permanent (bei der Annahme dieser weitreichenden Betreuungspflichten) eine Haftungsverantwortlichkeit für etwaige Vermögensnachteile des Kunden zu schlussfolgern wäre. Damit wird der Versicherungsmakler zum Garant eines „optimalen Versicherungsschutzes“. Derartiges kann weder der Maklerschaft noch den nunmehr bestehenden Pflichtversicherern abverlangt werden. Bei Annahme dieser Rechtauffassung wäre eine erhebliche Abweichung von einer Verschuldenshaftung des Versicherungsmaklers festzustellen. Entsprechend des gesetzlichen Leitbildes des § 280 BGB wird zwar stets das Verschulden vermutet, jedoch dem Grunde nach überprüft und dem Makler gerade nicht die Möglichkeit des Entschuldigungsbeweises abgeschnitten. Es bleibt bei dem Grundsatz „Ohne Verschulden keine Haftung“.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Leistungsbeschreibung der Inhaltskontrolle entzogen ist, stellt sich dennoch die Rechtsfrage, ob bei einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle eine Unwirksamkeit überhaupt feststellbar wäre. Die AGB-rechtliche Wirksamkeitskontrolle am Maßstab der **unangemessen Benachteiligung** erfolgt in einem zweistufigen Prüfungsverfahren.

In einem ersten Schritt gilt es festzustellen, ob eine „Benachteiligung“ des Vertragspartners vorliegt. Das ist der Fall, wenn er durch die fragliche Klausel im Vergleich zur Rechtslage ohne die betreffende Bestimmung schlechter gestellt wird^[14]. Es gibt keinen normativen Grund, der den Versicherungsmakler verpflichtet, während der Vertragslaufzeit eine Beratungsleistung zu erbringen. Erachtet man diese Pflicht als „wesensimmanent“ in einem Maklervertrag, so könnte möglicherweise begründet werden, wie mit dem Fehlen einer normativen Rechtsgrundlage umzugehen ist.

Sodann stellt sich aber die ausschließende Rechtsfrage, ob es überhaupt einen Rechtsgrundsatz gibt, dass der Versicherungsmakler „von sich aus“ und ohne, dass er vom Kunden hierzu aufgefordert wird, eine Beratungsleistung zu erbringen hat. Ein solcher Rechtsgrundsatz der „aufzudrängenden Beratung“ ist dem gesamten deutschen Rechtssystem fremd. In keinem anderen Berufsbild besteht eine Verpflichtung, dass jemand ohne einen besonderen Anlass eigenverantwortlich verpflichtet wäre, eine Beratungsleistung zu erbringen und gegebenenfalls im Folgenden auch für das Nichterbringen einer solchen Beratungsleistung haftungsverantwortlich wäre. Damit ist festzustellen, dass schon im ersten Schritt einer Wirksamkeitskontrolle eine nachteilige Rechtslagendivergenz nicht festzustellen ist.

Weiter bleibt zu beleuchten, ob in einem Versicherungsmaklervertrag vereinbart werden kann, dass der Kunde die Beratungsverpflichtung gegenüber seinem Versicherungsmakler abzufordern hat. Der BGH hat sich in seiner Entscheidung (zu dem Aktenzeichen III ZR 269/06, verkündet am 14.06.2007) mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt, ob der Versicherungsmakler eine Betreuungs- und Beratungsverpflichtung hinsichtlich des Inhaltes des Versicherungsmaklervertrages hat. Der BGH hält grundsätzlich an seinen Rechtsausführungen der Sachwalterentscheidung fest. Gleichzeitig stellt der BGH klar, dass diese weit gespannten Betreuungs- und Beratungsverpflichtungen allerdings nur die dem Makler übertragene vertragliche Leistung, d.h. das von ihm zu vermittelnde Versicherungsvertragsverhältnis, betrifft.

In Bezug auf den Abschluss des vorgelagerten Maklervertrages stehen sich hingegen der Versicherungsmakler und sein Kunde wie bei anderen Verträgen mit entgegengesetzten

Interessen selbstständig gegenüber. In solchen Fällen besteht keine regelmäßige Pflicht einer Partei, **von sich aus** – ungefragt – den anderen vor oder bei Vertragsschluss über die damit verbundenen Risiken zu unterrichten^[15]. Jedermann darf grundsätzlich davon ausgehen, dass sich ein künftiger Vertragspartner selbst über die Umstände, die für dessen Vertragsentscheidung maßgeblich sind, sowie über Art und Umfang seiner Vertragspflichten im eigenen Interesse Klarheit verschafft hat.

Es ist im Allgemeinen nicht Aufgabe des Vertragsgegners (dem Versicherungsmakler) gegenüber dem anderen Teil, die Nachteile und Gefahren zu verdeutlichen, die mit den Pflichten aus dem beabsichtigten Vertrag verbunden sind und diese gegen die Vorteile abzuwägen^[16]. Mit diesen Ausführungen stärkt der Bundesgerichtshof die Privatautonomie und die Eigenverantwortlichkeit bei der Eingehung von Vertragsverhältnissen, insbesondere bei Versicherungsmaklerverträgen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich im entscheidenden Fall um einen Verbraucher handelte. Für die gewerblichen Kunden gelten diese Ausführungen daher erst recht. Mit der Entscheidung dürfte ebenfalls klargestellt sein, dass dem Versicherungsmakler auch hinsichtlich anderer vertraglicher Inhalte oder Leistungsbeschreibungen der vorliegend diskutierten Art keine gesteigerte Aufklärungs- und Beratungsverpflichtung gegenüber dem Kunden trifft. Außerdem bestätigt der Bundesgerichtshof, dass es keine regelmäßige Pflicht einer Partei gibt, von sich aus – ungefragt – an den anderen Vertragspartner heranzutreten und über die vertraglichen Risiken zu unterrichten. Damit wurde insoweit für Klarheit gesorgt, dass es keine gesteigerte Beratungspflicht bei Abschluss des Versicherungsmaklervertrages hinsichtlich seiner inhaltlichen Ausgestaltung gibt.

Nur ausnahmsweise kann eine Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestehen, wenn wegen besonderer Umstände des Einzelfalles davon ausgegangen werden muss, dass der künftige Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet ist und die Verhältnisse nicht durchschaut^[17]. Besondere Umstände, die nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht begründen könnten, sind hinsichtlich der diskutierten Vertragsregelungen jedoch abwegig.

F) Ergebnis

Der Versicherungsmakler schuldet keine Aufklärungs- und Beratungslichten bei Abschluss des Versicherungsmaklervertrages über den Inhalt seiner Betreuungsleistungen während der Vertragslaufzeit. Die rechtlichen Bedenken, dass eine solche Vertragsgestaltung rechtsunwirksam sein könnte, ist nicht anzunehmen. Dem Versicherungsmakler ist es unbenommen, vertragliche Vereinbarungen, auch mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB), mit seinem Kunden zu vereinbaren. Seine Verantwortlichkeit ergibt sich aus den mit dem Kunden getroffenen vertraglichen Abreden. Eine gesetzliche Beratungs- und oder Betreuungsverpflichtung während der Laufzeit eines vermittelten Versicherungsvertrages besteht zwischen dem Versicherungsmakler und seinem Kunden gerade nicht. Ungeachtet der Rechtslage, die bestehen mag, wenn keine vertraglichen Vereinbarungen getroffen waren, ist der Versicherungsmaklervertrag als Vertrag mit allgemeine Geschäftsbedingungen der Rechtskontrolle zu unterziehen. Soweit es sich nur um Leistungsbeschreibungen handelt, ist eine Inhaltskontrolle rechtlich nicht möglich. Wird gleichwohl eine Inhaltskontrolle vorgenommen, so gelangt man auch nach dem „Berufsbild des Versicherungsmaklers“ wohl nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden.

Weder nach dem vertraglichen Schutzzweck, noch bei der Gegenüberstellung der Interessen, ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn der Kunde die

Beratungsleistungen bei seinem Versicherungsmakler während der Vertragslaufzeit abzufordern hat. Es gibt im deutschen Recht keine Verpflichtung des Versicherungsmaklers, dass dieser „von sich aus“ an den Kunden heranzutreten hat und es dem Makler überdies nicht gestattet ist – selbst bei Annahme einer solchen weitreichenden Beratungsverpflichtung – vertraglich hiervon abweichende Regelungen in einem Maklervertrag zu vereinbaren, da diese Vereinbarungen dem dispositiven Recht unterliegen.

G) Fazit

Ein schriftlicher Maklervertrag ist mit jedem Kunden zu vereinbaren und die Leistungen des Maklers sind konkret zu beschreiben. Anderenfalls besteht die Gefahr einer „Garantenhaftung“ des Versicherungsmaklers für jedweden versicherbaren Vermögensnachteil des Kunden, weil der Makler eine „gebotene Betreuung“ unterlassen haben soll.

[1] Werber, Information und Beratung des Versicherungsnehmers vor und nach Abschluss des Versicherungs-

vertrages in VersR 2007, 1153-1208

[2] Vergleiche Werber, aaO, VersR 2007, 1157 und im Ergebnis, 1159;

[3] Vergleiche BGH im VersR 1985, 930

[4] Werber mutmaßt, dass der BGH im Wege einer Inhaltskontrolle mit „dürren Worten“ eine transparente

Leistungsbeschreibung als unwirksam erachten würde. Die Unterstellung, der BGH würde sich undifferenziert

mit einem Rechtsproblem auseinandersetzen, überzeugt als Argument nicht.

[5] Erörterungsfähig wäre, ob diese anlassbezogene Beratungsverpflichtung nicht dann auch gegenüber dem

Versicherungsvertreter oder Versicherungsberater gelten müsste. Dies ist zu bejahen.

[6] Anders könnte es natürlich sein, wenn der Versicherungsmakler nur courtagefreie Tarife vermittelt und damit

keine Betreuungsentgelte erhält.

[7] BGHZ 162, 67(77 f.) = VersR 2005, 406 (408).

[8] Auch eine „Verwaltungspflicht“ ist der Betreuungspflicht gleichzusetzen.

[9] Vergleiche Köndgen in NJW 1989, 943,946 f.

[10] Siehe auch VersR 2006, 1546

[11] So im Ergebnis: OLG Frankfurt am Main im VersR 2006, 1546.

[12] Andere Auffassung eben Werber, aaO, VersR 2007, 1157; richtig hingegen OLG Celle VersR 2008, 1098

[13] bedeutet Hinweispflicht auf eigene Fehler in der erbrachten Beratung

[14] Vergleiche ABG-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB von Ulmer, Brandner, Hensen, 10. Auflage, § 307 BGB, Rn. 89, BGH NJW 1994 1069, 1070.

[15] So deutlich der BGH, Az.: III ZR 269/06

[16] Vergleiche BGH-Entscheidung vom 17.06.2007, Aktenzeichen III ZR 269/06.

[17] Vergleiche BGH in NJW 2001, 2021; NJW 2006, 2618, 2619.