

VERÖFFENTLICHUNGEN DER
HAMBURGER GESELLSCHAFT
ZUR FÖRDERUNG DES VERSICHERUNGSWESENS MBH, HAMBURG

Professor Dr. Ulrich Hübner
unter Mitwirkung von
Dr. Alexander Basting

Rechtsprobleme
des Abrechnungsverkehrs in der
Erstversicherung bei Einschaltung
von Versicherungsmaklern

ZS
76+1

Herausgeber:
Hamburger Gesellschaft
zur Förderung des Versicherungswesens mbH
Abteistraße 15
W-2000 Hamburg 13

Heft 8

PROFESSOR DR. ULRICH HÜBNER

UNTER MITWIRKUNG VON

DR. ALEXANDER BASTING

RECHTSPROBLEME

DES ABRECHNUNGSVERKEHRS IN DER

ERSTVERSICHERUNG BEI EINSCHALTUNG

VON VERSICHERUNGSMAKLERN

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>Vorwort</u>	1
1 EINLEITUNG	4
.. Die auftretenden Fallkonstellationen	4
.. Gang der Untersuchung	9
.. Theorie und Praxis	10
2 DIE TATSÄCHLICHE ABWICKLUNG DES ABRECHNUNGSVERKEHRS	12
.. Schematische Darstellung der der Untersuchung zugrundeliegenden Abrechnungsbeziehungen	12
I. Das Beziehungsmodell	12
II. Die Zahlungsflüsse	14
1. Prämienzahlung	14
2. Schadenzahlungen	15
3. Provisionszahlungen	15
4. Verrechnung von Ansprüchen	16
5. Zahlungsfluß bei Einschaltung mehrerer Makler	17
III. Buchhalterische Erfassung des Geschäftsverkehrs bei Maklern und Versicherungsunternehmen und Abwicklung des Zahlungsverkehrs zwischen den Partnern	18
1. Buchhaltung und Zahlungsabrechnung im Maklerbetrieb	18
a) Buchhaltung	19
b) Abrechnung	20
2. Buchhaltung und Zahlungsabrechnung im Versicherungsunternehmen	22

§ 3 ALLGEMEINE JURISTISCHE GRUNDLAGEN	24
A. Die Zurechnung von Zahlungen und Zahlungsentgegennahme	24
I. Relevante Vollmachtarten (Inkassovollmacht, Regulierungsvollmacht)	25
II. Vollmachtsarten im Zivilrecht	26
1. Ausdrückliche Bevollmächtigung	27
2. Konkludente Bevollmächtigung	29
3. Duldungsvollmacht	30
a) Rechtsnatur	31
b) Voraussetzungen	32
c) Rechtsprechung	33
aa) Auftreten von gewisser Häufigkeit und Dauer	34
bb) Kenntnis des Vertretenen	36
cc) Wissentliches Dulden	37
dd) Kenntnis des Dritten	38
4. Anscheinsvollmacht	40
a) Rechtsnatur	41
b) Voraussetzungen	41
c) Rechtsprechung	42
aa) Kennenmüssen des Geschäftsherrn von der Vertretung	42
bb) Möglichkeit und Pflicht zur Verhinderung	43
cc) Kenntnis seitens des Dritten und Vertrauen in eine Bevollmächtigung	43
d) Schlußfolgerung	45
5. Blankourkunden	45
6. Handelsusancen	46

B.	Allgemeine Rechtsgrundlagen der Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten und ihre Bedeutung für die Zurechnung	47
I.	Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers	47
II.	Die Beziehung des Maklers zum Versicherungsnehmer	49
III.	Rechtsbeziehungen zwischen Makler und Versicherungsunternehmen (Alleinversicherung)	52
C.	Abrechnungsarten	54
I.	Kontokorrent	54
1.	Voraussetzungen	55
a)	Beteiligung eines Kaufmanns	55
b)	Auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung	55
c)	Periodische Verrechnung	56
2.	Arten des Kontokorrents	57
a)	Periodenkontokorrent	57
b)	Staffelkontokorrent	57
c)	Erscheinungsformen der Abrechnung zwischen Versicherer/Versicherungsnehmer und Makler	58
3.	Wirkungen des Kontokorrents	58
a)	Wirkungen der Einstellungen der Forderungen	59
aa)	Keine Verfügbarkeit der Forderungen	59
bb)	Hemmung der Verjährung	60
cc)	Keine Tilgung	60
b)	Wirkung der Saldoanerkennung	61
4.	Sicherheiten	62
5.	Pfändung	62
a)	Einzelforderung	62
b)	Saldoforderung	63
c)	Künftiger Saldo	63
6.	Beendigung	64
a)	Parteivereinbarung	64
b)	Konkurs	64

II.	Verrechnungsabrede	65
III.	Aufrechnung	65
IV.	Bankkontokorrent	67
1.	Gutschriften auf dem Girokonto und Konkursansprüche Dritter	68
2.	Gutschrift von Zahlungseingängen nach der Zahlungs- einstellung	70
3.	Banksicherheiten	71
§ 4	DIE RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN MAKLER UND VERSICHERUNGSUNTER- NEHMEN - INSBESONDERE: DIE ZURECHNUNG DES LEISTUNGSEMPFANGS BEIM INKASSO	73
A.	Das Prämieninkasso	73
I.	Rechtsgeschäftlich erteilte Inkassovollmacht	74
II.	Rechtsscheinvollmacht	75
III.	Zurechnung aufgrund des Abrechnungsverkehrs	76
1.	Zurechnung durch Einstellung in ein Kontokorrent	77
2.	Zurechnung durch Einstellung in einen Verrechnungs- vertrag oder eine Aufrechnung	79
3.	Konkludente Vollmacht durch Vereinbarung eines Kontokorrents	80
IV.	Fehlende Zurechnung	81
V.	Zusammenfassung	82
VI.	Exkurs: Die Stundungszusage des Maklers	83
B.	Die bevorschußte Regulierung von Schäden	83
I.	Rechtsgeschäftliche Schadenregulierungsvollmacht des Maklers	84
II.	Genehmigung der Schadenregulierung seitens des Versicherungsunternehmens	85
III.	Zurechnung der Schadensregulierung durch Rechtsschein	86
IV.	Einfluß von Abrechnungsarten	87

C.	Schadenersatzansprüche	88
I.	Nicht (rechtzeitige) Abführung von Prämien	88
II.	Nicht autorisierte Schadensregulierung	89
III.	Die Unnachvollziehbarkeit von Abrechnungen	90
IV.	Entzug der Inkassovollmacht durch Rundbrief	91
D.	Herausgabeansprüche des Versicherungsunternehmens im Konkurs des Maklers	92
§ 5	DIE RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN MAKLER UND VERSICHERUNGSNEHMER - INSBESONDERE: DIE ZURECHNUNG DES LEISTUNGSEMPFANGS BEI DER SCHADENSREGULIERUNG	94
A.	Das Inkasso bei der Schadensregulierung	94
I.	Ausdrückliche Regulierungsvollmacht seitens des Versicherungsnehmers	94
II.	Konkludente Vollmacht	95
III.	Rechtsscheinvollmacht	95
IV.	Einfluß von Verrechnungssystemen	96
1.	Verrechnung zwischen Versicherungsmakler und Versicherungsunternehmen	96
2.	Verrechnungsverhältnisse zwischen Versicherungs- nehmer und Versicherungsmakler	97
B.	Die vorschüssige Prämienzahlung des Maklers	97
C.	Schadenersatzansprüche	98
D.	Herausgabeansprüche im Konkurs des Maklers	101
§ 6	AUSBLICK AUF ANDERE RECHTSVERHÄLTNISSE	102
A.	Die Maklerkette	102
I.	Prämieninkasso	106
1.	Leistung des Versicherungsnehmers an den ihm näher- stehenden Makler	107
2.	Einstellung in das Abrechnungsverhältnis zwischen Makler und Zwischenmakler oder Weitergabe an den Zwischenmakler	109
II.	Schadensregulierung	110

B.	Mitversicherungen	112
I.	Rechtsverhältnisse in der Mitversicherung	112
II.	Vergleich des Abrechnungsverkehrs mit der Abrechnung bei der Alleinversicherung	115
C.	General- und Mehrfachagenten	118
I.	Ausdrückliche Inkassovollmacht	118
II.	Prämienrechnung (§§ 43 Nr. 4, 47 VVG)	118
III.	Rechtsscheinvollmacht	120
§ 7	ZUSAMMENFASSUNG	121

Vorwort

Die Einschaltung eines Versicherungsmaklers hat - sowohl in der Erst- als in der Rückversicherung - international, aber auch im deutschen Raum, eine lange Tradition. Die Zahl der Versicherungsmakler hat sich allerdings in den letzten Jahrzehnten wesentlich erhöht, gleichzeitig hat sich ihr Erscheinungsbild differenziert. Diese Entwicklung wird durch den Gemeinsamen Markt fortgeführt. Schließlich sind die Versicherungsmakler vermehrt Gegenstand der Rechtsprechung geworden.

In dieser Situation erschien es der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens notwendig, die Probleme des Abrechnungsverkehrs bei Einschaltung eines Versicherungsmaklers überprüfen zu lassen, um so allen Beteiligten, den Versicherungsnehmern, Versicherern und Maklern, aus einer vermuteten Grauzone des Rechtsverständnisses ihrer Beziehungen zueinander herauszuhelfen. Grundlage dieser Untersuchungen ist eine möglichst vollständige Erfassung der Praxis des Abrechnungs- und Zahlungsverkehrs über Versicherungsmakler. Diese Fakten hat Dr. Basting auf der Basis einer Fragebogenaktion und im Anschluß an Gespräche mit Brancheninsidern zusammengetragen und systematisch aufgearbeitet. Die rechtliche Analyse dieses Datenmaterials hat Professor Dr. Hübner unternommen.

Bewußt wurde die Behandlung des Themas von vornherein auf die Rechtsprobleme des Abrechnungsverkehrs im deutschen Erstversicherungsgeschäft begrenzt, insbesondere also das internationale Erst- und das gesamte Rückversicherungsgeschäft ausgeklammert. Eine spätere Erweiterung der Arbeit auf diese Geschäftsgebiete sollte damit nicht ausgeschlossen werden.

Aus ähnlichen Erwägungen wurden auch alle Rechtsprobleme, die nicht unmittelbar zum Abrechnungsverkehr gehören, ausgeschlossen.

Schließlich wurde auf eine intensive Untersuchung der Rechtsverhältnisse bei den Mehrfachagenten verzichtet, obgleich eine Abgrenzung zwischen ihnen und den Versicherungsmaklern manchmal nicht eindeutig ist und in der Praxis dort die Probleme aufgetreten sind, die in der Abrechnung auch bei Versicherungsmaklern einmal Schwierigkeiten bereiten könnten.

Bei der Erfassung der im täglichen Maklergeschäft auftretenden Rechtsbeziehungen im Dreiecksverhältnis Versicherungsnehmer, Versicherungsmakler und Versicherer ergab sich eine überraschende Vielfalt. Da diese Rechtsbeziehungen beim gleichen Makler noch in unterschiedlichen Kombinationen zu den verschiedenen Versicherungsnehmern und Versicherern auftreten, war es notwendig, in gewissem Umfang die Probleme zu standardisieren. Mancher mag daher im Gutachten die Lösung für ein ihm spezifisch interessierendes Problem nicht sofort finden, eher den Weg zur Lösung.

Zu den mit dem Gutachten verfolgten Zielen gehört auch, die Diskussion der Betroffenen über eine sinnvolle Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zueinander anzuregen. Hierbei könnten Irrtümer in dem bisher meist stillschweigend vorausgesetzten Verständnis dieser Beziehungen sichtbar werden. Die Fachwelt ist aufgefordert, ihren Beitrag zur Klärung zu leisten. Der Beirat der Hamburger Gesellschaft glaubt, mit diesem Gutachten hierfür eine gute Basis zu liefern.

§ 1 Einleitung

In der Praxis ist die Abrechnung der Versicherungsverhältnisse über den Versicherungsmakler eine alltägliche Angelegenheit. Dabei werden zum Teil große Geldbeträge hin und her bewegt oder miteinander verrechnet, oftmals ohne daß sich die Beteiligten über den rechtlichen Rahmen ihrer "Abrechnungen" im klaren sind. Dadurch kann es zu "Überraschungen" in Fällen der Leistungsstörungen und insbesondere im Konkurs des Maklers kommen.

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit den rechtlichen Auswirkungen der in der Praxis vorkommenden Abrechnungsvorgänge und Leistungsstörungen, die je nach den tatsächlichen Gegebenheiten unterschiedlicher Natur sein können.

A. Die auftretenden Fallkonstellationen

Steht ein Versicherungsnehmer im direkten Kontakt zum Versicherer und wird zwischen den Parteien unmittelbar abgerechnet, ergibt sich Folgendes: Kommt der Versicherungsnehmer seinen Verpflichtungen ordnungsgemäß, also rechtzeitig und vollständig nach, ergeben sich aus diesem Bereich keine Probleme. Zahlt er die erste oder eine Folgeprämie nicht oder nicht rechtzeitig, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach den §§ 38, 39 VAG.

Dieser einfache Sachverhalt gilt für alle Vorgänge bei der Abwicklung des Versicherungsvertrages, er kann sich bei Einschaltung eines oder mehrerer zwischengeschalteter Versicherungsvermittler wesentlich komplizieren.

Es wäre vermessen anzunehmen, man könnte im Rahmen einer Untersuchung alle möglichen "Komplikationen"

bei der Abrechnung über einen Vermittler erfassen und ausführlich darstellen. Allerdings gibt es Grundfälle, in denen sich abgewandelt die Mehrzahl der denkbaren Sachverhalte wiederfinden. Kennzeichnend sind folgende Fallkonstellationen:

Beispiel 1.1: Zwischen dem Versicherungsnehmer A und dem Versicherer VA ist der Makler M zwischengeschaltet. A überweist seine Versicherungserstprämie an M. Dieser leitet die Prämie zu spät an VA weiter. Es kommt zum Schadensfall. VA beruft sich gegenüber A auf Leistungsfreiheit nach § 38 Abs. 2 VVG¹.

Beispiel 1.2: Der Makler M betreut den Versicherungsnehmer A wegen seines Vertrages mit dem Versicherungsunternehmen VA und den Versicherungsnehmer B hinsichtlich des Vertrages mit dem Versicherungsunternehmen VB. A leistet seine Prämie an M, B nicht. Aus irgendeinem Grund leitet der M die Prämie des A nicht an VA weiter, sondern als Prämie des B an VB. VA setzt A nach § 39 Abs. 1 VVG ordnungsgemäß eine Zahlungsfrist. A weigert sich, "erneut zu zahlen". Als ein Schadensfall eintritt, beruft sich VA auf Leistungsfreiheit nach § 39 Abs. 2 VVG².

Beispiel 1.3: Im Unterschied zu Beispiel 1.2 hat der M mit den eingenommenen Prämien einen Schadensfall des B namens des VB reguliert. VA beruft sich im Schadensfall auf Leistungsfreiheit³.

Beispiel 1.4: A leistet seine Prämien fortlaufend an M. M befindet sich in Zahlungsschwierigkeiten und leitet dieses Geld daher nicht an VA weiter. VA macht gegen A Verzugszinsen geltend⁴.

1 Dazu siehe auf Seite 11, 22, 25, 78.

2 Dazu siehe auf Seite 11, 12, 26, 73, 97.

3 Dazu siehe auf Seite 11, 26.

4 Dazu siehe auf Seite 11, 26, 74, 81.

Beispiel 1.5: M hat eine Prämie des A eingenommen. Vor der Weiterleitung an VA fällt er in Konkurs. Nach einer qualifizierten Mahnung macht VA Leistungsfreiheit geltend⁵.

Abwandlung 1.5.1: VA reguliert den Schaden, will aber die Forderung auf Weiterleitung der Prämie gegen M im Konkurs geltend machen. Die Bank B, über die der Zahlungsverkehr des M ablief, weigert sich unter Berufung auf ein Kontodebet des Maklers, dieses Geld zur Konkursmasse beizusteuern⁶.

Beispiel 1.6: Der Makler M führt eine Erstprämie des B an VB ab, obwohl er diese von B noch nicht erhalten hat. Im Schadensfall beruft sich VB nach § 38 Abs. 2 VVG darauf, B hätte diese Erstprämie nie geleistet und lehnt die Regulierung ab⁷.

Beispiel 1.7: Der Makler M hat die Erstprämie des Versicherungsnehmers A entgegengenommen. Diese stellt er danach in ein Kontokorrent mit dem Versicherungsunternehmen VA ein. Beide Parteien akzeptieren den Saldo. M wird zahlungsunfähig. A erleidet einen Schaden. Der Versicherer VA beruft sich auf Leistungsfreiheit nach § 38 Abs. 2 VVG⁸.

Beispiel 2.1: Das Versicherungsunternehmen VA erhält Kenntnis von Tatsachen, die auf eine bevorstehende Zahlungsunfähigkeit des M hindeuten. In einem Rundbrief an alle Versicherungsnehmer werden diese aufgefordert, Zahlungen nur noch direkt an VA zu leisten. A zahlt dennoch an M. VA verlangt Zahlung von A und setzt ihm nach § 39 Abs. 1 VVG eine Zahlungsfrist⁹.

5 Dazu siehe auf Seite 11, 26.

6 Dazu siehe auf Seite 67, 92.

7 Dazu siehe auf Seite 12, 96 f.

8 Dazu siehe auf Seite 81.

9 Dazu siehe auf Seite 26, 81.

Beispiel 2.2: M erfährt von dem Rundbrief des VA und will sich gegen dieses "geschäftsschädigenden Verhaltens" des VA wehren¹⁰.

Beispiel 3.1: VA leistet an den M einen Betrag zur Regulierung eines Schadens des A. M fällt nach dem Erhalt und vor Weiterleitung des Geldes in Konkurs. A verlangt von VA Regulierung¹¹.

Beispiel 3.2: Wie in 3.1, nur daß A den Betrag von der Hausbank B des M, auf der die Leistung der VA eingegangen ist, herausverlangt wird¹².

Beispiel 3.3: Der M hat von VA Regulierungsvollmacht für Schäden bis 50.000.-- DM erhalten. Er gibt dem A namens des VA eine Zusage zur Regulierung eines Schadens in Höhe von 30.000.-- DM. Als A von VA den Betrag verlangt, wendet VA ein, der Anspruch sei nur in Höhe von 25.000.-- DM begründet. A verlangt dennoch 30.000.-- DM¹³.

Beispiel 3.4: M hat eine Regulierungsvollmacht durch VA für Schäden bis zu 100.000.-- DM. Für alle größeren Schäden behält sich VA für den gesamten Vorgang die Prüfung vor. M gibt A eine Zusage namens VA über die Regulierung eines Schadens in der Höhe von 250.000.-- DM. A verlangt Zahlung von VA. VA will entweder die Zahlung verweigern oder den Betrag von M zurückerhalten¹⁴.

Beispiel 4.1: Der A hat über den Makler M einen Versicherungsvertrag mit VA abgeschlossen. Daß dabei der M einen Zwischenmakler Z eingeschaltet hat, ist dem A nicht bekannt. VA wiederum kennt nur den Z, nicht aber den M.

4.1.1: A leistet seine Prämie ordnungsgemäß an M.

10 Dazu siehe auf Seite 90.

11 Dazu siehe auf Seite 26, 94.

12 Dazu siehe auf Seite 68.

13 Dazu siehe auf Seite 84.

14 Dazu siehe auf Seite 86.

Der M gibt diese jedoch nicht an Z weiter. VA verlangt von A Verzugszinsen und setzt eine Zahlungsfrist nach § 39 Abs. 2 VVG¹⁵.

Abwandlung 4.1.2: Der A leistet an M und M weiter an Z. Z fällt in Konkurs. VA verlangt die Prämie von A¹⁶.

Abwandlung 4.1.3: VA leistet einen Schadensregulierungsbetrag für A an Z. Dieser leitet den Betrag an einen Versicherungsnehmer B als Regulierungsbetrag der VB weiter¹⁷.

Abwandlung 4.1.4: Den von VA erhaltenen Betrag leitet Z an M weiter. Dieser fällt in Konkurs. A verlangt von VA die Regulierung des Schadens¹⁸.

Beispiel 4.2: Wie 4.1.4; VA hat jedoch dem Z Inkassovollmacht erteilt und ihn ausdrücklich ermächtigt, bei der Betreuung weitere Zwischenpersonen einzuschalten¹⁹.

Beispiel 4.3: Wie 4.1.4; M ist jedoch ein firmengebundener Makler des Konzerns A²⁰.

Beispiel 5: M hat für A eine Mitversicherung formiert, die von VA mit einem Anteil von 40 % geführt wird und desweiteren aus VB, VC und VD zu je 20 % besteht. A leistet die Erstprämie an M. M leitet nur 60 % der Prämie an VA weiter. Im Schadensfall berufen sich alle Versicherer auf Leistungsfreiheit²¹.

15 Dazu siehe auf Seite 107.

16 Dazu siehe auf Seite 108 f.

17 Dazu siehe auf Seite 111.

18 Dazu siehe auf Seite 109 f..

19 Dazu siehe auf Seite 104.

20 Dazu siehe auf Seite 110.

21 Dazu siehe auf Seite 114 f.

B. Gang der Untersuchung

Allein diese Grundbeispiele, die auch als Ausgangsbasis für das zunächst darzustellende System der tatsächlichen Abwicklung des Zahlungsverkehrs dienen, scheinen auf eine unübersehbare und kaum zu systematisierende Problematik hinzudeuten. Wie sich jedoch zeigen wird, weisen alle diese Fälle nur ein und dasselbe Grundproblem auf: Die Frage der Zurechnung von Leistungen.

Weil diese Zurechnungsproblematik zentral ist, erfordert sie eine dogmatisch orientierte umfangreiche Grundlegung, von welcher aus die einzelnen Probleme bei der jeweiligen Fallkonstellation zu beurteilen sind.

Dabei werden zunächst die praktischen Abläufe dargestellt, um eine Basis für die rechtliche Beurteilung zu gewinnen. Im Anschluß daran sind diejenigen rechtlichen Grundlagen zu erläutern, die für den gesamten Bereich relevant sind. Es handelt sich dabei um die Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsnehmer, Makler und Versicherer.

Den zentralen Punkt für Erörterung der Abrechnungs-"Komplikationen" stellen indes die verschiedenen Vollmachtarten des Zivilrechts dar. Von besonderer Bedeutung sind dabei die konkludente Vollmachterteilung und die Rechtsscheintatbestände, da eine ausdrückliche Regelung der Vollmachten häufig nicht vorgenommen wird. Vor allem die Rechtsscheintatbestände haben für die Praxis den großen Nachteil, daß sie nach allgemeinen Kriterien kaum "greifbar" sind und man nicht mit letzter Sicherheit sagen kann, wann ein Tun (des Maklers) und Unterlassen (des Versicherungsunternehmens oder des Versicherungsnehmers) einen Rechtsschein begründet. Insofern bedarf es zunächst einer genaueren Analyse der Rechtsprechung, wobei verlässliche allgemeine Aus-

sagen über die Zurechnung kaum möglich sind, da sie von den konkreten Umständen und Verhaltensweisen abhängt.

Besondere Bedeutung bei der Zurechnung von Leistungen kommt neben den Vollmachten auch den Verrechnungsformen, also der Verrechnungsabrede, der Aufrechnung und dem Kontokorrent zu. Auch diese werden der Klarheit wegen vorab dargestellt. Dabei ist zu beachten, daß die Abrechnungen heute im Gegensatz zur Vorstellung des Gesetzgebers nicht mehr bar, sondern bargeldlos getätigt werden. Dies führt zu einer weiteren Komplikation, nämlich der mit dem Zahlungsverkehr beauftragten Bank. Dieser Interferenz des Bankkontokorrents ist schon bei der Darstellung der Grundlagen Rechnung zu tragen.

Im Anschluß daran werden dann die Leistungsstörungen und der Konkurs des Maklers unter besonderer Berücksichtigung der Folgen eines Kontokorrents, einer Verrechnungsabrede und einer Aufrechnung für die einzelnen Rechnungsposten untersucht.

Schließlich werden Besonderheiten der Maklerketten, der Mitversicherung und der Mehrfachagenten erörtert.

C. Theorie und Praxis

Die nachfolgenden Ausführungen beruhen im Tatsächlichen auf Beobachtungen, Gesprächen mit und Befragungen von Brancheninsidern. Da sich die tatsächlichen Verhältnisse nach den zugänglichen Informationen - zum Teil vertraulicher Natur - sehr unterschiedlich gestalten, sind die Ausführungen grundsätzlich als Tendenzaussagen anzusehen, die ein Bild darüber vermitteln sollen, innerhalb welcher Bandbreiten sich die relevanten Geschäftsbeziehungen abspielen. Aus ihnen sind weder

Schlüsse auf die Häufigkeit ihres Vorkommens abzuleiten noch auf konkrete Personen oder Unternehmen.

Soweit nachfolgend tatsächlich eingetretene oder denkbare Leistungsstörungen im Zusammenhang mit Versicherungsmaklern aufgeführt werden, dient dies lediglich der Untersuchung der möglichen tatsächlichen und rechtlichen Probleme. In keinem Fall sollen hieraus Rückschlüsse auf die Qualität der Leistungserstellung des behandelten Berufsstandes getroffen werden. Es ist aber daran zu erinnern, daß eine große Variationsbreite von Personen und Firmen sich "Versicherungsmakler" nennen. Dies reicht vom nur von persönlichen Beziehungen lebenden Einmannbetrieb bis zur internationalen Organisation mit einer fachlichen Infrastruktur, die allen Ansprüchen genügt.

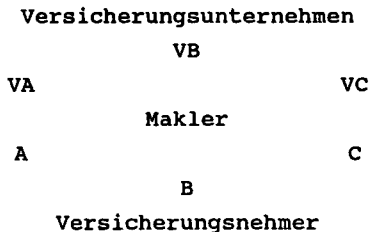
§ 2 Die tatsächliche Abwicklung des Abrechnungsverkehrs

A. Schematische Darstellung der der Untersuchung zugrundeliegenden Abrechnungsbeziehungen

Die nachstehend skizzierten Abrechnungsbeziehungen gehen wie die gesamte Untersuchung von dem Fall aus, daß die Betreuung durch den Makler die Abrechnung über ihn umfaßt. Dies ist nicht zwingend, doch nur in diesen Fällen können die Probleme auftreten, die Gegenstand der Untersuchung sind.

I. Das Beziehungsmodell

In der Praxis ergibt sich ein Geflecht von Rechtsbeziehungen, das als Personenkreis durch den Makler als Mittelpunkt verbunden ist.



Im Tatsächlichen nimmt der Makler Gelder von verschiedenen Versicherungsnehmern ein und leitet sie an verschiedene Versicherungsunternehmen weiter. Umgekehrt nimmt er auch von verschiedenen Versicherungsunternehmen Schadensregulierungsgelder an, die er an verschiedene Versicherungsnehmer weiterleitet.

Dabei wird selten gerade "das Geld" - sofern es überhaupt auf dem Maklerkonto individualisierbar ist - , das A für VA an M überwiesen hat, auch von

M an VA weitergeleitet werden. Eine solch sorgfältige Auseinanderhaltung der einzelnen eingegangenen Gelder ist für ein Maklerunternehmen auch schwer durchführbar. Dies ist normalerweise unproblematisch. Für das Versicherungsunternehmen VA ist es gleichgültig, ob es sich bei den 10.000.-- DM, die es von M als Prämie des A erhält, um genau jene 10.000.-- DM handelt, die A dem M überwies. Wenn M nicht für jeden einzelnen betreuten Versicherungsvertrag ein Konto unterhält, ist eine solche Auseinanderhaltung auch technisch ausgeschlossen. So ist auch für das BGB "Geld gleich Geld"; es ist eine sogenannte Gattungsschuld. Da es bei Geld keine qualitativen Unterschiede gibt, alles Geld also "mittlerer Art und Güte" ist, kann eine Schuld nach § 243 Abs. 1 BGB mit jedem beliebigen Geld erfüllt werden.

Da Geld gleich Geld ist, kommt es nicht darauf an, ob M mit dem Geld von A oder von B die Prämie an VA weiterführt. Für die rechtzeitige und vollständige Leistung kommt es - unter dem Vorbehalt der späteren Untersuchung, ob A nicht bereits mit der Zahlung an M seiner Verpflichtung gegenüber VA nachgekommen ist - zunächst nur darauf an, ob M für A Geld rechtzeitig und vollständig an VA überweist. Unterläßt er dies, ist es für die Prämienleistung des A gleichgültig, ob M das Geld behält (vgl. 1.4) oder zu spät abführt (vgl. Beispiel 1.1), verliert, für sich ausgibt, in Konkurs geht (vgl. Beispiel 1.5), eine Prämie des B begleicht (vgl. Beispiel 1.2) oder eine Schadensregulierungspflicht des VB an B erfüllt (vgl. Beispiel 1.3). Verwendet der M diesen Betrag zweckfremd, kann zwar im Einzelfall ein Schadenersatzanspruch des A entstehen oder gar eine strafrechtliche Handlung des M vorliegen. Für das Versicherungsverhältnis von A und VA ist zunächst dies ohne Belang. Die entscheidene Frage ist indes, ob M das Geld von A mit Wirkung für VA in Empfang nehmen durfte und empfangen hat.

Umgekehrt macht es für den B in den Beispielen 1.2 und 1.6 keinen Unterschied, warum der M für ihn eine Prämie an VB leistete, obwohl er selbst dem M kein Geld überwies. Die Fälle, daß M Geld des A als eine Prämie des B an VB weiterleitete oder daß M vorschüssig aus eigener Tasche die Prämie des B leistete, sind ebenfalls gleichzubehandeln.

Damit reduziert sich die obige Skizze des "Kreises" auf die nachfolgend dargestellte "Kettenbeziehung".

Versicherungsunternehmen

Makler

Versicherungsnehmer

Dieser Vorgang wird in der Praxis in der Regel allerdings wieder verkompliziert, in dem er durch "Abrechnungen" mit den Versicherern verkürzt wird. Warum sollte der Versicherer VA dem Makler M 1,5 Mio. DM zur Schadensregulierung beim Kunden A überweisen, wenn M gleichzeitig von A 0,5 Mio. DM Prämienfelder zur Weiterleitung an VA erhalten hat. Hier bietet sich eine Verrechnung mit dem Ergebnis, daß VA dem M nur noch 1 Mio. DM überweist geradezu an.

II. Die Zahlungsflüsse

Die eben beschriebenen Zahlungsflüsse lassen sich demnach wie folgt darstellen.

1. Prämienzahlung

Der Versicherungsnehmer leistet die fällige Prämie, sofern sie nicht im - hier nicht interessierenden

Fall - direkt an das Versicherungsunternehmen gezahlt wird, an den Makler. Die Zahlung wirkt für den Versicherungsnehmer entweder

- befreiend (sofern das Versicherungsunternehmen sich die Zahlung aus irgendeinem Grunde zurechnen lassen muß) oder
- nicht befreiend.

Die eingenommenen Beträge werden entweder in irgendeiner Form mit dem Versicherungsunternehmen gegen Rückprämien, Versicherungssteuern, Gebühren und Schadensregulierungsbeträgen verrechnet oder an den Versicherer abgeführt.

2. Schadenzahlungen

Sofern der Schaden vom Versicherungsunternehmen anerkannt ist, wird der geschuldete Betrag entweder

- vom Versicherer an den Versicherungsnehmer überwiesen
- vom Versicherer an den Makler überwiesen und vom Makler an den Versicherungsnehmer weitergeleitet.
- vom Makler dem Versicherungsnehmer zur Verfügung gestellt und vom Versicherungsunternehmen eingefordert.

Dabei ist auch der Fall denkbar, daß Makler vor Schadenanerkennung seitens des Versicherungsunternehmens regulieren und den Betrag einfordern oder verrechnen.

3. Provisionszahlungen

Die vereinbarte Provision wird vom Makler bei Fälligkeit einbehalten. Ob, ein Provisionsanspruch be-

steht oder nicht, berührt Fragen, die nicht im Zusammenhang mit dieser Untersuchung stehen. Da die Provisionszahlung keinen Einfluß auf die rechtliche Bewertung der Abrechnungsvorgänge hat, wird auf den Provisionsanspruch nicht näher eingegangen. Von Bedeutung sein kann indes die Fälligkeit des Provisionsanspruches: Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist aufgrund besonderer Vereinbarungen mit dem Versicherungsmakler regelmäßig die Ausführung des Geschäftes (§ 87 a HGB)²², daß heißt normalerweise die Prämienzahlung.

4. Verrechnung von Ansprüchen

Die genannten Zahlungsströme fließen in der Praxis nur selten in bar; sie werden regelmäßig in Form von Verrechnungen vorgenommen.

"Aufgerechnet" werden regelmäßig erhaltene Prämien gegen vereinbarte Provisionen und geleistete Entschädigungen und eventuell vom Versicherungsunternehmen erhaltene Entschädigungsleistungen, die an den Versicherungsnehmer weiterzuleiten sind. Die Abrechnung erfolgt technisch in der Weise, daß der Makler die Differenz aus den oben genannten Größen zieht und den Saldo abführt beziehungsweise einfordert. Die vorgenommenen Aufrechnungen werden je nach Vermittler auf Basis der Zahlungsströme pro Versicherungsschein, pro Versicherten oder pro Versicherer vorgenommen. Die Abrechnung kann nach jedem Zahlungsvorgang erfolgen, wird praktisch jedoch turnusmäßig vorgenommen (zum Beispiel monatlich). Die Abrechnungen weisen hinsichtlich ihrer Form zahlreiche Varianten auf, die von der Auflistung aller Geschäftsbewegungen für jede (dem Vertragspartner bekannte) Versicherungsscheinnummer bis hin zur Unnachvollziehbarkeit reicht. Dies führt teilweise dazu, daß vom Geschäftspartner der

²² Heymann-Sonnenschein, § 87 a, Rdnr. 21.

Saldo zum jeweiligen Vermittler nicht nachvollzogen werden kann.

Viele Makler rechnen nur die fälligen und bezahlten Prämien ab, wobei eine solche Abrechnung zum Teil auch mit erheblichen Verzögerungen erstellt wird. Im Zusammenhang mit der Aufrechnung ist zu berücksichtigen, daß teilweise vom Vermittler geleistete Schadenzahlungen eingestellt werden, auch wenn dieser über keine oder keine ausreichende Regulierungsvollmacht verfügt. Regulierungsvollmachten werden in der Praxis allerdings in beschränktem Umfang in allen gängigen Versicherungszweigen erteilt.

Der gesamte Geschäftsverkehr des Maklers wird in dessen Buchführung erfaßt. Aus dieser Buchführung sind dann auch die Geldflüsse ablesbar, die den Vertragspartnern gegenüber abgerechnet werden. Es sind jedoch auch Fälle nicht auszuschließen, in denen die Buchführung nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entspricht. Ebenso ist denkbar, daß die Abrechnung erhaltener Geldflüsse bewußt hinausgezögert wird. Bezüglich der empfangenen und verausgabten Geldbeträge ist festzuhalten, daß diese nicht selten über ein oder mehrere betriebliche Geldkonten fließen, ohne daß hier irgendeine Trennung nach Versicherungsnehmern, Versicherern oder Geschäftsbetrieb des Maklerunternehmens vorgenommen würde.

5. Zahlungsfluß bei Einschaltung mehrerer Makler

Es kommt auch vor, daß zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Versicherungsnehmer nicht nur ein Makler eingeschaltet wird (vgl. die Beispiele 4.1 mit Unterbeispielen, 4.2, 4.3).

Das soeben dargestellte Diagramm erweitert sich bei Einbeziehung eines weiteren Vermittlers wie folgt:

Versicherungsunternehmen

Makler 1

Makler 2

Versicherungsnehmer

Nach den zugänglichen Informationen werden in der Praxis auch zwischen den Maklern in der Regel keine (schriftlichen) Abreden hinsichtlich des Zahlungsverkehrs getroffen. Daher wird für jede einzelne Station die Voraussetzung der Zurechnung von Leistungen zu untersuchen sein²³.

II. Buchhalterische Erfassung des Geschäftsverkehrs bei Maklern und Versicherungsunternehmen und Abwicklung des Zahlungsverkehrs zwischen den Partnern

1. Buchhaltung und Zahlungsabrechnung im Maklerbetrieb

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf eine Maklerfirma, die - wie regelmäßig - über eine ordnungsgemäße Buchführung verfügt.

Als Vollkaufmann verfügt die Maklerfirma über eine doppelte Buchführung, in der Verrechnungskonten zu den einzelnen Versicherungsunternehmen als auch Kontokorrentkonten zu den einzelnen Versicherungsnehmern geführt werden.

23 In § 6 A.

a) Buchhaltung

Innerhalb der Buchführung bedient sich der Makler umfangreicher Nebenbuchhaltungen, um die Soll- und die Ist- Buchhaltung zu trennen.

Entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung muß der Versicherungsmakler eine Sollbuchhaltung führen. Das bedeutet, daß grundsätzlich die Beitragsforderungen an den Versicherungsnehmer und seine hieraus resultierenden Provisionsansprüche entsprechend seinen Vertragsunterlagen zum Soll gestellt werden, das heißt es werden die Beitragsforderungen gegen den Versicherungsnehmer und die Verbindlichkeiten gegenüber dem Versicherungsunternehmen in Höhe des Betrages abzüglich seiner Vermittlungsprovision gebucht. Je nach Maklerfirma erfolgt diese Buchung erst nach exakter Festlegung des Anspruchs (z. B. nach Beendigung der Vertragsumstellung) oder auf Basis von Schätzungen (z. B. während der Vertragsumstellung), die später dann korrigiert werden.

In gleicher Weise werden vom Makler geleistete Schadensregulierungen dem Verrechnungskonto belastet.

Geldflüsse werden dem jeweiligen Konto belastet bzw. gutgeschrieben.

Abweichend von den Kontoständen laut Sollbuchhaltung rechnet der Makler mit dem Versicherungsunternehmen regelmäßig jedoch nur auf der Basis von Ist-Werten, d. h. von tatsächlich geflossenen Geldmitteln ab. Wenn der Makler aber Schadenbeträge von allen Mitversicherern einzieht, wird er mit der Überweisung des Gesamtschadens an den Versicherungsnehmer nicht bis zum Eingang aller Zahlungen von den beteiligten Versicherern warten können, die allerdings in der Regel auf einen bestimmten Tag

valutiert werden. Er kann also in Ausnahmefällen in Vorlage treten. Eine gleiche Ausnahmesituation könnte auch bei Rückprämien oder Prämien, die vom Versicherungsnehmer mit Schadenforderungen verrechnet werden, entstehen.

Daher bedient er sich einer Nebenbuchhaltung, aus der erkennbar ist, welche Beträge im jeweiligen Abrechnungszeitraum geflossen sind und somit abzurechnen sind.

Es sei bemerkt, daß Fälle denkbar sind, in denen geflossene Geldbeträge (Prämien) noch nicht dem entsprechenden VU-Kontokorrent zugeordnet werden, sondern auf Durchgangskonten "geparkt" werden. Dies kann verschiedene Gründe haben. Einmal könnte der Geldabfluß bewußt verzögert werden. Andererseits sind auch Fälle denkbar, wo ähnlich wie bei der Abrechnung mit den Versicherern die Verrechnungen zwischen Verbindlichkeiten und Forderungen nicht jederzeit eindeutig sind und deswegen der Makler oft von einer eingegangenen Zahlung nicht weiß, für welche Fälligkeit sie bestimmt ist.

Für Massensparten (z. B. KH) werden mittlerweile teilweise EDV-Abrechnungssysteme verwendet, die sowohl eine automatische Einspielung von Sollstellungssätzen des Versicherungsunternehmens in das Abrechnungssystem des Maklers erlauben, als auch eine automatische Rückmeldung der Zahlungseingänge an den Versicherer.

b) Abrechnung

Auf der Basis seiner Nebenbuchhaltung rechnet der Makler periodisch, i. d. R. monatlich, mit dem Versicherungsunternehmen die von ihm erhaltenen und geleisteten Zahlungen ab. Die erstellten Abbuchungen weichen in der Praxis stark voneinander ab. Sie

sehen oft so aus, daß alle Versicherungsscheinnummern angelistet werden, für die Geldbewegungen anfielen.

Bei der Abrechnung wird grundsätzlich der Überweisungsbetrag um die Vermittlungsprovision gekürzt, wobei es Fälle gibt, in denen abweichend vom Ist-Prinzip, Vermittlungsprovisionen für noch nicht abgerechnete Beträge einbehalten werden. Geleistete Schadenzahlungen werden ebenfalls vielfach abgezogen, soweit sie nicht direkt vom Versicherungsunternehmen angefordert wurden.

Die skizzierten Verrechnungen werden in sehr unterschiedlichem Umfang vorgenommen.

So lassen sich sowohl Fälle finden, wo die Verrechnungen nur innerhalb einer Versicherungsscheinnummer vorgenommen werden als auch solche, wo Verrechnungen über alle Versicherungen eines Kunden vorgenommen werden. Schließlich werden auch Saldierungen für die gesamte Geschäftsbeziehung zu dem jeweiligen Versicherungsunternehmen vorgenommen.

Abstimmungen mit dem vom Versicherungsunternehmen mit dem Makler geführten Abrechnungskonto werden vorgenommen, wenn dies vom Versicherungsunternehmen verlangt wird. Die vom Versicherer erstellten Buchungsnoten finden i. d. R. beim Makler keine Beachtung, besonders dann, wenn er seine Buchungen nicht auf den Buchungsnoten der Versicherer aufbaut.

Sämtliche Geldbewegungen laufen normalerweise über die betrieblichen Girokonten des Maklers, d. h. es werden keine separaten Geldbestände für spezielle Anlagen einzelner Versicherungsnehmer oder Versicherer geführt. Hier wäre die Trennung der Konten für "fremdes Geld" (Prämien und Schäden) und der "Eigenmittel" (Kapital und verdiente Provisionen)

sehr wünschenswert. Dies ist aber nur bei einigen Großmaklern anzutreffen.

2. Buchhaltung und Zahlungsabrechnung im Versicherungsunternehmen

Da Makler in der Regel über Inkassovollmachten verfügen, wird für jeden Makler ein Inkassokonto geführt. Auf diesem Konto werden die Beitragsforderungen belastet und die Provisionsansprüche des Maklers gutgeschrieben. Vom Makler durchgeführte Schadensregulierungen werden ebenfalls hier gutgeschrieben.

Gibt der Makler Wertstücke wegen Nichteinlösung zurück, werden diese dem Maklerkonto gutgeschrieben und in separaten Mahnbeständen geführt.

Die Rückbuchung der Provisionen erfolgt dagegen erst nach Stornierung des Vertrages.

Um den Kontensaldo, der oft eine Vielzahl von Einzelverträgen umfaßt, nachverfolgen zu können, wird das Konto vielfach durch eine Offene-Postenführung überwacht. Anhand der Maklerabrechnungen können ausgeglichene Posten geschlossen werden. Verschiedentlich erweist sich die Kontenpflege in der Praxis als schwierig. Gründe hierfür können zum einem das Fehlen von regelmäßigen Abrechnungen oder die Unkenntnis des Abrechnungsverfahrens des Maklers im Rechnungswesen des Versicherungsunternehmens sein, mit der Konsequenz, daß diese Unterlagen für eine Bearbeitung nicht herangezogen werden können.

Des weiteren ist es möglich, daß die Beitragssollstellungen der Versicherungsunternehmen aufgrund des fehlenden Kontaktes zum Versicherungsnehmer nicht aktuell sind. Dies kann unterschiedliche Gründe haben, die in den meisten Fällen auf einer

Risikoveränderung beruhen. In diesen Fällen ist der Versicherer erst dann in der Lage, den entsprechenden Posten im Maklerkontokorrent zu berichtigen, wenn der Makler dem Versicherer die tatsächliche Beitragshöhe (z. B. nach Vertragsverlängerung) mitgeteilt bzw. abgerechnet hat. Schließlich bestehen nicht selten Unstimmigkeiten über die Höhe des anzusetzenden Provisionssatzes (z. B. einfaches oder schweres Feuergeschäft).

Dies führt in der Praxis dazu, daß die Verrechnungskonten zwischen Versicherungsunternehmen und Makler nicht selten schwierig abstimbar sind und Klärungen sich oft so lange hinziehen, bis gegenseitige Ortsbesuche stattgefunden haben.

Das Mahnverfahren wird grundsätzlich vom Versicherungsunternehmen selbst durchgeführt (sofern es überhaupt betrieben wird). Allerdings erfolgt dies regelmäßig mit großen zeitlichen Verzögerungen aufgrund später Rückgabe der Dokumente. So sind fast immer die für das Erstinkasso geltenden gesetzlichen Fristen verstrichen.

Die gemachten Ausführungen gelten grundsätzlich in gleicher Weise für den Abrechnungsverkehr zwischen den Versicherungsunternehmen im Mitversicherungsgeschäft. Allerdings sind hier die Abstimmungsprobleme geringer. Die Schadensregulierung läuft hier im Regelfall über die führende Gesellschaft. Diese zahlt Beträge (i. d. R. an den Makler) aus, die sie den beteiligten Gesellschaften anteilig auf deren Gesellschaftskonten belastet. Zwischen dem Zeitpunkt der Buchung auf dem betreffenden Konto und der Einforderung der Beträge liegt allerdings oft ein Zeitraum von mehreren Wochen oder gar einigen Monaten.

§ 3 Allgemeine juristische Grundlagen

Wie bereits dargelegt, sollen zunächst die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zur Erfassung dieser Vorgänge vorweg erläutert werden. Dies erscheint nicht nur zur Klarstellung der Ausgangspunkte, sondern auch deshalb sinnvoll, da sich ein Großteil der Fragen an Hand dieser Grundsätze lösen läßt und eine problembezogene Erörterung und Wiederholung der Grundsätze das Verständnis der komplexen Sachverhalte eher erschweren würde.

A. Die Zurechnung von Zahlungen und Zahlungsentgegennahme

In der Einleitung wurde bereits auf die zentrale Rolle hingewiesen, die die Frage der Zurechnung von Zahlungen in der Untersuchung spielen wird. Genauer formuliert wird es in der Regel um die Zurechnung der Entgegennahme einer Zahlung gehen. Für nahezu alle in der Einleitung genannten Grundfälle ist es nämlich entscheidend, ob der Versicherungsnehmer oder der Versicherer seiner Leistungspflicht gegenüber der Gegenseite erst dann nachgekommen ist, wenn "das Geld" bei der Gegenseite "angekommen" ist oder ob bereits mit der Leistung an den dazwischenstehenden Vermittler die Verpflichtung erfüllt ist.

Wenn etwa in Beispiel 1.1 die Erstprämie des A mit der Überweisung an den M als an VA geleistet gilt, kann sich VA wegen der verspäteten Weiterführung durch M nicht auf Leistungsfreiheit nach § 38 Abs. 2 VVG berufen. Für den A stellte sich dann die verspätete Weiterleitung durch M als rein interner Vorgang zwischen M und VA dar, der ihn nicht berührt. Ist die Leistungsempfangnahme durch M umgekehrt der VA nicht zuzurechnen, gilt die Leistung des A erst mit der Weiterleitung an VA als voll-

bracht. Dann wird VA nach § 38 Abs. 2 VVG im Schadensfall von der Leistung frei.

Dieses Prinzip gilt grundsätzlich für alle dargestellten und zu untersuchenden Sachverhaltsvarianten.

I. Relevante Vollmachtarten (Inkassovollmacht, Regulierungsvollmacht)

Willenserklärungen, also Vertragsangebote und -annahmen, Kündigungen und Rücktrittserklärungen werden im Zivilrecht durch Vollmachten zugerechnet. Gibt VA dem M z. B. eine Vollmacht zum Abschluß eines Versicherungsvertrages in ihrem Namen - was in der Praxis eher selten ist- und schließt der M namens der VA einen Versicherungsvertrag mit A, so muß sich der Vollmachtgeber VA nach den §§ 164 ff. BGB so behandeln lassen, als ob nicht M sondern VA selbst die Erklärungen abgegeben und entgegengenommen hätte. Dies kann etwa bei einer Regulierungszusage durch den Makler von Bedeutung sein.

Eine Sonderform der Bevollmächtigung stellt die Inkassovollmacht dar. Die Regeln der Vollmacht betreffen grundsätzlich nur Willenserklärungen, das heißt sie beziehen sich nur auf Rechtsgeschäfte. Für die Entgegennahme von Leistungen gelten normalerweise die Regeln der Einziehungsermächtigung nach §§ 362 Abs. 1, 185 Abs. 1 BGB oder der Inkassoession. Dennoch wird sowohl allgemein als auch für den Fall des Prämieninkasso des Versicherungsmaklers einmütig angenommen, daß eine sogenannte Inkassovollmacht erteilt werden kann. Dabei kann die Frage, ob die Erfüllung als Rechtsgeschäft anzusehen ist, offen bleiben. Denn auch nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung, die eine Eigenschaft der Erfüllung als Rechtsgeschäft ablehnt, ist die Erfüllung jedenfalls eine geschäftsähnliche

Handlung, die auch den Vertretungsregeln unterfällt²⁴. Im Übrigen ist darauf abzustellen, daß bei der Erfüllung eine Willenserklärung abzugeben ist, etwa die Einigungserklärung für den Eigentumsübergang des Geldes²⁵. Somit sind für das Prämieneinkasso die Regeln der Vollmacht anwendbar. Dies bedeutet, daß eine Inkassovollmacht auch nach den im Anschluß zu erläuternden Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht bestehen kann, so daß für die Zurechnung von Zahlungen infolge einer Inkassovollmacht auf die gleichen Grundsätze zurückgegriffen werden kann, die für die Vollmacht allgemein dargestellt werden.

Beim Einzug der Prämien durch den Versicherungsmakler, aber auch bei der Leistung von Schadensregulierungsbeträgen über den Versicherungsmakler an den Versicherungsnehmer kann demnach eine Inkassovollmacht vorliegen. Dies bedeutet, daß bei einer bestehenden Inkassovollmacht des M sich die VA eine Zahlung des A an M bereits so entgegenhalten lassen muß, als ob A direkt an VA geleistet hätte.

II. Vollmachtsarten im Zivilrecht

Um diese Zurechnung im Maklerbereich zu erörtern ist ein Blick auf die allgemeinen zivilrechtlichen Vollmachtsarten unerlässlich, die nicht nur die Willenserklärungen beim Vertragsschluß sondern auch die Befugnisse bei der Leistungsbewirkung betreffen.

24 Staudinger-Dilcher, Vorbem. zu § 164, Rdnr. 38; Guszewski, S. 137.

25 Bruck/Möller, § 43, Anm. 21; Staudinger-Dilcher, Vorbem. zu §§ 362, Rdnr. 18, 33, 38; Guszewski, S. 137; vgl. auch BGHZ 58, 257 (258).

1. Ausdrückliche Bevollmächtigung

Unproblematisch ist die ausdrückliche Erteilung einer Vollmacht nach § 164 BGB. Sie geschieht durch ein einseitiges Rechtsgeschäft in Form der Erklärung nach § 167 BGB:

Gibt der Versicherer dem Makler durch eine Erklärung kund, daß dieser Vollmacht habe (Innenvollmacht) oder erklärt das Versicherungsunternehmen dem Kunden, daß es dem Makler Vollmacht erteilt habe (nach außen mitgeteilte Innenvollmacht) oder zeigt der Versicherer dem Kunden an, daß der Makler für ihn verbindlich handeln könne (Außenvollmacht), treffen den Versicherer ohne weiteres die Folgen der Erklärungen des Maklers²⁶.

Für die in der Einleitung dargestellten Fälle mit nur einem zwischengeschalteten Makler bedeutet eine ausdrückliche Bevollmächtigung des M durch VA zum Inkasso Folgendes:

In Beispiel 1.1 kann sich VA gegenüber A wegen der rechtzeitigen und vollständigen Leistung des A an M nicht darauf berufen, die Erstprämie sei nicht

26 An dieser Stelle sei noch auf ein Problem hingewiesen, das in der Praxis häufig anzutreffen ist: Viele Versicherungsmakler bezeichnen den Versicherer weder in der Police noch auf den Beitragsrechnungen. Dadurch kann bei einem Dritten der Eindruck entstehen, daß der Makler selbst der Versicherer sei. Dieser Eindruck könnte noch dadurch verstärkt werden, daß viele Makler sich auch bei der Schadensregulierung wie ein Versicherer gerieren und den Versicherungsnehmer nicht in Kontakt mit dem tatsächlichen Versicherer treten lassen. Obwohl dies nicht Thema dieser Abhandlung ist, sei darauf verwiesen, daß dies möglicherweise zu einer Rechtsscheinhaftung des Maklers führen könnte, der dann wie ein Versicherer im Schadensfall zu haften hätte. Praktisch ist dies nach hiesiger Kenntnis bislang kaum relevant geworden; wohl auch deshalb, weil noch kein Fall auftrat, bei dem der Versicherer seiner Leistungspflicht nicht nachkommen konnte.

geleistet und man sei nach § 38 Abs. 2 VVG von der Leistungspflicht frei geworden.

In den Beispielen 1.2, 1.3 ist es irrelevant, daß M die Prämie des A als Prämie des B an VB weitergeleitet hat beziehungsweise eine Schadensregulierung bei B namens des VB vornahm.

Auch kann VA in Beispiel 1.4 keine Verzugszinsen von A verlangen, weil M die Prämie wegen eigener Zahlungsschwierigkeiten nicht (rechtzeitig) an VA weiterleitete.

Obwohl M in Beispiel 1.5 in Konkurs fiel und eine Weiterleitung der Prämie des A dadurch ausgeschlossen ist, gilt dieser Betrag mit der Überweisung an M als an VA geleistet. VA kann nur noch auf die Konkursmasse zurückgreifen.

In Beispiel 2.1 hat VA wegen der Zahlungsschwierigkeiten des M an alle Kunden einen Brief versandt, in dem eine Zahlung an VA direkt verlangt wurde. Damit wurde dem M eine bestehende Inkassovollmacht entzogen. Als nun der A weiterhin an M zahlte, brauchte VA sich dies nicht zurechnen zu lassen. Die Prämienverpflichtung des A war daher erst mit Leistung an VA selbst erfüllt. Da VA die Prämie nicht erhielt, wurde A zurecht eine Zahlungsfrist nach § 39 Abs. 1 VVG gesetzt.

Eine Bevollmächtigung kann natürlich auch in umgekehrter Richtung erfolgen. Der Versicherungsnehmer kann dem Makler Inkassovollmacht zur Entgegennahme der Schadensregulierungsbeträge erteilen. So kann A, wenn er M in Beispiel 3.1 eine Inkassovollmacht erteilt hat, wegen der Zahlung des VA an M nicht von VA erneut Regulierung des Schadens verlangen. Er muß sich die Zahlung als an ihn erfolgt zurechnen lassen. Damit hat er nur eine Forderung gegen M auf Weiterleitung der Regulierungsbeträge.

Die ausdrückliche Erteilung einer Inkassovollmacht ist in der Praxis aber nicht unbedingt die Regel. Doch kann sich eine Zurechnung mit den gleichen Folgen auch dann ergeben, wenn eine konkludente Bevollmächtigung vorliegt oder einer der Parteien ein Handeln nach Rechtsscheingrundsätzen zuzurechnen ist.

2. Konkludente Bevollmächtigung

Da die Vollmachterklärung keiner Form bedarf, kann sie auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Dabei gelten die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und deren Auslegung. So ist bei der schlüssig erteilten Vollmacht grundsätzlich erforderlich, daß der Erteilende den Willen zur Bevollmächtigung hat²⁷. Allerdings ist dabei zu beachten, daß nach der umstrittenen Ansicht der Rechtsprechung²⁸ das Erklärungsbewußtsein - also hier der Wille eine Vollmacht zu erteilen - nunmehr nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Ist demnach ein Verhalten nach außen als eine schlüssige Vollmachterklärung zu beurteilen, so ist der fehlende tatsächliche innere Wille dazu unbeachtlich; er eröffnet nur die Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB mit der Folge der Haftung nach § 122 BGB auf den Vertrauensschaden bis zur Höhe des Erfüllungsschadens.

Daß dadurch die Abgrenzung zur Duldungsvollmacht²⁹ im einzelnen schwierig und fließend sein kann, mögen folgende Beispiele aus der Rechtsprechung verdeutlichen:

Konkludente Vollmachten wurden angenommen, wenn

27 BGH, LM § 164, Nr. 24; § 167, Nr. 15; BGH, MDR 1961, 592.

28 BGH WM 1976, 448 (449).

29 Die nachfolgend erläutert wird.

- der Agent einer Versicherung ermächtigt ist, Policen zu zeichnen³⁰,
- der Inhaber eines Geschäftes sich jeder Mitwirkung bei der Geschäftsführung enthält und diese einem anderen überläßt³¹ oder
- der persönlich haftende Gesellschafter einer KG es zuläßt (duldet!), daß der Kommanditist entgegen § 170 HGB im Namen der Gesellschaft auftritt³².

Abgestellt wurde in diesen Fällen allerdings nicht auf das Erscheinungsbild gegenüber Dritten, sondern es wurde jeweils eine - insofern methodisch vorrangige - konkludente Erteilung einer Innenvollmacht angenommen.

Bei der Erörterung des Abrechnungsverkehrs wird zu untersuchen sein³³, ob eine solche konkludente Innenvollmacht durch die Vereinbarung einer Abrechnung im Kontokorrent erteilt werden kann.

3. Duldungsvollmacht

Liegt weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Vollmachterteilung vor, so können die Wirkungen des § 164 BGB dennoch eintreten, wenn die Voraussetzungen der sogenannten Duldungsvollmacht erfüllt sind.

Die Grundsätze der Duldungsvollmacht sind, was die Ergebnisse angeht, im wesentlichen unumstritten, während sich die Begründungen und die Einordnung zum Teil sehr stark unterscheiden.

30 RGZ 50, 75 (76 f.).

31 RG Gruchot 52, 937 (938 ff.).

32 BGH, WM 1972, 615.

33 Sub § 4 B II.

a) Rechtsnatur

Hinsichtlich der Duldungsvollmacht ist in der Rechtslehre noch keine Einigkeit darüber erzielt worden, ob es sich um eine konkludente Vollmachterteilung oder einen Rechtsscheintatbestand handelt.

Für die Einordnung als Rechtsscheintatbestand spricht die Tatsache, daß eine Vollmachterteilung durch eine konkludente Willenserklärung anerkannt ist, so daß daneben die Figur der Duldungsvollmacht überflüssig wäre. Allerdings ist dabei zu beachten, daß die Rechtsprechung wie erläutert auch bei der konkludenten Vollmacht den inneren Willen unbeachtlich sein läßt, wenn ein Verhalten nach außen als schlüssige Erklärung zu deuten ist, so daß auch die konkludente Vollmacht im Ergebnis eine Haftung für das Setzen eines Rechtsscheins darstellen kann. Der Unterschied liegt aber darin, daß die konkludente Vollmachterteilung durch eine gegenwärtige schlüssige Erklärung erfolgt, während die Duldungsvollmacht auf ein Verhalten in der Vergangenheit abstellt und nur für die Gegenwart daraus Schlüsse zieht. Zum anderen wird in der Regel im Privatrecht dem reinen Dulden nicht der Charakter einer Willenserklärung zugeordnet. Die konkludente Bevollmächtigung geht trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins auf ein Handeln und nicht auf reine Untätigkeit zurück.

Im Ergebnis ergeben sich aus der Einordnung aber kaum Unterschiede, da die Duldungsvollmacht als Rechtsscheinvollmacht von der herrschenden Auffassung hinsichtlich der Anfechtung häufig ebenso behandelt wird wie eine konkludent erteilte Vollmacht. Beruht das Dulden auf arglistiger Täuschung oder Drohung, so eröffnet sich die Möglichkeit der Anfechtung nach § 123 BGB³⁴. Ebenso wird man eine

34 MünchKomm-Thiele, § 167, Rdnr. 41.

Anfechtung zulassen müssen, wenn das Dulden auf falschen Voraussetzungen beruht. Keine Anfechtungsmöglichkeit besteht allerdings bei dem Vorbringen, man habe die Wirkung des Duldens nicht gekannt³⁵; eine solche Anfechtung würde dem Sinn der Vertrauenshaftung, der Intention der Duldungsvollmacht zuwiderlaufen.

Da kaum relevante Unterschiede zwischen der Annahme einer konkludenten Vollmacht oder einer Rechtscheinvollmacht bestehen, soll der eher theoretische Streit hier nicht abschließend entschieden werden. Soweit in den nachfolgend dargestellten Urteilsbegründungen von einem Rechtsschein die Rede ist, wird dies zur Vereinfachung unkommentiert übernommen.

b) Voraussetzungen

Nach wohl einmütig anerkannter Formel³⁶ liegt eine Duldungsvollmacht vor, wenn

- ein nicht Bevollmächtigter während einer gewissen Dauer und wiederholt für den Geschäftsherrn als Vertreter aufgetreten ist,
- der betreffende Geschäftsherr dieses Verhalten kannte und nicht dagegen einschritt, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre, und
- der Geschäftsgegner das Verhalten des vorgebliehen Vertreters sowie die Duldung durch den Geschäftsherrn zur Zeit des Vertragsabschlusses gekannt und diese Duldung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Bevollmächtigung werten durfte.

35 MünchKomm-Thiele, § 167, Rdnr. 41.

36 Vgl. hier die Rechtsprechung: BGHZ 5, 111 (116); BGH, LM § 164, Nr. 34; BGH, MDR 1953, 345; BGH, VersR 1971, 766 (768); 1973, 609; OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

- Eine Kenntnis oder ein Kennenmüssen des Mangels der Bevollmächtigung lassen entsprechend § 173 BGB den Vertrauenstatbestand entfallen.

Diese Grundsätze der Duldungsvollmacht gelten unabhängig davon, ob ein Kaufmann oder ein Nichtkaufmann den Rechtsschein setzt³⁷. Sie sind also nicht auf den Handelsverkehr beschränkt, was etwa bei einer Duldungsvollmacht seitens eines Versicherungsnehmers bedeutsam werden kann.

Allerdings ist diese Formel für die Praxis äußerst unergiebig. Schärfe ist demnach durch eine Analyse der Rechtsprechung zu gewinnen, wobei naturgemäß auch Fragen der Beweislast und Beweisbarkeit eine Rolle spielen.

Die nachfolgende Urteilsanalyse soll für bestimmte Situationen eine Orientierungshilfe schaffen. Dabei ist das Rechts- und Wirtschaftsleben so facettenreich, daß eine halbwegs exakte Wiedergabe der Sachverhalte für die Einordnung der Ergebnisse unerlässlich ist.

c) Rechtsprechung

Eine Schematisierung der Rechtsprechung erweist sich als schwierig, da der Bundesgerichtshof die Anwendung der Grundsätze zur Duldungsvollmacht als eine Billigkeitsabwägung begreift³⁸, bei welcher er den Interessen des Verkehrs Rechnung tragen will³⁹. So ergeben sich nicht immer einheitliche Bewertungen.

37 BGH, NJW 1951, 309; 1956, 1673 (1674); BGH, MDR 1953, 345 (346).

38 BGH, NJW 1955, 985 (986).

39 BGH, ebenda.

aa) Auftreten von gewisser Häufigkeit und Dauer

Das Auftreten des Vertreters muß von einer gewissen Häufigkeit und Dauer sein, damit gegenüber dem Dritten ein Vertrauenstatbestand entstehen kann.

Dabei soll es einerseits nicht ausreichen, daß ein Handelsvertreter zweimal beim Dritten einen Scheck für seinen Geschäftsherrn abholte (bevor er den dritten Scheck veruntreute)⁴⁰.

Andererseits hat der Bundesgerichtshof festgestellt, daß die einmalige Aushändigung von "Saar-Einfuhrscheinen"⁴¹ (zu Täuschungszwecken gegenüber Zollbehörden) als Rechtsschein gegenüber dem Verkäufer ausreichen kann⁴².

In einem unlängst vom Oberlandesgericht Karlsruhe entschiedenen Fall hatte ein Kfz-Händler bei einem Versicherer eine Vollkaskoversicherung beantragt. Daraufhin erschienen ein Handelsvertreter der Vermittlungsagentur des Versicherungsunternehmens und ein Angestellter dieses Versicherungsunternehmens beim potentiellen Kunden. Der Kunde unterzeichnete einen Versicherungsantrag, in dem vermerkt war, daß eine vorläufige Deckungszusage nur schriftlich von einer dazu bevollmächtigten Person gegeben werden könne. Er ließ sich unter dem Hinweis, er werde sonst den Vertrag nicht schließen, von dem Angestellten des Versicherungsunternehmens eine mündliche Deckungszusage geben. Aus dieser mündlichen Deckungszusage machte er nun die Regulierung eines eingetretenen Schadens geltend. Der Versicherer verwies darauf, daß nach seinen AKB - wie auf dem Antragsformular deutlich zu erkennen - nur eine schriftliche Deckungszusage Geltung habe. Im übrigen sei der Angestellte insoweit nicht bevollmächtigt.

40 BGH, LM § 164, Nr. 34.

41 Importlizenzen nach dem Saar-Vertrag von 1956.

42 BGH, LM § 167, Nr. 15.

tigt gewesen. Das Gericht stellte zunächst fest, daß hier die mündliche Deckungszusage einer bevollmächtigten Person als Individualabrede zu werten sei, die nach § 4 AGBG den AKB des Versicherers vorgehe⁴³. Somit sei nur fraglich, ob dieser Angestellte als bevollmächtigt anzusehen sei. In Frage käme eine Duldungsvollmacht. Der Angestellte des Versicherungsunternehmens habe die gesamten Verhandlungen an diesem Tage geführt, obwohl es an sich Aufgabe der Agentur war, die Anbahnung von Versicherungsverträgen zu übernehmen. Daher mußte der Kunde den Eindruck gewinnen, der Angestellte sei bevollmächtigt, alle Entscheidungen zu treffen⁴⁴. Das Gericht ließ auch hier aus dem einmaligen Auftreten den Schluß auf eine Vollmacht zu, obwohl in der Regel ein Auftreten von gewisser Häufigkeit und Dauer erforderlich ist. Zum anderen wird allein aus der Tatsache, daß der Angestellte die Verhandlungen führt, ein Schluß auf eine umfassende Bevollmächtigung gestattet. Die bewußte Duldungshandlung liege in der Entsendung des Angestellten zu den Vertragsverhandlungen⁴⁵. Hier wurden die Anforderungen recht niedrig angesiedelt, da ein Dulden die Kenntnis von einem vollmachtsüberschreitenden Handeln und die bewußte Entscheidung zur Akzeptierung dieses Verhaltens darstellt. Der Kunde hätte schließlich selbst bei Kenntnis der Schriftformklausel nicht davon ausgehen können, daß der Angestellte nicht dazu berechtigt sei, eine mündliche vorläufige Deckungszusage zu geben⁴⁶.

Es ist folglich dieser Rechtsprechung nicht zu entnehmen, wann ein Auftreten eines Versicherungsmaklers etwa beim Einziehen von Prämien für das Versicherungsunternehmen, zu einem Tatbestand führt, der

43 OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

44 OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

45 OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

46 OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

eine Zurechnung des Handelns des Maklers auslösen kann. Es muß aber damit gerechnet werden, daß eine Duldungsvollmacht schon dann angenommen wird, wenn der Makler auch nur einmal eine Prämie kassierte und das Versicherungsunternehmen (in Kenntnis dieses Tatbestandes) nicht widersprach.

bb) Kenntnis des Vertretenen

Wann eine solche Kenntnis vorgelegen hat, wird im Streitfall häufig eine Beweisfrage sein. Die folgenden Beispiele sollen verdeutlichen, welche Punkte bei dieser Beweisbarkeit eine Rolle spielen können.

Wenn ein Regulierungsbeamter eines Versicherungsunternehmens entgegen seiner Bevollmächtigung und entgegen den Gepflogenheiten des Versicherungsgeschäftes im Namen des Versicherers (!) umfassende Schadenregulierungsaufträge an Handwerker vergibt, kann dem Versicherungsunternehmen selbst dann keine Kenntnis unterstellt werden, wenn es einen kleinen Rechnungsbetrag reguliert in der Annahme, der Versicherungsnehmer habe mit - die Höchstgrenze der Regulierungsvollmacht überschreitender - Billigung dieses Regulierungsbeamten diese Handwerkeraufträge erteilt⁴⁷.

Zur Kenntnis des Vertretenen von dem den Rechtschein begründenden Verhalten hat der Bundesgerichtshof unlängst entschieden, daß die Kenntnis des seine Vertretungsbefugnis überschreitenden Gesamtvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführers nicht ausreicht, um dies der GmbH zuzurechnen. Vielmehr sei in diesem Falle auch die Kenntnis eines weiteren GmbH-Geschäftsführers erforderlich⁴⁸.

47 BGH, VersR 1965, 133 ff.

48 BGH, NJW 1988, 1199 (1200);
Dazu sei nur folgendes noch angemerkt:
Die Kenntnis einer

Es ist hier schwer festzustellen, unter welchen Umständen die Rechtsprechung von einer Kenntnis des Versicherers vom Auftreten eines Maklers in ihrem Namen ausgehen wird. Es kann nur vom Einzelfall ausgegangen werden. Allerdings spielen gerade in "Standardsituationen" wie dem Abrechnungsverkehr über einen Makler auch verkehrsübliche Umstände eine Rolle⁴⁹.

cc) Wissentliches Dulden

Bei der Duldungsvollmacht reicht die Kenntniserlangung seitens des Vertretenen nicht aus; er muß das Verhalten dulden. Nach der Rechtsprechung ist dieses Dulden eine bewußte Willensentschließung⁵⁰.

So hatte ein Unternehmen namens einer aufgelösten Arbeitsgemeinschaft (Arge) - die gegenüber dem Bauamt allerdings zum Schein aufrechterhalten wurde - Aufträge erteilt. Eine dadurch mitverpflichtete Firma hatte dem als Vertreter der Arge auftretenden Unternehmen die Fortführung dieses Verhaltens untersagt. Eine Erklärung nach außen wurde dazu nicht abgegeben. Der Bundesgerichtshof sagt: Um eine Duldungsvollmacht auszuschließen habe es ausgereicht, diesem Unternehmen die Fortführung der Vertretung so ernstlich zu untersagen, daß man nicht mit einer Wiederholung rechnen konnte⁵¹.

("gesamtvertretungsberechtigten", vgl. §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB) Mutter könne in der Regel unterstellt werden, wenn ein langwieriger und einschneidender Vorgang betreff ihres Kindes vorliegt. Im zu entscheidenden Fall hatte eine Mutter bestritten, den Vater zur Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes bei der Regelung von Ansprüchen wegen eines schweren Verkehrsunfalles des Kindes ermächtigt zu haben. Der Bundesgerichtshof ging davon aus, daß die Mutter im Laufe des Verfahrens von der Bevollmächtigung erfahren und diese geduldet habe, BGH, VersR 1973, 609.

49 Dazu unten zu B.

50 BGH, NJW 1988, 1199 (1200).

51 BGH, MDR 1961, 592.

dd) Kenntnis des Dritten

Um sich nach Treu und Glauben auf einen Rechtschein berufen zu können, muß der Dritte seinerseits Kenntnis der den Rechtschein begründenden Tatsachen gehabt haben. Diese müssen bereits bei Vertragsschluß vorgelegen haben. Dabei ist insbesondere interessant, wie Tatsachen und Würdigungen zu behandeln sind, die beispielsweise ein potentieller Versicherungsnehmer nicht selbst erfahren hat, da er noch keinen Kontakt zu dem betreffenden Makler hatte, die ihm aber von anderen Maklerkunden zugetragen wurden. Zudem könnte der Versicherungsmakler Angaben gegenüber dem Versicherungsnehmer machen, die den üblichen Geschäftspraktiken oder den Vereinbarungen des Versicherungsvertrages widersprechen, so daß fraglich ist, ob sich der Versicherungsnehmer auf diese Angaben verlassen durfte.

Zur Kenntnis abweichender Bestimmungen auf einem Antragsformular hatte das Oberlandesgericht Schleswig Stellung zu nehmen⁵². Dort ging es zwar nicht um die Vollmacht eines Agenten, sondern um eine Haftung des Versicherers aus dem gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruch. Interessant ist der entschiedene Fall für die vorliegende Untersuchung dennoch, da das Gericht dem Kläger einen gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruch deswegen verwehrte, weil er aus dem Antragsformular hätte entnehmen können, daß zur Abgabe der vorläufigen Deckungserklärung nur der Versicherer, nicht aber der Versicherungsvertreter befugt war⁵³. Somit kommt das Gericht offensichtlich zu einer anderen Wertung der Angaben im Versicherungsantrag als das OLG Karlsruhe. Begründet wurde die Auffassung im konkreten Fall allerdings unter anderem damit, daß

52 OLG Schleswig, VersR 1985, 756.

53 OLG Schleswig, VersR 1985, 756 (757).

der (potentielle) Versicherungsnehmer schon wegen einer Vorstrafe wegen Versicherungsbetruges nicht als unkundig angesehen werden konnte und von daher wissen mußte, daß ein Versicherungsvertreter keine Zusage einer vorläufigen Deckung geben konnte.

Vom Oberlandesgericht Frankfurt wurde eine Kauffrau in ihrem Vertrauen auf die Zusage eines Vertreters ebenfalls nicht geschützt, da sie den Vollmachtsschluß auf der Rückseite des Versicherungsantrages hätte lesen müssen⁵⁴.

Bei der Frage, ob ein Dritter ein bestimmtes Verhalten nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung werten konnte, sind auch die näheren Umstände des Geschäftes und typische Gepflogenheiten zu beachten. Insoweit wird die Analyse der Rechtsstellung des Maklers bedeutsam⁵⁵.

So hat der Bundesgerichtshof entschieden, es sei ungewöhnlich, daß ein auf Provisionsbasis tätiger Handelsvertreter ermächtigt sein solle, für seinen Geschäftsherrn Finanzierungsschecks anzunehmen. Dem Kläger wurde daher die Berufung auf eine Duldungsvollmacht mit der Begründung versagt, er habe die notwendige Sorgfalt vermissen lassen⁵⁶.

In einem anderen Fall hatten Angestellte einer Bank mündlich das Versprechen abgegeben, die Bank werde mit eigenen Mitteln für die Einlösung eines fremden Wechsels haften. Dies ist nach dem Bundesgerichtshof bereits so unüblich, daß kaum ein Vertrauenstatbestand entstehen könne⁵⁷. Im vorliegenden Fall war noch hinzugekommen, daß der Umfang der Zeichnungsbefugnis aus den Zeichnungslisten der Bank zu entnehmen war, so daß beide Faktoren zusammen zu

54 OLG Frankfurt, VersR 1990, 782.

55 Dazu unten zu B.

56 BGH, LM § 164, Nr. 34.

57 BGH, MDR 1955, 213 (214).

einer Verneinung einer Rechtsscheinvollmacht führten⁵⁸.

Hinsichtlich der durch Vierte vermittelten Kenntnis hat der Bundesgerichtshof nur eine Grenze bei der Beweisbarkeit gezogen. So hatte in einem Fall ein Schwiegervater in spe gegenüber einem Vierten erklärt, sein künftiger Schwiegersohn - der bereits für die Land- und Forstwirtschaft des Schwiegervaters mehrere kleine Holzverkäufe getätigt hatte - habe "Generalvollmacht". Ein Dritter hatte in einem Vertrag mit dem Schwiegersohn das Holz eines Waldes des Schwiegervaters zum Schlagen gekauft. Er berief sich auf eine erteilte Vollmacht, hilfsweise auf eine Duldungsvollmacht durch die Erklärung und die vorangegangenen Verkäufe. Der Bundesgerichtshof legte dem Dritten für die Vollmachterteilung und für die Kenntnis der Tatsachen, die eine Duldungsvollmacht begründen könnten, die Beweislast auf. Er versagte den Anspruch, weil der Dritte weder die Vollmachterteilung nachweisen konnte, noch zu beweisen vermochte, von den vorherigen Geschäften des zukünftigen Schwiegersohns und der Erklärung gegenüber dem Vierten bei Vertragsschluß gewußt zu haben⁵⁹.

4. Anscheinsvollmacht

Liegt weder eine ausdrückliche noch konkludente rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung vor und fehlt es auch am Rechtsscheintatbestand der Duldungsvollmacht, so kann sich eine Erfüllungshaftung noch aus einem weiteren Rechtsscheintatbestand - der Anscheinsvollmacht - ergeben.

Im Gegensatz zur Duldungsvollmacht ist die Anscheinsvollmacht in den Rechtsfolgen nicht unum-

58 BGH, MDR 1955, 213 (215).

59 BGH, NJW 1956, 460 f.

stritten. Namentlich die Autoren, die die Duldungsvollmacht ebenso wie die §§ 170 ff. BGB, 56 HGB als rechtsgeschäftlich erteilte Vollmachten ansehen, wollen an die Verletzung von Sorgfaltspflichten im Bürgerlichen Recht keine Erfüllungsfolgen knüpfen, sondern diese nur als Grundlage für Schadenersatzansprüche gelten lassen⁶⁰.

Dem gegenüber wird von der ständigen Rechtsprechung⁶¹ und der herrschenden Lehre⁶² die Anscheinsvollmacht als ein Erfüllungspflichten begründender Tatbestand anerkannt.

a) Rechtsnatur

Soweit die Anscheinsvollmacht anerkannt wird, wird sie einmütig als Rechtsscheintatbestand angesehen⁶³.

b) Voraussetzungen

Nach der von den Befürwortern einer Anscheinsvollmacht einheitlich gebilligten Formel⁶⁴ kann sich der Geschäftsherr nicht auf den Mangel der Vollmacht berufen, wenn

-
- 60 Flume, BGB AT, § 49 4; Medicus, S. 51; umfangreiche Nachweise bei MünchKomm-Thiele, § 167, Rdnr. 44.
- 61 BGHZ 5, 111 (116); BGH, VersR 1961, 82; BGH, WM 1977, 1169 f.; BGH, NJW 1981, 1727 (1728 f.).
- 62 MünchKomm-Thiele, § 167, Rdnr. 61; Staudinger-Dilcher, § 167, Rdnr. 44; Palandt-Heinrichs, § 173, Anm. 4 c ff m. w. N.
- 63 BGH, LM § 167, Nr. 4; BAGZ 15, 305. BGH, WM 1973, 612; Palandt-Heinrichs, § 173, Anm. 4 c aa; MünchKomm-Thiele, § 167, Rdnr. 46; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Rdnr. 23.
- 64 BGH, LM § 167, Nr. 3; BGH, WM 1957, 926; BGH, WM 1962, 609; Staudinger-Dilcher, § 167, Rdnr. 34 - 43; Palandt-Heinrichs, § 173, Anm. 4 c bb, jeweils m. w. N.

- der vermeintlich Bevollmächtigte wiederholt und über gewisse Dauer für den Geschäftsherrn als Vertreter auftrat,
- der Geschäftsherr dieses Verhalten zwar nicht kannte, aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können und
- der Geschäftsgegner das Verhalten des vermeintlichen Vertreters nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin deuten kann, der Vertretene kenne und dulde dieses Verhalten.

c) Rechtsprechung

Auch hier ist angesichts der Unklarheiten im Detail kurz die Rechtsprechung zu analysieren.

aa) Kennenmüssen des Geschäftsherrn von der Vertretung

Bezüglich des Kennenmüssens wurde entschieden, daß ein Bauherr aus der fehlerhaften Bezeichnung eines Generalunternehmers als bauleitender Architekt auf einem Bauschild noch nicht den Schluß ziehen muß, der Generalunternehmer erscheine ermächtigt, in seinem Namen Aufträge erteilen⁶⁵.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes kann ein eingetragener Miteigentümer eines Grundstückes grundsätzlich ohne Fahrlässigkeit darauf vertrauen, daß der andere Miteigentümer seine Mitverwaltungsrechte nicht übergeht⁶⁶.

65 BGH, WM 1957, 926 (927).

66 BGH, NJW 1958, 2061 (2062).

bb) Möglichkeit und Pflicht zur Verhinderung

In einem Fall, der Ähnlichkeit zu einem oben unter B. I. 3. c) cc) referierten Sachverhalt aufweist, hatte ein Ingenieur eine aufgelöste, aber zum Schein gegenüber dem Finanzbauamt aufrecht erhaltene Arge vertreten. Eine vertretene Firma hatte der weiteren Vertretung durch diesen Ingenieur massiv widersprochen. Wenn nun dieser Vertreter weiterhin auftrat und die vertretene Firma davon erfuhr, hätte sie die betroffenen Dritten über das Nichtvorliegen der Vollmacht aufklären müssen⁶⁷.

cc) Kenntnis seitens des Dritten und Vertrauen in eine Bevollmächtigung

Das Verwenden eines Briefbogens mit dem Aufdruck einer Arge reicht aus, um einen Vertrauenstatbestand der Vertretungsmacht zu wecken⁶⁸.

Hinsichtlich des oben angesprochenen Problems, daß ein potentieller Kunde sein Vertrauen auf Aussagen Vierter gründet, ist die folgende Entscheidung zu beachten. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ist es nicht notwendig, daß der Geschäftspartner alle Umstände der den Rechtsschein begründenden Tatsachen kennen muß. Es reicht vielmehr, daß ihm eine allgemeine Überzeugung, der Vertreter habe Vollmacht, zu Ohren kommt. So ist ausreichend, daß ein Angestellter eines Gebrauchtwagenhändlers bei den Soldaten eines amerikanischen Stützpunktes das Ansehen eines bevollmächtigten Händlers hatte. Darauf könne sich auch ein 65 km entfernt stationierter Soldat berufen, wenn er nicht die den Rechtsschein begründenden Tatsachen, sondern nur den Ruf des Verkäufers kannte⁶⁹.

67 BGH, LM § 167, Nr. 13.

68 BGH, LM § 167, Nr. 13.

69 BGH, LM § 167, Nr. 11.

Allerdings kommt es auch bei der Anscheinsvollmacht grundsätzlich darauf an, daß das abgeschlossene Geschäft, bei dem auf das Bestehen einer Vollmacht vertraut wurde, im Zusammenhang mit zuvor getätigten Geschäften steht. So kann aus der Verwaltung eines Grundstückes nicht der Schluß gezogen werden, der Verwalter könne langfristige Pachtverträge abschließen⁷⁰.

Hinsichtlich der Art des Geschäftes spielt es auch eine Rolle, ob das Geschäft kurzfristig zu schließen ist oder eine längere Bedenkzeit erfordert und erlaubt. So ist bei einem langfristigen Pachtvertrag über ein Grundstück eine längere Bedenk- und Vorbereitungszeit möglich, in der auch Erkundigungen über bestehende Vollmachten eingeholt werden können, so daß ein reines Vertrauen sich als fahrlässig darstellt⁷¹. Das gleiche gilt bei der Finanzierung von großen Summen im Zuge von Maschinenkäufen eines Unternehmens⁷². Beim Abschluß eines Versicherungsvertrages wird es daher darauf ankommen, ob schnell eine (vorläufige) Deckung erreicht werden muß. Ansonsten kann im Abrechnungsverkehr eventuell aus dem Geschäfts- und Zahlungsumfang ein Indiz auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Zurechnung durch die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gezogen werden.

Das Hervorrufen eines Rechtsscheins kann auch dann relevant sein, wenn der Dritte diesen Rechtsschein zwar bei Abschluß des Vertrages nicht kannte, der Rechtsschein aber aufrecht erhalten wurde, so daß der Dritte auf eine Genehmigung schließen kann⁷³.

Hinsichtlich der Beweislast für die Kenntnis der den Vertrauenstatbestand auslösenden Tatsachen hat

70 BGH, LM § 167, Nr. 8.

71 BGH, NJW 1958, 2061 (2062).

72 BGH, WM 1962, 609.

73 BGH, WM 1957, 926 (927).

der Bundesgerichtshof in einem oben zitierten Urteil über den Holzverkauf durch den nicht berechtigten Schwiegersohn entschieden, daß die Verteilung der Beweislast unabhängig vom Behaupten einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht den Dritten trifft⁷⁴.

d) Schlußfolgerung

Eine sichere Auskunft darüber, wann eine Vollmacht beziehungsweise Zurechnung in der Praxis von den Gerichten angenommen werden wird, kann auch nach Analyse der Rechtsprechung nicht gegeben werden. Allerdings ist festzuhalten, daß insbesondere bei einem dauernden Geschäftskontakt, wie er zwischen Makler, Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer in der Regel vorliegt, eine solche Zurechnung bereits dann möglich ist, wenn nur eine Prämie unwidersprochen durch den Makler kassiert wurde. Umgekehrt dürfte bei der Beurteilung einer Inkassovollmacht seitens des Maklers für den Versicherungsnehmer bei Entgegennahme der Schadensregulierungsbeträge gegen eine Zurechnung sprechen, wenn der Versicherungsnehmer rechtsunkundig ist und nur hin und wieder eine Schadensleistung erhielt. Im übrigen kommt es auf den Einzelfall und die Beurteilung der konkreten Umstände durch die Gerichte an.

5. Blankourkunden

Eine weitere Fallkonstellation, die wie eine erteilte Vollmacht zur Zurechnung von Willenserklärungen führen kann, ist die Aushändigung unterzeichneter aber noch nicht ausgefüllter Urkunden (sogenannte Blankette). Wer eine solche Urkunde willentlich einem Dritten überläßt, muß sich den

74 BGH, NJW 1956, 460 f.

Inhalt, den dieser später in dieses Blankett einsetzt analog § 172 Abs. 2 BGB auch dann gegen sich gelten lassen, wenn der Dritte die Urkunde abredewidrig ausfüllt und der Dritte gutgläubig ist⁷⁵. So kann der Versicherungsmakler etwa durch das abredewidrige Ausfüllen einer blankounterschriebenen Versicherungspolice einen Vertrag zu Lasten des Versicherungsunternehmens begründen, ohne daß dieser den Vertrag anfechten kann. Verfügt der Makler über blankounterschriebene Quittungen, muß sich das Versicherungsunternehmen die Prämienzahlung an den Makler ohne weiteres zurechnen lassen. Diese Fälle dürften in der Praxis allerdings äußerst selten sein.

6. Handelsusancen

Liegt weder aus rechtsgeschäftlichen noch aus Rechtsscheingesichtspunkten eine Vollmacht vor, so könnte sich diese Wirkung auch noch aus Handelsusancen ergeben.

Da Handelsusancen kraft der gesetzlichen Regelung in § 346 HGB Verbindlichkeit erlangen, stellt sich die Frage, ob sich Handelsusancen im hier relevanten Bereich des Abrechnungsverkehrs herausgebildet haben.

Der gesetzlichen Regelung folgend, kann eine Handelsusance nur vorliegen, wenn die entsprechenden Regelungen üblich sind und allgemein anerkannt werden. Solche allgemeinen Grundsätze sind jedoch allgemein nicht zu erkennen. Ein deutliches Indiz dafür ist, daß bei einer Fragebogenaktion auf die Frage nach dem Vorliegen solcher Handelsusancen die unterschiedlichsten Antworten gegeben wurden.

75 BGHZ 40, 65 (67 f.); 40, 297 (304 f.); RGRK-Steffen, § 172, Rdnr. 3; MünchKomm-Thiele, § 172, Rdnr. 17.

Bei der Rechtsfindung muß mithin auf einzelvertragliche Abreden und allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

B. Allgemeine Rechtsgrundlagen der Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten und ihre Bedeutung für die Zurechnung

Die Annahme oder die Verwerfung einer Zurechnung von Leistungen des Versicherungsnehmers beziehungsweise des Versicherungsunternehmens an den Makler hängt demnach abgesehen vom Fall einer ausdrücklich erteilten Vollmacht von der Annahme einer konkludenten Vollmacht oder von einem Rechtscheintatbestand ab. Wie ausgeführt, ist bei der Ergründung dieser Tatbestände immer eine Bewertung des Einzelfalles erforderlich, die aber vom üblichen Bild der infragekommenden Leistungsbeziehung beeinflusst wird. Je üblicher ein bestimmtes Verhalten in einer bestimmten Situation ist, desto eher wird sich eine Partei dies zurechnen lassen müssen. Daher soll neben der durchgeführten Untersuchung der Bewertungsmaßstäbe der Rechtsprechung auch das spezielle Umfeld der Abrechnung über einen Makler erläutert werden.

I. Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers

Der Versicherungsmakler ist ein Mittler, welcher für andere Verträge über Versicherungen anbahnt, vermittelt oder abschließt. Die Vermittlungstätigkeit des Versicherungsmaklers ist allerdings in der Regel durch den Vertragsabschluß nicht erschöpft. Es hat sich vielmehr ein Berufsbild herausgebildet, nach dem sich die Tätigkeit des Maklers weitreichender als Geschäftsbesorgung zur Beschaffung,

Ausgestaltung und Abwicklung von Versicherungsschutz kennzeichnen läßt⁷⁶.

Charakteristisch für den Versicherungsmakler ist seine nach zwei Seiten - sowohl zum Versicherungsnehmer als auch zum Versicherer - ausgerichtete Tätigkeit.

Primär ist der Versicherungsmakler der Interessenvertreter des Versicherungsnehmers. Üblicherweise spricht man davon, daß der Versicherungsmakler der Bundesgenosse des Versicherungsnehmers sei⁷⁷.

Daneben ergeben sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Versicherungsmakler und Versicherer besondere Rechte und Pflichten des Versicherungsmaklers. Aus diesem Grunde spricht man von einem Doppelrechtsverhältnis des Versicherungsmaklers zum Versicherungsnehmer und zum Versicherer⁷⁸.

Im Gegensatz zum Versicherungsvertreter ist der Versicherungsmakler aber nicht aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig betraut, die Vermittlung von Versicherungsverträgen zu übernehmen⁷⁹.

Der Versicherungsmakler ist in der Regel Handelsmakler i. S. d. § 93 HGB. Er ist demnach Kaufmann i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB, sofern er einer gewerbsmäßigen Tätigkeit nachgeht. Wird das Geschäft in Form einer GmbH oder AG betrieben, handelt es sich um einen Formkaufmann nach §§ 13 Abs. 3 GmbHG, 3 AktG i. V. m. § 6 Abs. 1 HGB. Liegt eine solche gewerbsmäßige Tätigkeit nicht vor oder beschränkt sich der Versicherungsmakler auf den Nachweis von Gelegenheiten, ist er Zivilmakler i. S. d. § 652

76 Matusche, Haftung des Maklers, S. 9.

77 Vgl. nur: Schmidt, Reimer, Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in Deutschland, in: Entwicklungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Versicherung, Karlsruhe 1984, S. 23, 30.

78 Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 38.

79 Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 13.

Abs. 1 Ziff. 1 BGB. In diesem Fall gelten dann ausschließlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den sogenannten Maklervertrag und die Vorschriften des Handelsgesetzbuches sind grundsätzlich nicht mehr anwendbar⁸⁰. Anders allerdings wenn der Makler fälschlicherweise im Handelsregister eingetragen wurde. Dann gilt der Makler nach § 5 HGB für die Dauer der fälschlichen Eintragung als Kaufmann. Geriert sich der Makler zu Unrecht als Kaufmann, so muß er die Nachteile der Kaufmannseigenschaft (etwa die verschärfte Haftung nach den §§ 346 bis 350 HGB) in Kauf nehmen, ohne die Vorteile (etwa der erhöhte gesetzliche Zinssatz nach § 352 HGB) in Anspruch nehmen zu können.

Das Besondere beim Versicherungsmakler besteht darin, daß das Rechtsverhältnis des Maklers zu den Parteien fast ausschließlich von Gewohnheiten, Bräuchen und Gepflogenheiten beherrscht wird⁸¹, die auch für die Zurechnung bedeutsam werden können. Dies gilt insbesondere auch für das Inkasso, zu welchem der Makler nach der dispositiven Gesetzesnorm des § 97 HGB nicht ermächtigt ist, aber durch besondere Vereinbarungen entgegen dieser Norm ohne weiteres ermächtigt werden kann⁸², was in der Realität häufig geschehen wird.

II. Die Beziehung des Maklers zum Versicherungsnehmer

Der Maklervertrag kommt zwischen dem Versicherungsmakler und einem potentiellen Versicherungsnehmer zustande⁸³. Dabei beauftragt regelmäßig der Versicherungssuchende den Makler durch ein formloses

80 Zinnert, Der Versicherungsmakler, Hamburg 1989, S. 11.

81 Sieg, ZVersWiss 1988, S. 263, 282.

82 Staub-Brüggemann, § 97, Rdnr. 1; Heymann-Herrmann, § 97, Rdnr. 1.

83 Prölss/Martin-Martin, Anhang zu §§ 43 - 48, Anm. 1.

Schreiben mit der Interessenwahrung⁸⁴, das häufig zugleich Vollmachten des Versicherungsnehmers enthält.

Der Vertragsschluß richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Ein Maklervertrag im Sinne der Grundregelung nach § 652 BGB kann grundsätzlich formfrei zustandekommen; daran ändert auch § 11 MaBV nichts⁸⁵. Die Annahme des Angebots erfolgt ausdrücklich; denkbar ist aber auch eine stillschweigende Annahme durch den Versicherungsmakler. Gemäß § 151 BGB braucht ausnahmsweise die Annahme dem Antragenden gegenüber nicht erklärt werden, z. B. bei besonderer Eilbedürftigkeit⁸⁶. Auch aufgrund von § 362 Abs. 1 HGB kann das Schweigen des Versicherungsmaklers als Annahme des Antrags des Vertragssuchenden gewertet werden⁸⁷.

Zur rechtlichen Qualifizierung des Maklervertrages finden sich in der Literatur keine präzisen Ausführungen. Regelmäßig wird der Maklervertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB beschrieben, in dem Werkvertragselemente (Maklerlohn nur bei Vermittlungserfolg) überwiegen⁸⁸.

Eine Besonderheit beim Versicherungsmakler besteht darin, daß dieser seinen Maklerlohn - üblicherweise als Courtage bezeichnet - nicht vom Versicherungsnehmer, sondern vielmehr vom Versicherer erhält⁸⁹. Diese von § 99 HGB abweichende Regelung

84 Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 37.

85 OLG Frankfurt, NJW 1979, 878; MünchKomm-Schwerdtner, § 652, Rdnr. 17.

86 Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 37.

87 Zum Ganzen Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Rn. 37.

88 Prölss/Martin-Martin, Anhang zu §§ 43 - 48, Anm. 1; Voss/Höft, Das Recht der Versicherungsvermittlung, S. 750; Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 38 m. w. N.

89 Sieg, ZVersWiss 1988, S. 263, 283; Prölss/Martin-Martin, Anhang zu §§ 43 - 48, Anm. 1 B; BGHZ 94, 356.

wird üblicherweise mit Gewohnheitsrecht begründet⁹⁰. Als weitere Begründung wird angeführt, daß Rechtsgrund der Courtageschuld der Versicherungsvertrag und dessen Vermittlung sei und der durch den Makler vermittelte Versicherungsantrag an den Versicherer in diesem Sinne auszulegen sei⁹¹.

Aufgrund des Versicherungsmaklervertrages ergeben sich für den Versicherungsmakler im wesentlichen folgende Pflichten: Abweichend vom Recht des Zivil- und des Handelsmaklers begründet der Maklervertrag eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Betätigungspflicht⁹²: Der Versicherungsmakler ist gehalten, sich um einen Abschluß zu bemühen. Bei den Bemühungen, dem Kunden eine dem Risiko adäquate Deckung zu verschaffen, treffen den Versicherungsmakler zahlreiche Pflichten, die Möller als Vermittlungspflichten bezeichnet⁹³. Diese Pflichten wurden auch im sogenannten Sachwalterurteil des Bundesgerichtshofs näher umschrieben⁹⁴. So ist der Makler zur besonderen Sorgfalt bei der Auswahl des Versicherers mit den günstigsten Konditionen, zur Beschaffung ausreichender - eventuell auch vorübergehender - Deckung und zur versicherungstechnisch richtigen Verteilung des Risikos unter den Mitversicherern verpflichtet. Dazu gehören ferner auch die Beratungs-, Erkundigungs- und Geheimhaltungspflichten sowie die verschiedenen besonderen Pflichten und die Betreuung bei der laufenden Ver-

90 Bruck-Möller, vor § 43, Anm. 73.

91 BGHZ 94, 356; Prölss/Martin-Martin, Anh. zu §§ 43 - 48, Anm. 1 B.

92 Schmidt, Reimer, in: Entwicklungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Versicherung, S. 23, 30; teilweise wird die Betätigungspflicht des Versicherungsmaklers aus der vertraglichen Vereinbarung mit dem Versicherungsinteressenten hergeleitet (Zinnert, Der Versicherungsmakler, S. 37).

93 Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 54.

94 BGH, VersR 1985, 930.

sicherung⁹⁵. Aus diesen umfassenden Pflichten können aber auch entsprechende Befugnisse und Zurechnungskriterien entwickelt werden.

Der Inhalt oder die Ausgestaltung des Maklervertrages ist darüber hinaus insbesondere von den konkreten Vereinbarungen und den Handelsusancen abhängig.

Regelungen hinsichtlich des Zahlungsverkehrs werden im Maklervertrag explizit häufig nicht getroffen. In den Verträgen gibt es aber im Rahmen von Einzelvereinbarungen individuelle Abreden.

III. Rechtsbeziehungen zwischen Makler und Versicherungsunternehmen (Alleinversicherung)

Kommt ein Maklervertrag zwischen Versicherungsmakler und Versicherungsvertragssuchendem zustande, so ist ein Versicherungsunternehmen rechtlich zunächst weder beteiligt noch betroffen⁹⁶. Erst dann, wenn der Versicherungsmakler im Rahmen seiner Vermittlungstätigkeit an einen Versicherer herantritt, entsteht ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis auch zu diesem⁹⁷. Bereits in diesem Stadium entstehen für den Versicherungsmakler gegenüber dem Versicherer bestimmte Pflichten, beispielsweise ist er gehalten, alle notwendigen Angaben über das Objekt zu machen, also auch alle Gefahrenumstände mitzuteilen⁹⁸.

Da die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers, wie erwähnt, primär von Gewohnheitsrecht und Handels-

95 Vgl. zu den Vermittlungspflichten Schmidt, Reimer, in: *Entwicklungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Versicherung*, S. 23, 30; Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 54.

96 Prölss/Martin-Martin, Anhang zu §§ 43 - 48, Anm. 1.

97 Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 37; Trinkhaus, *Handbuch der Versicherungsvermittlung*, Bd. 1, S. 133.

98 Gauer, *Der Versicherungsmakler und seine Stellung in der Versicherungswirtschaft*, S. 53.

bräuchen geprägt wird, ist eine generelle Auflistung der Pflichten des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherungsunternehmen nur sehr schwer möglich. Auf konkrete Pflichten und Vollmachten des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherungsunternehmen wird bei den Rechtsproblemen des Abrechnungsverkehrs einzugehen sein⁹⁹.

Der Versicherungsmakler, der seine Tätigkeit unabhängig ausübt, kann grundsätzlich mit allen Versicherern zusammenarbeiten¹⁰⁰. Vom Modell des typischen Versicherungsmaklergeschäftes ausgehend, sollte der Versicherungsmakler im Prinzip nur von Fall zu Fall, d. h. bei der Vermittlung und Abwicklung einzelner Versicherungsverträge, in Geschäftsverbindung zu einem Versicherungsunternehmen treten¹⁰¹. Im Grundsatz sind deshalb Abreden nicht statthaft, wonach sich der Versicherungsmakler gegenüber einem Versicherungsunternehmen zu einer ständigen Vermittlung von Versicherungsverträgen verpflichtet. Dennoch wird man davon ausgehen können, daß ein nicht unwesentlicher Teil von kleineren Versicherungsmaklern von der technischen Leistung des Versicherungsunternehmens abhängt, sie also mangels eigener Kontakte und Erfahrungen Risiken nur bei wenigen Versicherern placieren können. Genaueres kann nur an Hand einer rechtstatsächlichen Untersuchung festgestellt werden; dies ist aber nicht Gegenstand dieser Darstellung. Festzuhalten bleibt lediglich, daß die Tätigkeit

99 Zu den Rechtsbeziehungen zwischen Makler und Versicherungsunternehmen (Alleinversicherung) vgl. auch Gauer, Der Versicherungsmakler und seine Stellung in der Versicherungswirtschaft, S. 44 ff.; Prölss/Martin-Martin, Anh. zu §§ 43 - 48; Schmidt, Reimer, in: Entwicklungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der Versicherung, S. 23 ff.; Bruck-Möller, vor §§ 43 - 48, Anm. 37 ff.

100 Zinnert, Der Versicherungsmakler, S. 23.

101 Voss/Höft, Das Recht der Versicherungsvermittlung, S. 753.

des Versicherungsmaklers so ausgestaltet sein sollte, daß er an kein Versicherungsunternehmen gebunden ist, sondern sich frei auf dem Versicherungsmarkt bewegen kann¹⁰². Je nach Lage der Dinge können sich aber aus der mehr oder minder festen Beziehung auch Konsequenzen für die Vertretungsbefugnis und die Zurechnung ergeben.

C. Abrechnungsarten

Die Hauptfrage zur Lösung (fast) aller denkbaren rechtlichen Schwierigkeiten im Abrechnungsverkehr über einen Makler stellt die Zurechnung des Leistungsempfangs dar. Diese ist hauptsächlich vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Inkassovollmacht abhängig. Doch spielt es auch eine Rolle, wie die betroffenen Parteien miteinander die Leistungen abrechnen.

Neben der Frage der Vollmachten ist für die Problematik des Abrechnungsverkehrs zwischen Versicherer und Makler beziehungsweise Makler und Versicherungsnehmer auch entscheidend, welche Abrechnungsart gewählt wird.

I. Kontokorrent

Zunächst ist denkbar, daß die Parteien ausdrücklich oder konkludent eine Abrechnung im Kontokorrent vereinbaren. Bei einem Kontokorrent werden zwischen zwei Parteien Aktiv- und Passivposten (gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten) in Rechnung gestellt, wobei eine periodische Verrechnung stattfindet und dabei ein Saldo zugunsten einer Partei festgestellt wird¹⁰³.

102 Gauer, Der Versicherungsmakler und seine Stellung in der Versicherungswirtschaft, Weisenburg 1951, S. 44.

103 vgl. dazu eingehend Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 115.

1. Voraussetzungen

a) Beteiligung eines Kaufmanns

Ein Kontokorrentverhältnis kann nur vorliegen, wenn mindestens auf einer Seite ein Kaufmann (auch Minderkaufmann) beteiligt ist (§ 355 HGB). In den vorliegenden Fällen ist eine der beiden Vertragsparteien ein Versicherungsunternehmen. Dieses ist entweder als AG gem. §§ 3 AktG, 6 Abs. 1 HGB Kaufmann oder als VVaG gem. § 16 VAG hinsichtlich des Kontokorrents als Kaufmann zu behandeln¹⁰⁴. Im übrigen ist der Versicherungsmakler wie dargelegt regelmäßig Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB, was aber für das Vorliegen eines Kontokorrents im Verhältnis zum Versicherungsunternehmen nicht einmal erforderlich ist¹⁰⁵. Bedeutsam kann dies bei der Abrechnung zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Makler werden.

b) Auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung

Weiter muß es sich bei der der Abrechnung zugrunde liegenden Beziehung um eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung handeln, bei der eine Verrechnung und Saldofeststellung nach regelmäßigen Zeitabschnitten vereinbart ist. Hinsichtlich einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung könnten beim Versicherungsmakler im Verhältnis zum Versicherer zunächst einmal Zweifel auftreten, da dieser nach dem klassischen Berufsbild unabhängig von einem Versicherungsunternehmen arbeiten soll, also eine dauerhafte Verbindung Makler-Versicherer gerade

104 Prölss, VAG, § 16, Rdnr. 5.

105 Mindestens eine der beiden Parteien ist damit nach dem Gesetz als Kaufmann verpflichtet, eine Buchführung zu betreiben. Daß eine Buchführung tatsächlich betrieben wird, ist allerdings keine Voraussetzung für ein Kontokorrent, so daß eine fehlende oder eine fehlerhafte Buchführung ein Kontokorrent nicht verhindert; Staub-Canaris, § 355, Anm. 33.

nicht bestehen soll¹⁰⁶. Allerdings ist auch in solchen Fällen, in denen der Makler einmalig zur Vermittlung an ein Unternehmen herantrat, zu bedenken, daß es in der Regel ebenfalls zu den klassischen Aufgaben des Versicherungsmaklers gehört, den Kunden während der gesamten Laufzeit des Vertrages zu betreuen. Damit entsteht bereits über die Betreuung und Vertragsabwicklung eines einzigen Kunden zwischen dem Makler und dem Versicherungsunternehmen eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung. Gleiches gilt für das Verhältnis des Maklers zum Versicherungsnehmer. In beiden Fällen wird daher eine auf Dauer angelegte Verbindung bestehen, die natürlich nicht zu einem Abhängigkeitsverhältnis führen muß.

c) Periodische Verrechnung

Weitaus problematischer ist die Feststellung einer Vereinbarung zur Verrechnung und Saldofeststellung nach regelmäßigen Zeitabschnitten. Eine solche Vereinbarung kann formlos und stillschweigend¹⁰⁷ getroffen werden. Da - wie bereits beschrieben - ausdrückliche Regelungen über den Zahlungsverkehr nicht selten fehlen, wird hier häufig nur eine konkludente Vereinbarung vorliegen. Eine solche könnte beispielsweise darin zu sehen sein, daß die Parteien regelmäßig eine Saldofeststellung durchführen bzw. akzeptieren. Nicht ausreichend ist dabei aber, daß hin und wieder (in unregelmäßigen Zeitabschnitten) Aufrechnungsverträge geschlossen werden¹⁰⁸.

Hier wird man differenzieren müssen: Zwischen einem Makler und einem Versicherungsunternehmen werden in der Regel umfangreiche Geschäftsbeziehungen bestehen, die bei einer Verrechnung den Schluß auf eine

106 siehe oben zu § 3 A III.

107 BGH, WM 1970, 184 (185); Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 115.

108 OLG Köln, MDR 1963, 138.

Kontokorrentvereinbarung zu lassen. Bei den Versicherungsnehmern wird dagegen nach dem Umfang der Geschäftsbeziehungen und der Vielfältigkeit der Zahlungsbewegungen zu unterscheiden sein. Die Abrechnung einer einzigen Hausratversicherung dürfte kaum den Schluß auf den Willen der Parteien zulassen, hier solle eine Abrechnung im Kontokorrent durchgeführt werden. Zahlen hingegen Großkunden fünf- oder sechsstelligen Prämien für ein Bündel von Versicherungen, gebietet dies eine andere Wertung.

Sollte eine reine Verrechnungsabrede in den AGB einer oder beider Parteien festgelegt sein, kann dies durch einverständliches und konkludentes Abweichen beider Parteien geändert werden, auch wenn Änderungen in den zugrunde liegenden AGB nur in Schriftform möglich sein sollen¹⁰⁹.

2. Arten des Kontokorrents

Liegt ein Kontokorrent vor, so ist zu unterscheiden, ob es sich um ein Periodenkontokorrent oder um ein Staffelnkontokorrent handelt.

a) Periodenkontokorrent

Bei einem Periodenkontokorrent erfolgt die Saldofeststellung jeweils am Ende eines vorher festgelegten Zeitraumes (etwa jeden Monat, nach sechs Monaten). Ist ein solcher Zeitraum nicht ausdrücklich oder konkludent vereinbart, greift die gesetzliche Regelung des § 355 Abs. 2 HGB ein, wonach ein Verrechnungszeitraum von einem Jahr gilt.

b) Staffelnkontokorrent

Dagegen wird beim Staffelnkontokorrent ein Saldo immer dann - automatisch - festgestellt, wenn ein

¹⁰⁹ OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

neuer Posten in das Kontokorrent eingestellt wird¹¹⁰.

c) Erscheinungsformen der Abrechnung zwischen Versicherer/Versicherungsnehmer und Makler

Bei der Abrechnung im Verkehr zwischen Makler und Versicherer dürfte es sich - sofern ein Kontokorrent vorliegt¹¹¹ - in aller Regel um ein Periodenkontokorrent handeln: Eine Abrechnung bei jeder Neueinstellung eines Postens ist gerade bei einer umfangreichen Geschäftsbeziehung aufgrund der Betreuung mehrerer Versicherungsnehmer ein kaum zu bewältigender Verwaltungsaufwand, den beide Parteien in der Regel nicht wollen. Vielmehr wird regelmäßig zu bestimmten Zeitabständen ein Saldo erstellt.

Soweit bei einem Versicherungsnehmer im Verhältnis zum Makler ein Kontokorrent angenommen wird, kann je nach Umfang der gegenseitigen Leistungen auch die Abrede eines Staffekontokorrents vorliegen.

3. Wirkungen des Kontokorrents

Während das Vorstehende zur Frage des Bestehens eines Kontokorrents nur einen Einfluß auf die Zurechnung von Leistungen an den zwischengeschalteten Makler hat, sind die Wirkungen des Kontokorrents auch deshalb von Interesse, weil bei der Abrechnung über den Versicherungsmakler regelmäßig eine Bank

110 Grundlegend zum Staffekontokorrent: Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Rdnr. 30; K. Schmidt, Handelsrecht, § 20 II 2 e; S. 551; zur Rechtsnatur des Saldos eines Staffekontokorrents: BGHZ 50, 277 (279 ff.); 58, 257 (260).

111 Denkbar ist auch eine Abrechnung, die nicht nach festen Zeitabschnitten erfolgt. Dann handelt es sich rechtstechnisch nicht um ein Kontokorrent sondern um eine Aufrechnung oder um Abrechnungsverträge, dazu folgend sub II. und III.

beteiligt sein wird. Auf die Auswirkungen für das Bankkontorrent und die Möglichkeit, im Konkurs des Maklers an noch vorhandenes Vermögen heranzukommen beziehungsweise sein Vermögen herauszuverlangen, wird am Ende des § 4 eingehend eingegangen werden.

Die Wirkungen des Kontokorrents sind im Gesetz nicht vollständig geregelt. Dennoch sind sie größtenteils im Praktischen nicht umstritten, auch wenn die dogmatischen Begründungen unterschiedlich sind. Bezüglich der Rechtsfolgen sind zunächst die Wirkungen der Einstellung der Forderungen darzustellen und anschließend die Wirkungen der Anerkennung des Saldos.

Umstritten ist insbesondere, ob mit der Feststellung und Anerkennung des Saldos eine Novation erfolgt oder nicht. Die wohl noch herrschende Ansicht und vor allem die Rechtsprechung befürworten weiterhin eine Novation¹¹², während ihr von der Gegenseite insbesondere vorgeworfen wird, in vielen Fällen die Folgen der Novation inkonsequenterweise zu umgehen¹¹³.

- a) Wirkungen der Einstellungen der Forderungen
 - aa) Keine Verfügbarkeit der Forderungen

Durch die Einstellung verliert die Forderung ihre rechtliche Selbständigkeit, sie ist "gelähmt" und stellt nur noch einen Rechnungsposten dar¹¹⁴. Dadurch kann sie nicht mehr als solche geltend gemacht werden, auch nicht gerichtlich (Fest-

112 BGHZ 50, 277 (279); 58, 257 (260); 80, 172 (176); Düringer/Hachenburg-Breit, § 355, Anm. 42; Glanegger-Ruß, § 355, Rdnr. 10 kritisch: Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 117.

113 Zu den Nachweisen vergleiche: Staub-Canaris, § 355, Rdnr. 88 f.; Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 117.

114 K. Schmidt, Handelsrecht, § 20 III 1, S. 467 f.

stellungsklage statt Leistungsklage¹¹⁵); sie kann weder abgetreten noch gepfändet werden¹¹⁶.

bb) Hemmung der Verjährung

Darüber hinaus ist die Verjährung der Forderung bis zur Saldofeststellung gehemmt¹¹⁷. Wird der Saldo anerkannt, wird er auf die neue Rechnung vorgetragen, sofern er nicht bezahlt wird¹¹⁸. Beim Vortrag verjährt er nach Beendigung des Kontokorrents und zwar regelmäßig nach 30 Jahren¹¹⁹. Wird der Einstellungsposten nicht anerkannt, so verjährt er nach seiner eigenen Verjährungsfrist¹²⁰. Dies bedeutet aber einen Bruch mit der Ansicht der herrschenden Rechtslehre, wonach die Forderung mit Einstellung ihre Selbständigkeit verliert; diese erscheint eher zu "ruhen".

cc) Keine Tilgung

Ließe man den Einzelforderungen ihren eigenen Charakter, so wäre eine entsprechende Anwendung der §§ 366, 367 BGB möglich¹²¹; es könnte also etwa hier der Makler bestimmen, auf welche seiner Prämienabgabepflichten eine bestimmte Leistung anzurechnen ist. Eine solche Bestimmung ist dagegen im Kontokorrent mit der herrschenden Ansicht ausgeschlossen; es erfolgt eine pro-rata-

115 RGZ 125, 411 (416); Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Rdnr. 27: Es kann nur auf Feststellung geklagt werden, daß ein kontokorrentpflichtiger Anspruch besteht beziehungsweise nicht besteht.

116 Staub-Canaris, § 355, Rdnr. 60; Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Rdnr. 27; Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 116.

117 Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 116.

118 Baumbach/Duden/Hopt, § 355, Anm. 3 E.

119 BGHZ 49, 24 (29).

120 Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 116.

121 So etwa: Staub-Canaris, § 355, Rdnr. 74 f.

Verrechnung¹²², nämlich in dem Sinne, daß prozentual auf alle offenen Beträge angerechnet wird.

b) Wirkung der Saldoanerkennung

Nach der herrschenden Auffassung wird bei Anerkennung ein abstrakter Schuldanerkenntnisvertrag i. S. v. § 781 BGB geschlossen¹²³. Wie erläutert ersetzt (erneuert) nach noch herrschender Ansicht darüber hinaus der entstehende Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis die in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen (Novation), während die Einzelforderungen erlöschen¹²⁴. Nach der Gegenansicht bleiben die Einzelforderungen neben der Forderung aus dem Schuldanerkenntnis bestehen und sind nur in der Durchsetzbarkeit gehemmt¹²⁵.

Angreifbar ist die herrschende Lehre vor allem, weil § 356 HGB es erlaubt, daß für eine eingestellte und anerkannte Forderung weiterhin aus der alten Sicherheit Befriedigung gesucht werden kann. In einer Analogie zu § 356 HGB wird darüber hinaus auch ein Rückgriff auf bereits saldierte Einzelforderungen eröffnet, soweit daran ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht¹²⁶. Damit sei ein Bruch gegenüber der Vorstellung gegeben, daß die Forderung mit der Einstellung in das Kontokorrent ihre Selbständigkeit verliert. Auch hier sprechen

122 RGZ 87, 434 (438); BGH, WM 1959, 472 (474); 1961, 1046 (1047); 1970, 184 (186).

123 Vergleiche nur: BGHZ 49, 24 (27); BGH, WM 1972, 283 (285); Staub-Canaris, § 355, Rdnr. 93; Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Rdnr. 35.

124 BGHZ 50, 277 (279); 58, 257 (260); 80, 172 (176); Düringer/Hachenburg-Breit, § 355, Anm. 42; Glanegger-Ruß, § 355, Rdnr. 10; kritisch: Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 117; ablehnend: Staub-Canaris, § 355, Rdnr. 88 ff.; Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Rdnr. 39.

125 Staub-Canaris, § 355, Rdnr. 90.

126 BGH, NJW 1970, 560.

die Auswirkungen eher für ein "Ruhe" der Forderung.

4. Sicherheiten

Gemäß § 356 HGB können die Sicherheiten für eine Einzelforderung auch nach Einstellung und Anerkennung eines Saldos geltend gemacht werden. Zu beachten ist hierbei, daß neben den in § 356 Abs. 1 HGB aufgezählten Sicherheiten auch noch die Hypothek, Grundschuld und Sicherungsübereignung sowie Vormerkung, Zurückbehaltungsrecht und Eigentumsvorbehalt zu den geltend zu machenden Sicherheiten zählen¹²⁷.

Diese Sicherheiten können auch für die Saldoforderung geltend gemacht werden und zwar in der Höhe der Einzelforderung, für welche die Sicherheit bestellt war. Wenn der Saldo wieder in das Kontokorrent eingestellt wird, haftet diese Sicherheit nur noch bis zur Höhe des niedrigsten (Folge-) Saldos¹²⁸. Weiter ist es möglich, für die jeweilige Saldoforderung eine Sicherheit zu bestellen; diese wird dann nicht durch die Höhe eines Zwischensaldos begrenzt¹²⁹.

5. Pfändung

a) Einzelforderung

Eine einzelne Forderung aus dem Kontokorrent kann grundsätzlich nicht gepfändet werden. Eine Ausnahme besteht - wie oben angedeutet - aus besonderem

127 Hopt in: Baumbach/Duden/Hopt, § 356, Anm. 1; Schlegelberger-Hefermehl, § 356, Rdnr. 5; Capelle-Canaris, S. 288.

128 BGHZ 26, 142 (150); Schlegelberger-Hefermehl, § 356, Rdnr. 12 f.; Hübner, Handelsrecht, Rdnr. 118.

129 Staub-Canaris, § 356, Rdnr. 32.

wirtschaftlichem Interesse¹³⁰. Dabei soll es sich um die Folge der Anwendung von Treu und Glauben handeln. Die Vertragsabreden sollen so auszulegen sein, daß eine Folge, die von beiden Parteien beim Vertragsschluß nicht gewollt sein kann, nicht eintritt. Daher können sich nur Vertragsparteien auf dieses besondere wirtschaftliche Interesse berufen, nicht aber Dritte. So soll etwa ein Konkursvorrecht einer Partei nicht vom Kontokorrent betroffen sein¹³¹ und die Aufrechnungsmöglichkeit einer Partei außerhalb des Kontokorrents weiterbestehen¹³².

b) Saldoforderung

Möglich ist aber die Pfändung des Saldos. § 357 HGB bestimmt, daß Passivposten, die nach der Pfändung in den Saldo eingestellt werden, nicht die Rechte des Gläubigers berühren. Allerdings nutzen dem Gläubiger auch zukünftige Aktivbuchungen nichts.

c) Künftiger Saldo

Um diesem Nachteil für den Gläubiger zu begegnen, erlauben es die Rechtsprechung und die ganz herrschende Lehre, daß der Gläubiger auch zukünftige Salden pfänden kann¹³³. Die Pfändung erstreckt sich dabei auf alle künftigen Salden, bis der Gläubiger befriedigt ist¹³⁴. Aber auch dies kann für den Gläubiger nachteilig sein, wenn dem Schuldner die Möglichkeit gegeben wird, während des Verrechnungszeitraumes Abbuchungen vorzunehmen, so daß

130 BGHZ 58, 257 (262); BGH, WM 1970, 184 (186); Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Rdnr. 39.

131 RGZ 162, 244 (251); 164, 212 (215).

132 BGH, WM 1955, 1163 (1164); Dies ist ein Fall, bei dem die Anhänger der Novationstheorie die Folgen dieser Theorie außer acht lassen, weil diese Theorie zu ungewollten Ergebnissen führt.

133 OLG Oldenburg, WM 1979, 591 (593 f.); Cappelletti/Canaris, S. 289.

134 BGHZ 80, 172 (181).

am Ende eines Verrechnungszeitraumes immer ein negativer oder ausgeglichener Saldo besteht; dann läuft die Pfändung ins Leere. Daher erlaubt es die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit Teilen der Lehre auch, zukünftige - fiktive - Tagessalden zu pfänden¹³⁵ mit der Folge, daß der Gläubiger Zugriff auf jede eingehende Zahlung nehmen kann, soweit diese nicht durch eine Abbuchung vom gleichen Tag verbraucht wird.

6. Beendigung

a) Parteivereinbarung

Das Kontokorrent kann durch eine vertragliche Aufhebung oder durch Kündigung beendet werden. Ist nichts anderes vereinbart, besteht nach § 355 Abs. 3 HGB jederzeit das Recht zu einer ordentlichen Kündigung. Konsequenz dieser Kündigung ist, daß Zahlung des Überschusses aus der laufenden Rechnung verlangt werden kann. Es entsteht daher sofort ein Saldo.

b) Konkurs

Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen einer der beiden Beteiligten endet automatisch das Kontokorrentverhältnis. Wie sich aus § 355 Abs. 3 HGB ergibt, entsteht damit auch hier ein Saldo. Besondere Probleme im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung ergeben sich insbesondere, wenn gerade im Zusammenhang mit einem Bankkontokorrent eine Zahlung vor oder nach der Konkurseröffnung geleistet wird und erst nach der Konkurseröffnung in das Kontokorrent eingestellt wird. Dann ist nämlich fraglich, ob die Bank die Zahlung zu Recht in das Kontokorrent (etwa das Gi-

135 BGHZ 84, 325 (328 ff.); Staub(BankR I)-Canaris, Rn 190.

rokonto des Maklers) eingestellt hat, um damit ein Minussaldo des Kunden (Maklers) ihr gegenüber zu verkürzen. Ist ihr Verhalten rechtmäßig, erreicht sie durch diese Kürzung des Minussaldos, daß ihre Ansprüche durch die Zahlung in voller Höhe abgedeckt werden; sie ist dann nicht auf die Konkursquote verwiesen¹³⁶.

II. Verrechnungsabrede

Zu einer offenen Rechnung führt in der Regel das Fehlen der Vereinbarung einer periodischen Saldierung bzw. das tatsächliche Fehlen einer solchen periodischen Abrechnung. Fehlt eines der Merkmale des Kontokorrents, so treten die oben beschriebenen Rechtsfolgen nicht ein. Das heißt, die Forderungen werden nicht gelähmt, sondern bestehen bis zu ihrer Tilgung oder Verrechnung oder Aufrechnung im einzelnen fort. Die Verrechnung selbst erfolgt normalerweise durch einen echten Vertragsschluß, bei dem festgestellt wird, inwiefern sich die einzelnen in die Abrechnung eingestellten Forderungen ausgleichen und diese durch Tilgung oder Aufrechnung erlöschen. Vor dieser Verrechnungsabrede ist allerdings in der Regel bereits die Aufrechenbarkeit der Forderungen gegeben. Dies ist für den Gläubiger besonders deshalb wichtig, weil er im Konkursverfahren nach den § 53 ff. KO eine Aufrechnung durchführen kann, ohne daß er sich auf die Konkursquote verweisen lassen muß.

III. Aufrechnung

Die Aufrechnung ist in den §§ 387 ff. BGB geregelt. Sie hat zwei Funktionen. Zum einen dient sie der Erfüllung der Forderung des Gläubigers. Dies geschieht durch Hingabe der eigenen Forderung als ein

¹³⁶ Dazu gleich unter IV.

Erfüllungssurrogat. Weiter gibt sie dem Schuldner die Möglichkeit, seine Gegenforderung im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen¹³⁷. Das Recht zur Aufrechnung hat daher sowohl eine Sicherungsfunktion als auch als eine Vollstreckungsfunktion. Grundsätzlich müssen sich beide Parteien der Aufrechnung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung einander etwas schulden. Es muß sich daher um gegenseitige Forderungen handeln¹³⁸. Eine Aufrechnung ist grundsätzlich nur mit einer eigenen Forderung möglich¹³⁹. Selbst mit Einwilligung des Dritten nach § 185 BGB kann mit der Forderung eines Dritten nicht aufgerechnet werden¹⁴⁰; diese unwirksame Einwilligung kann aber in eine, die Aufrechnung ermöglichende, Abtretung umgedeutet werden¹⁴¹. Weiter müssen die beiden gegeneinander gerichteten Forderungen auf das Gleiche gerichtet sein. In der Regel wird im hier interessierenden Zusammenhang jeweils eine Geldforderung vorliegen, so daß das Merkmal der Gleichartigkeit ohne weiteres erfüllt ist. Darüber hinaus muß die Gegenforderung, also die Forderung desjenigen, der die Aufrechnung erklärte, rechtlich erzwingbar sein¹⁴². Dies bedeutet, daß sie besteht und durchsetzbar ist. Daher kann auch mit einer auflösend bedingten Gegenforderung aufgerechnet werden¹⁴³. Nicht zulässig ist die Aufrechnung mit einer aufschiebend bedingten oder künf-

137 BGH, NJW 1987, 2997 (2998); Staudinger-Kaduk, Vorbem. zu §§ 387 ff., Rdnr. 1; MünchKomm-von Feldmann, § 387, Rdnr. 1; Larenz, SchuldR I, S. 255.

138 Staudinger-Kaduk, § 387, Rdnr. 2.

139 Staudinger-Kaduk, § 387, Rdnr. 9 ff.; Palandt-Heinrichs, § 387, Anm. 3 b; Larenz, SchuldR I, S. 256.

140 BGH, NJW-RR 1988, 1146 (1150); MünchKomm-von Feldmann, § 387, Rdnr. 3; Soergel-Zeiss, § 387, Rdnr. 1; Larenz, SchuldR I, S. 256.

141 RGZ 78, 382 (384); RGRK-Weber, § 387, Rdnr. 3; Staudinger-Kaduk, § 387, Rdnr. 11; Palandt-Heinrichs, § 387, Anm. 3 b.

142 BGHZ 2, 300 (302); Larenz, SchuldR I, S. 258.

143 Palandt-Heinrichs, § 387, Anm. 5; Soergel-Zeiss, § 387, Rdnr. 8.

tigen Forderung¹⁴⁴. Mit seinen künftig entstehenden Provisionsansprüchen kann daher der Makler nicht aufrechnen. Eine Ausnahme hierzu bildet im Konkursverfahren der § 54 Abs. 1 KO. Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Gegenforderung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch betagt oder bedingt ist. Die Hauptforderung, also jene Verpflichtung, die den Aufrechnenden trifft, braucht zum Zeitpunkt der Aufrechnung nur erfüllbar zu sein¹⁴⁵. Dies bedeutet, daß eine Durchsetzbarkeit nicht erforderlich ist¹⁴⁶.

Eine wirksame Aufrechnungserklärung führt zum Erlöschen der einander gegenüberstehenden Forderungen, soweit sie sich decken¹⁴⁷. Dies geschieht mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt, in der die Aufrechnungslage bestand¹⁴⁸. Diese Rückwirkung hat zur Folge, daß ab dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage keine Zinsen mehr fällig geworden sind. Zudem ist ab dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage kein Verzug mehr gegeben¹⁴⁹.

IV. Bankkontokorrent

In der Einleitung wurde bereits kurz dargestellt, daß bei der Abwicklung des Abrechnungsverkehrs seitens des Maklers das Bankkontokorrent zu berücksichtigen ist. Bedeutsam wird dies insbesondere, wenn der Makler nach Erhalt aber vor Weiterleitung

-
- 144 Staudinger-Kaduk, § 387, Rdnr. 85, 90; MünchKomm-von Feldmann, § 387, Rdnr. 10, Palandt-Heinrichs, § 387, Anm. 5.
 145 RGRK-Weber, § 387, Rdnr. 48; MünchKomm-von Feldmann, § 387, Rdnr. 12.
 146 Larenz, SchuldR I, S. 258.
 147 Vgl.: § 389 BGB.
 148 Staudinger-Kaduk, § 389, Rdnr. 33; Soergel-Zeiss, § 387, Rdnr. 1; Larenz, SchuldR I, S. 259.
 149 BGHZ 80, 269 (278 f.); Staudinger-Kaduk, § 389, Rdnr. 34; Larenz, SchuldR I, S. 259.

von Prämien oder Schadensregulierungsbeträgen zahlungsunfähig wird.

Geldgeschäfte werden heute in aller Regel - so auch zwischen Makler und Versicherungsunternehmen/Versicherungsnehmer - über Banken abgewickelt. Dabei bedienen sich die Teilnehmer am Geldverkehr der Girokonten, die sie bei einer Bank eingerichtet haben. Dies hat für die hier zu untersuchenden Tatbestände in mehrerer Hinsicht Auswirkungen. Zum einen entsteht bei der Einrichtung eines Girokontos grundsätzlich ein (zusätzliches) Kontokorrent, das Bankkontokorrent. Alle Zu- und Abflüsse von Geld, die beim Versicherungsmakler im Zusammenhang mit der Betreuung von Kunden vorkommen, werden über dieses Girokonto abgewickelt. Sie sind damit in ein Kontokorrent eingestellt. Für diese Forderungen gilt daher, daß sie gelähmt sind, nicht einzeln geltend gemacht werden können und den Sicherungsrechten des betreffenden Kontokorrents unterliegen. Als praktische Konsequenz kommt hinzu, daß die Bank durch die Abwicklung der Geschäftsbeziehungen des Maklers einen genauen Überblick über die Finanzlage des Maklers gewinnen kann. Sie ist daher diejenige, die in der Praxis als erste von Zahlungsschwierigkeiten des Maklers erfahren kann. Da das Geld sich auf Konten bei ihr befindet, muß anhand der rechtlichen Konsequenzen und der Gestaltungsmöglichkeiten des Bankverhältnisses überprüft werden, ob sie auch den ersten und auch den endgültigen Zugriff auf noch vorhandene Geldmittel des Maklers hat.

1. Gutschriften auf dem Girokonto und Konkursansprüche Dritter

Wie bereits anlässlich des Kontokorrents angedeutet, kann die Hausbank des Maklers von der Abwicklung des Zahlungsverkehrs über ihr Institut profitieren.

Hat der Makler Verbindlichkeiten gegenüber der Hausbank, die sich in einem Minussaldo seines Girokontos auswirken, kann die Bank durch die Gutschrift eingehender Zahlungen dieses Debet verringern. Damit ist sie im Konkursfalle nicht auf eine Befriedigung nach der Konkursquote angewiesen, soweit Zahlungseingänge die Verbindlichkeiten des Maklers aus diesem Girokonto verringert haben. Die Einstellung in das Kontokorrent (Konto) vereitelt Aussonderungsansprüche Dritter jedenfalls dann, wenn der Zahlungseingang beim Kreditinstitut und die Gutschrift auf dem Konto vor der Zahlungseinstellung erfolgten¹⁵⁰, sofern es sich nicht um ein (hier jedoch selten anzutreffendes) Anderkonto handelt.

In der Praxis bedeutet dies Folgendes. In Abwandlung 1.5.1 zu Beispiel 1.5 hatte der Versicherungsnehmer A eine Prämie an den Makler M - genauer: auf dessen Konto bei der Bank B - überwiesen. Es sei einmal unterstellt, daß sich der Versicherer VA diese Leistung nach dem Dargestellten zurechnen lassen muß. Handelte M also mit Inkassovollmacht, hat er für VA die Überweisung entgegengenommen, sie "gehörte" dem VA. Als M in Konkurs ging, wollte VA erreichen, daß B dieses Geld herausgibt. Wenn das Konto des M bei B vor Eingang der Prämienüberweisung durch A ein Minus aufwies, das durch die eingehende Zahlung verringert wurde, ohne daß nun ein Habenbetrag zu Buche steht, kann die B die Herausgabe des Geldes verweigern. Aussonderungsrechte des Eigentümers im Konkurs (§§ 43, 46 KO) können sich nicht gegen das Kontokorrent durchsetzen. Dasselbe gilt in Ansehung von Beispiel 3.2.

150 BGHZ 58, 257 (259 ff.).

2. Gutschrift von Zahlungseingängen nach der Zahlungseinstellung

Die gesteigerte Möglichkeit des "ersten Zugriffs" verdeutlicht ein weiterer vom Bundesgerichtshof entschiedener Fall: Vor der Konkurseröffnung war zugunsten der späteren Gemeinschuldnerin ein Geldbetrag bei deren Bank eingegangen. Diesen Geldbetrag schrieb die Bank nach Konkurseröffnung dem Girokonto der Gemeinschuldnerin zu. Dieses Konto wies bei Konkurseröffnung einen Passivsaldo auf, der durch die Zubuchung verringert wurde. Der Bundesgerichtshof ließ diese Verrechnung gelten, da sich die Bank entweder noch auf die Kontokorrentabrede stützen könne oder ohne Verstoß gegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO aufrechnen könne¹⁵¹.

In einem weiteren Fall hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß die Verrechnung eines vor Zahlungseinstellung bei der Bank eingegangenen, aber danach erst gutgeschriebenen Geldbetrages auch nicht der Konkursanfechtung nach § 30 KO unterliegt¹⁵².

Anders ist allerdings die Rechtslage, wenn nach der Konkurseröffnung eine Zahlung bei der Bank eingeht. In diesem Fall hat der Bundesgerichtshof die Verrechnung mit dem Passivsaldo nicht gebilligt. Ebenso wenig möglich sei eine Aufrechnung nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO¹⁵³.

Insgesamt bedeutet dies, daß die Bank bei Zahlungen, die vor Konkurseröffnung eingeht, berechtigt ist, diese Zahlung zu ihren Gunsten in das Kontokorrent einzustellen und damit einen Teil ihres Verlustes auszugleichen, um somit nicht auf die Konkursquote angewiesen zu sein.

151 BGH, NJW 1978, 699.

152 BGHZ 74, 129 (131 ff.).

153 BGHZ 74, 253 (254 ff.).

3. Banksicherheiten

Darüber hinaus verfügt die Bank aber auch über eine Reihe von Sicherungsmöglichkeiten, von denen sie umfangreich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken¹⁵⁴ Gebrauch macht. So wird der Bank in Ziffer 19 Abs. 1 dem Kunden gegenüber ein Anspruch eingeräumt, jederzeit die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten zu verlangen. Dieser Anspruch gilt auch zur Sicherung bedingter und befristeter Forderungen. Hinsichtlich des Umfangs der Sicherheit kann die Bank eine angemessene Übersicherung verlangen¹⁵⁵. Die Grenze des Anspruchs auf Sicherheitsbestellung bestimmt sich nach § 138 BGB.

In Ziffer 19 Abs. 2 wird der Bank darüber hinaus ein umfassendes Pfandrecht eingeräumt. Dieses Pfandrecht wird bestellt durch die antizipierte Einigung im Augenblick der Anerkennung der AGB¹⁵⁶. Wirksam wird das Pfandrecht im Zeitpunkt der Übergabe der verpfändeten Sache, etwa eines Wechsels oder eines Schecks. Bei Wechsel und Scheck ist allerdings noch zu beachten, daß nach § 1292 BGB, der durch Ziffer 19 Abs. 2 AGB nicht außer Kraft gesetzt ist, ein Indossament erforderlich ist. Fehlt ein solches Indossament, ist die Pfandrechtsbestellung allerdings nicht unwirksam, vielmehr erfolgt sie nach den §§ 1274 Abs. 1 Satz 2, 1205 Abs. 1 BGB¹⁵⁷. Durch das Fehlen des Indossaments wird daher eine Pfandrechtsbestellung nicht beeinträchtigt, allerdings entfällt der besonders gesteigerte Schutz sowie die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs. Für den Rang des Pfandrechts ist nach § 1209 BGB der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Bestel-

154 Abgedruckt u. a. bei Baumbach/Duden/Hopt, Anhang (8), S. 1254 ff.

155 RGRK-HGB-Canaris, Rdnr. 2654.

156 RGRK-HGB-Canaris, Rdnr. 2657.

157 Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, S. 82 f.

lung des Pfandrechts erfolgt. Da das Pfandrecht durch die Einigung bestellt wird und diese in Ziffer 19 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist, entscheidet über den Rang des Pfandrechts der Augenblick, in dem die AGB vom Kunden anerkannt sind. Auch dies bedeutet einen Vorsprung der Bank vor anderen Gläubigern, etwa vor einem Versicherungsunternehmen als Gläubiger eines Maklers.

Gesichert werden durch das Pfandrecht alle Ansprüche der Bank. In der Regel handelt es sich um Ansprüche aus der Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Kunden. So fallen beispielsweise deliktsrechtliche Ansprüche, die der Bank zufällig und nicht im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr mit dem Kunden entstehen, nicht unter Ziffer 19 AGB der Banken. Als Pfandobjekt erfaßt ist insbesondere auch der Anspruch des Kunden gegen die Bank. Dies steht einer Aufrechnungsmöglichkeit weitgehend gleich, hat aber insofern noch weitergehende Wirkungen, als das Pfandrecht bei nicht aufrechenbaren Forderungen wirksam werden kann, so etwa zur Sicherung einer zukünftigen und daher noch nicht aufrechenbaren Forderung.

§ 4 Die Rechtsbeziehung zwischen Makler und Versicherungsunternehmen - insbesondere: Die Zurechnung des Leistungsempfangs beim Inkasso

Da eine Spezialregelung dieses Rechtsgebiets wie festgestellt fehlt und sich Handelsusancen regelmäßig nicht gebildet haben, ist der Abrechnungsverkehr zwischen Versicherungsmakler und Erstversicherer anhand der oben dargestellten Rechtsinstitute zu untersuchen.

A. Das Prämieninkasso

Dabei soll zunächst (und quasi exemplarisch) das Prämieninkasso untersucht werden. Im Rahmen der allgemeinen Betreuung des Versicherungsnehmers ist es in der Praxis durchaus nicht selten, daß der Versicherungsmakler die Versicherungsprämien beim Versicherungsnehmer einzieht oder der Versicherungsnehmer aus sonstigen Gründen die Prämie an den Makler überweist.

Die erste Frage, die sich für das Versicherungsunternehmen ergibt, ist, ob bei einem verspäteten Prämieeneingang auf seinen Geschäftskonten trotz rechtzeitiger Zahlung durch den Versicherungsnehmer an den Makler im Schadensfall gegebenenfalls Leistungsfreiheit nach §§ 38, 39 VVG eintritt.

Es wurde bereits dargestellt, daß für die Klärung dieser Frage nicht der Grund entscheidend ist, warum der Makler die erhaltene Prämie nicht (rechtzeitig) abgeführt hat. Vielmehr ist ausschlaggebend, ob sich das Versicherungsunternehmen die rechtzeitige Zahlung der Prämie an den Makler als rechtzeitige Zahlung an sich selbst und damit als ordnungsgemäße Erfüllung zurechnen lassen muß.

Die Gründe für eine solche Zurechnung können sich aber aus dem Verhältnis zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Makler ergeben. Durch das Bestehen einer Inkassovollmacht oder durch eine bestimmte Abrechnungsart kann der Grund der Zurechnung geschaffen werden. Für einige Fälle der Zurechnung ist es allerdings entscheidend, wie sich das Verhältnis zwischen Makler und Versicherungsunternehmen nach außen darstellt.

I. Rechtsgeschäftlich erteilte Inkassovollmacht

Ist dem Versicherungsmakler vom Versicherungsunternehmen eine Inkassovollmacht ausdrücklich erteilt worden, so muß der Versicherer die Zahlung an den Versicherungsmakler als eine Zahlung gegen sich gelten lassen.

Hat also im Beispiel 1.2 das Versicherungsunternehmen VA dem Versicherungsnehmer A mitgeteilt, Prämienzahlungen seien an den Makler M zu richten, kann sich VA gegenüber A nicht darauf berufen, daß M die von A erhaltene Prämie nicht an VA sondern an VB weiterleitet. Das Setzen einer Zahlungsfrist nach § 39 Abs. 1 VVG ist daher nicht berechtigt, da sich VA so behandeln lassen muß, als habe es mit dem Erhalt der Prämie durch M selbst die Prämie erhalten. Durch die fehlerhafte Weiterleitung an VB kann der VA nur einen Ersatzanspruch gegen M haben; dazu sogleich sub B.

Genau das gleiche gilt aber auch, wenn das Versicherungsunternehmen dem Makler nicht ausdrücklich sondern konkludent eine Vollmacht erteilt hat. In der Praxis ist dies kaum ein dogmatisch rechtliches Problem. Es ist dort vielmehr die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten im Streifall bewiesen werden kann und wie dieses Verhalten rechtlich zu werten ist. Im äußeren Bild wird sich ein Verhalten, das

zu einer konkludenten Vollmacht führt, kaum von einer Rechtsscheinvollmacht unterscheiden lassen. Im Prinzip gelten die oben dargestellten Grundsätze. Im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch von besonderer Interesse, inwieweit aus der Vereinbarung einer bestimmten Abrechnungsart eine konkludente Vollmachtserteilung gefolgert werden kann.

II. Rechtsscheinvollmacht

Eine Rechtsscheinvollmacht zum Inkasso führt wie eine ausdrückliche oder konkludente Vollmacht zu der beschriebenen Zurechnung des Zahlungseingangs beim Makler zu Lasten des Versicherers. Einen unterschiedlichen "Wert" haben diese verschiedenen Vollmachten nicht. Es ist daher nur aus den Umständen des Einzelfalls festzustellen, ob eine Rechtsscheinvollmacht des Maklers zum Inkasso vorlag.

Eine endgültige verbindliche Antwort darauf, wann im Einzelfall eine solche Vollmacht vorliegen kann, kann niemand geben. Es kann nur beispielhaft angedeutet werden, welche Umstände die Gefahr einer Zurechnung in sich bergen.

Nimmt der Versicherungsmakler mehrfach Prämien des Versicherungsnehmers entgegen und rechnet diese mit dem Versicherungsunternehmen ab, ist dem Versicherungsunternehmen bekannt oder es muß ihm zumindestens bekannt sein, daß der Versicherungsmakler die Prämien der Versicherungsnehmer entgegennimmt. Widerspricht das Versicherungsunternehmen gegenüber dem Versicherungsnehmer dieser Praxis nicht oder erklärt der Makler gegenüber dem Versicherungsnehmer nicht, er sei zur Entgegennahme nicht autorisiert, wird sich das Versicherungsunternehmen häufig zumindest eine Anscheinsvollmacht entgegenhalten lassen müssen.

Wenn also der Versicherungsnehmer A in Beispiel 1.4 fortlaufend seine Prämien an den Makler M überweist und das Versicherungsunternehmen VA dem nicht widerspricht, kann VA gegenüber A keine Verzugszinsen geltend machen, wenn M die Prämie wegen eigener Zahlungsschwierigkeiten nicht an VA weiterleitet.

Unter Umständen kann bereits nach wenigen Inkassieventuell schon nach der ersten Prämienannahme - eine Inkassovollmacht aus Rechtsscheingrundsätzen vorliegen.

Diese "Inkassoduldungs- oder -anscheinsvollmacht" muß das Versicherungsunternehmen auch dann gegen sich gelten lassen, wenn in den im Verhältnis zum Makler zugrunde liegenden AGB eine Inkassovollmacht nicht vereinbart oder gar ausgeschlossen ist. Insoweit geht das tatsächliche Verhältnis auch bei der Duldungs- und Anscheinsvollmacht nach § 4 AGBG den Vereinbarungen als Individualabrede vor¹⁵⁸. Nach einem Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe schadet es dem Versicherungsnehmer nicht einmal, daß der Versicherer im Versicherungsvertrag eine Vollmacht des Vermittlers ausschließt¹⁵⁹. Auch hier muß wohl ein späterer, dem Versicherungsnehmer zur Kenntnis gebrachter oder gekommener Widerspruch gegen die anders verlaufende Praxis erfolgen.

III. Zurechnung aufgrund des Abrechnungsverkehrs

Wie bereits angedeutet kann sich eine Zurechnung aber nicht nur aus einer Inkassovollmacht ergeben. Vielmehr können auch bestimmte Abrechnungsarten zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Makler dazu führen, daß sich das Versicherungsunternehmen eine Zahlung zurechnen lassen muß, bevor es "das Geld" erhalten hat.

158 OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

159 OLG Karlsruhe, VersR 1990, 889 (890).

1. Zurechnung durch Einstellung in ein Kontokorrent

Eine Verrechnung zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Makler erfolgt häufig über die Prämienweiterleitungsforderungen des Versicherers gegen den Makler auf der einen Seite und dem Ausgleich der Provisionen und vorschüssigen Schadenersatzregulierungen andererseits. Eine Forderung auf Weiterleitung einer Prämie kann das Versicherungsunternehmen aber nur dann gegen den Makler haben, wenn der Makler diese Prämie berechtigterweise vom Versicherungsnehmer entgegengenommen hat. Dies ist wie erläutert unproblematisch bei bestehender Inkassovollmacht. Es ist aber auch möglich, daß das Versicherungsunternehmen mit der Verrechnung nachträglich anerkennt, der Makler habe diese Prämie für das Versicherungsunternehmen eingenommen. Soweit keine Vollmacht vorlag, liegt darin im Zweifel eine Genehmigung des Inkassos nach § 177 Abs. 1 BGB. Diese wirkt zurück auf den Moment, in dem der Makler die Prämie vom Versicherungsnehmer erhielt. Alle bis dahin eventuell bestehenden Verzugsfolgen würden dadurch rückwirkend erlöschen. Im Ergebnis besteht bei der Genehmigung des Inkassos derselbe Rechtszustand wie bei einer von Anfang an erteilten Inkassovollmacht.

Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen weder von Beginn an eine Inkassovollmacht erteilt ist noch durch die Abrechnung eine Genehmigung des Einzugs erteilt wird. Der Makler hätte dann nicht mit Wirkung für das Versicherungsunternehmen die Prämie erhalten, sondern als dessen "Zahlstelle". Allerdings kann auch dies zu einer Zurechnung führen.

Haben der Versicherungsmakler und das Versicherungsunternehmen in der gegenseitigen Abrechnung ein Kontokorrentverhältnis vereinbart, so

gehen sie davon aus, daß die eingestellten Zahlungen in diesem Abrechnungsverkehr sich einander aufheben sollen, so daß nur am Ende des Abrechnungszeitraums ein Positiv- oder Negativsaldo verbleibt. Wenn daher ein Versicherungsmakler eine Prämie von einem Versicherungsnehmer erhält und diese in das Kontokorrent mit dem Versicherungsunternehmen einstellt, bewirkt dies, daß die Forderung des Versicherungsunternehmens gegen den Makler auf Weiterleitung dieser Versicherungsprämie als solche nicht mehr existiert, sondern im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsmakler bereits als "abgerechnet" gilt. Daher wird angenommen, daß mit der Einstellung der Prämie in das Kontokorrent die Leistung an den Versicherer als bewirkt anzusehen ist¹⁶⁰. Dem wird man entgegen einer anderen Ansicht¹⁶¹ zustimmen müssen, da die Einstellung in das Kontokorrent bereits die Forderung des Versicherers auf Weiterleitung der Prämien lähmt und diese somit nicht mehr durchsetzbar ist. Damit gilt die Prämie des Versicherungsnehmers im Verhältnis zwischen Makler und Versicherer faktisch als geleistet. Weiter ist der einverständlichen Einstellung in das Kontokorrent zu entnehmen, das das Versicherungsunternehmen diese Forderung nicht mehr geltend machen will, also auch nicht mehr gegenüber dem Versicherungsnehmer.

Zu beachten ist dabei, daß die Zurechnung durch die Einstellung in ein Kontokorrent zeitlich nach dem Erhalt der Prämie durch den Makler erfolgt. Wie dargestellt kann bereits durch den Eingang der Prämie beim Makler eine Zurechnung zu Lasten des Versicherers gegeben sein. Eine Zurechnung durch das Kontokorrent ist demnach nur in den Fällen interes-

160 Bruck/Möller, vor §§ 43-48, Anm. 43.

161 Ritter, HGB, § 93, Anm. 5 g ff.; Ritter, ADS, § 16, Anm. 9; Clasen, JRPV 29, 160 (164); Pauly, Mitteilungen 21, 228 (231).

sant, in denen weder eine ausdrückliche noch eine andere Inkassovollmacht an den Makler vorliegt.

Wenn etwa in Beispiel 1.1 der Versicherungsnehmer A seine Erstprämie an den Makler M überweist und keine Anzeichen für eine Inkassovollmacht oder eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB vorliegen, wird dem Versicherungsunternehmen VA der Zahlungseingang beim M nicht zugerechnet. Stellt der M aber etwa am Monatsende die Prämie in ein Abrechnungskontokorrent mit VA ein, entscheidet der Zeitpunkt der Einstellung in das Kontokorrent darüber, ob die Prämienzahlung rechtzeitig erfolgte und eventuell eine Leistungsfreiheit des VA im Schadensfall gegeben ist.

Zu beachten ist hierbei aber, daß diese Überlegungen praktisch vor allem für die Erstprämien von Belang sein können. Wenn der Makler ständig Prämien vom Versicherungsnehmer annimmt und das Versicherungsunternehmen diese widerspruchslos mit dem Makler verrechnet, wird daraus in aller Regel eine Rechtsscheinvollmacht entstehen, so daß für die Folgenprämien die oben erläuterten Grundsätze gelten.

2. Zurechnung durch Einstellung in einen Verrechnungsvertrag oder eine Aufrechnung

Wie erläutert wird beim Fehlen eines Kontokorrents bei der Abrechnung zwischen Makler und Versicherungsunternehmen häufig eine Verrechnungsabrede oder eine Aufrechnung vorliegen. Für sie gilt hinsichtlich der Zurechnung im Ergebnis das gleiche wie beim Kontokorrent.

Mit der Verrechnung oder Aufrechnung erkennt das Versicherungsunternehmen regelmäßig an, daß der Makler als zur Einziehung berechtigt anzusehen ist.

Soweit er es nicht bereits durch eine (konkludente) Inkassovollmacht war, liegt in der Abrechnung somit häufig eine Genehmigung des Inkassos gemäß § 177 Abs. 1 BGB. Soweit dies nicht der Fall ist, wird erst mit der Einstellung der Prämienweiterleitungsforderung in die Abrechnung - also beim Kontokorrent bereits mit der Einstellung in das Kontokorrent sonst erst mit dem Abschluß des Verrechnungsvertrages oder der wirksamen Erklärung der Aufrechnung - die Leistung des Versicherungsnehmers an das Versicherungsunternehmen bewirkt.

3. Konkludente Vollmacht durch Vereinbarung eines Kontokorrents

Über das eben Dargestellte hinaus ist aber fraglich, ob nicht bereits mit der Vereinbarung eines Kontokorrents auch eine Vollmachterteilung anzunehmen ist. Auch dies würde dazu führen, daß der Versicherungsnehmer nicht erst mit der erfolgten Abrechnung¹⁶² von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Versicherer frei wird, sondern bereits wie in den anderen Fällen einer Inkassovollmacht oder Genehmigung mit der Zahlung an den Makler.

Wenn das Versicherungsunternehmen und der Versicherungsmakler ein Kontokorrent vereinbaren, so ist dem Versicherungsunternehmen bewußt, daß der Makler die Prämien einziehen und ihm gutstellen wird. So wird zum Teil angenommen, daß bereits durch die Vereinbarung eines Kontokorrents eine Vollmachterteilung vorliegt¹⁶³. Dies erscheint grundsätzlich richtig.

162 Zu den entscheidenden Zeitpunkten bei Kontokorrent, Verrechnung und Aufrechnung siehe im Absatz zuvor.

163 Möschel, JRPV 1928, 272 (274); Guszewski, S. 145.

Dem kann aber nur mit der Einschränkung gefolgt werden, daß das Versicherungsunternehmen und der Versicherungsmakler ausdrücklich ein Kontokorrent vereinbaren. Haben die Vertragsparteien kein Kontokorrent vereinbart oder sogar eine andere Abrechnungsart, wird aber durch den tatsächlichen Ablauf der Abrechnung ein Kontokorrent begründet, so kann nicht mehr davon ausgegangen werden, daß die Parteien durch das nur tatsächliche Vorliegen eines Kontokorrents rückwirkend eine Vollmacht erteilen wollen. Jedenfalls für die Vergangenheit dürfte es dabei bleiben, daß eine Leistung an das Versicherungsunternehmen nur dann vorliegt, wenn die Zahlung in das Kontokorrent eingestellt wird.

IV. Fehlende Zurechnung

Wenn zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherungsunternehmen kein Kontokorrentverhältnis vorliegt und auch aus den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht keine Inkassovollmacht des Versicherungsmaklers zu folgern ist, wirkt die Leistung des Versicherungsnehmers an den Versicherungsmakler nicht befreiend. Die Leistung des Versicherungsnehmers ist erst dann erfüllt, wenn die Leistung durch den Makler an das Versicherungsunternehmen weitergeleitet wird. Führt der Makler aus irgendeinem Grund die Prämie überhaupt nicht namens des Versicherungsnehmers an das Versicherungsunternehmen ab, etwa weil er zuvor zahlungsunfähig wird, das Geld anderweitig verwendet, für den falschen Versicherungsnehmer oder an ein falsches Versicherungsunternehmen abführt, kann das Versicherungsunternehmen nach den Regeln der §§ 38, 39 VVG eine Zahlungsfrist setzen und von seiner Leistungspflicht im Schadensfall freiwerden. Zudem hat es einen Anspruch gegen den Versicherungsnehmer auf Verzugsschaden, soweit dieser nachgewiesen wer-

den kann. Dem Versicherungsnehmer bleiben indes Schadenersatzansprüche gegen den Makler.

V. Zusammenfassung

Hat der Versicherer dem Makler ausdrücklich oder konkludent eine Vollmacht zur Entgegennahme der Prämien im Namen des Versicherers erteilt, gilt die Prämie mit dem Eingang beim Makler als an das Versicherungsunternehmen geleistet. Der Versicherungsnehmer wird in diesem Moment von seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Versicherungsunternehmen frei, obwohl das Versicherungsunternehmen selbst die Prämie noch nicht erhalten hat.

Gleiches gilt auch, wenn der Makler "kraft Rechtsscheins" eine "Inkassovollmacht" besitzt. Wenn in Beispiel 1.4 der Versicherungsnehmer A regelmäßig an den Makler M geleistet hat, ohne daß der Versicherer VA dieser Praxis widersprach, ist daraus regelmäßig eine Inkassovollmacht (Duldungs- oder Anscheinsvollmacht) des M herzuleiten. Die Zahlungsschwierigkeiten des M berühren die Erfüllung durch A nicht. Anders nur wenn, wie in Beispiel 2.1 VA dem A durch Rundbrief mitgeteilt hat, daß M nicht mehr zur Entgegennahme der Prämien berechtigt ist.

Weiter kann sich eine Zurechnung zugunsten des Versicherungsnehmers auch dann ergeben, wenn durch eine Abrechnung zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Makler eine nachträgliche Genehmigung des Inkassos erteilt wird. In Beispiel 1.7 sei unterstellt, daß der Makler M die Prämie des Versicherungsnehmers A entgegengenommen hatte, ohne daß dies dem Versicherungsunternehmen VA zuzurechnen war. Die Prämie hat M danach in ein Kontokorrent mit VA eingestellt und beide Parteien haben das Saldo akzeptiert. Daher kann sich VA später

nicht mit dem Argument, es habe von A nicht die Erstprämie erhalten, auf Leistungsfreiheit berufen.

Sollten VA und M im eben genannten Beispiel von Anfang an eine Abrechnung über ein Kontokorrent vereinbart haben, wird man sogar davon ausgehen müssen, daß es einer nachträglichen Genehmigung durch die Saldoanerkennung gar nicht bedurft hätte, da in der Vereinbarung des Kontokorrents regelmäßig die konkludente Erteilung einer Inkassovollmacht zu sehen ist.

Nur wenn keine Inkassovollmacht und keine Abrechnung oder Abführung der Prämie durch den Makler an das Versicherungsunternehmen vorliegt, hat der Versicherungsnehmer seine Prämienzahlungspflicht nicht erfüllt, so daß das Versicherungsunternehmen die Rechte aus §§ 38, 39 VVG geltend machen kann.

VI. Exkurs: Die Stundungszusage des Maklers

Ähnlich wie das Inkasso der Prämie durch den Makler ist auch eine Stundungsvereinbarung zwischen Makler und Versicherungsnehmer zu beurteilen. Ist der Makler durch rechtsgeschäftliche Vollmacht oder Rechtsscheinvollmacht zum Inkasso berechtigt, wird er regelmäßig auch namens des Versicherers dem Versicherungsnehmer eine Stundung der Prämien gewähren können. Soweit dies dem Versicherungsunternehmen zurechenbar ist, sind dessen Prämienforderungen gegen den Versicherungsnehmer nicht durchsetzbar, so daß es die Rechte der §§ 38, 39 VVG nicht geltend machen kann.

B. Die bevorschußte Regulierung von Schäden

Das Prämieninkasso ist in der Praxis wahrscheinlich die häufigste aber nicht die einzige Situation, in der es darauf ankommt, ob rechtsgeschäftliche Hand-

lungen des Maklers dem Versicherungsunternehmen zuzurechnen sind. Ein weiteres Problemfeld kann die vorschüssige Regulierung von Schäden oder die Regulierungszusage durch den Makler sein.

I. Rechtsgeschäftliche Schadenregulierungsvollmacht des Maklers

Wenn der Makler eine Regulierungsvollmacht hat und im Rahmen dieser Vollmacht handelt, erkennt er durch die vorschüssige Regulierung für den Versicherer den Schaden an (sofern dies vorbehaltlos geschieht) und erfüllt die Verpflichtung des Versicherers zur Schadensregulierung. Handelte er dabei im Rahmen seiner Vollmacht, wird das Versicherungsunternehmen durch die Anerkennung so verpflichtet, als hätte es selbst den Schaden anerkannt. Durch die Regulierung namens und mit Vollmacht des Versicherers ist der Versicherungsnehmer so gestellt, als habe er den Betrag direkt vom Versicherungsunternehmen erhalten. Der Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer erlischt damit durch Erfüllung. Im Innenverhältnis zwischen Makler und Versicherungsunternehmen hat der Makler einen Ausgleichsanspruch gegen das Versicherungsunternehmen aus dem der Regulierungsvollmacht zugrundeliegenden vertragsähnlichen Rechtsverhältnis oder, sofern ein solches ausnahmsweise fehlt, aus den Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, §§ 677 ff. insbes. § 683 i. V. m. § 670 BGB).

Gibt der Makler nur eine Regulierungszusage und handelt dabei im Rahmen seiner Vollmacht, ist das Versicherungsunternehmen ebenso gegenüber dem Versicherungsnehmer verpflichtet, als wenn es selbst diese Zusage gegeben hätte. Seitens des Versicherungsnehmer besteht damit ein Regulierungsanspruch gegen das Versicherungsunternehmen.

Soweit der Makler im Rahmen einer Regulierungsvollmacht gehandelt hat, es ist für den Versicherungsnehmer daher gleichgültig, ob das Versicherungsunternehmen die Regulierung ablehnt. Es ist durch das wirksame Handeln des Vertreters also des Maklers gebunden. Nur im Innenverhältnis ist entscheidend, ob tatsächlich ein regulierungspflichtiger Versicherungsfall vorlag oder nicht. Wenn der Makler M in Beispiel 3.3 von VA Regulierungsvollmacht für Schäden bis 50.000.-- DM erhalten hat, konnte er dem Versicherungsnehmer A wirksam namens des Versicherungsunternehmens VA eine Regulierungszusage in Höhe von 30.000.-- DM geben. Daran ist das Versicherungsunternehmen VA gebunden. Im Innenverhältnis zwischen Makler und Versicherungsunternehmen kann der Makler seine Pflichten gegenüber dem Versicherungsunternehmen durch eine überhöhte Zusage verletzt haben und deshalb dem Versicherungsunternehmen Schadenersatz schulden. Hat der M nicht nur eine Regulierungszusage gegeben, sondern der Schaden auch reguliert, kann er grundsätzlich von VA den Betrag verlangen. Ob der Ausgleichsanspruch des Maklers dabei über 25.000.-- DM oder über 30.000.-- DM besteht richtet sich auch hier danach, ob der Makler mit der Zusage über den vollen Betrag seine Pflichten gegenüber dem Versicherungsunternehmen verletzt hat. Dies ist regelmäßig dann ausgeschlossen, wenn VA dem A den vollen Betrag aus dem Versicherungsvertrag geschuldet hat.

II. Genehmigung der Schadenregulierung seitens des Versicherungsunternehmens

Verfügt der Makler nicht über eine Regulierungsvollmacht oder überschreitet er seine Höchstbetragsgrenze durch die Regulierung, kann das Versicherungsunternehmen die Regulierung durch den Makler genehmigen. Damit tritt rückwirkend das ein,

das sich beim Vorliegen einer Regulierungsvollmacht von Anfang an ergeben hätte.

III. Zurechnung der Schadenregulierung durch Rechtsschein

Zu erheblichen Problemen kann es führen, wenn der Makler ein Schadenanerkentnis gibt oder vorschüssig reguliert, obwohl ihm der Versicherer keine Regulierungsvollmacht erteilt hat oder wenn der Makler eine begrenzte Vollmacht überschreitet.

Für das Versicherungsunternehmen stellt sich dann die Frage, ob es zur Zahlung gegenüber dem Versicherungsnehmer beziehungsweise dem vorleistenden Makler verpflichtet ist; zu letzterem wird in einer zusammenfassenden Übersicht über Schadenersatzansprüche Stellung genommen.

Für die Frage, ob das Versicherungsunternehmen durch die Regulierungszusage des Maklers gegenüber dem Versicherungsnehmer verpflichtet wird, kommt es wieder auf die Zurechenbarkeit der Erklärung des Maklers zu Lasten des Versicherers an. Es gelten dieselben Grundsätze, wie sie für die Vollmachten beim Inkasso entwickelt wurden. Liegt keine ausdrückliche Vollmacht oder Genehmigung vor, so ist das Versicherungsunternehmen gegenüber dem Versicherungsnehmer dennoch verpflichtet, wenn die Erklärungen des Maklers nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gegen den Versicherer wirken.

Dies kann nach den dargestellten Grundsätzen ähnlich wie beim Prämieninkasso insbesondere dann der Fall sein, wenn der Makler bereits mehrere Male als schadensregulierungsbefugt auftrat und die Versicherung dagegen nicht für den Kunden erkennbar einschritt.

Wenn also in Beispiel 3.4 der Makler M seine Regulierungsvollmacht durch den Versicherer VA überschreitet und dem Versicherungsnehmer A eine Zusage namens VA über die Regulierung eines Schadens in der Höhe von 250.000.-- DM gibt, kommt es für den Anspruch des A gegen VA darauf an, ob dem VA die Aussage des M zuzurechnen ist. Handelt es sich um die erste Regulierung eines Schadens durch M und liegen sonst keine Anzeichen für eine Regulierungsvollmacht des M vor, kann der A aus der Erklärung des M nicht gegen VA vorgehen.

In übrigen kommt es wieder auf die Einzelheiten des konkreten Falles an. Einerseits kann bereits ein erstmaliges Auftreten des Maklers als Schadensregulierer ausreichen, während andererseits nicht vorhersehbar ist, wie die Gerichte im Einzelfall Informationen bewerten werden, die dem Versicherungsnehmer verfügbar waren. Auf Klauseln in AGB wird sich das Versicherungsunternehmen allerdings im Zweifel ebenso wenig berufen können wie auf eine gegenteilige eigene Regulierungspraxis, da Schadensregulierungsvollmachten in der Branche nicht unüblich sind.

IV. Einfluß von Abrechnungsarten

Soweit der Makler weder ausdrücklich noch durch Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zur Schadensregulierung befugt ist, könnte sich eine Zurechnung von Schadensregulierungsmaßnahmen zu Lasten des Versicherers noch aus der Abrechnung zwischen Versicherer und Makler ergeben. Wird eine Schadensregulierung in die Abrechnung zwischen Makler und Versicherer eingestellt, so kann darin nach den Umständen des Einzelfalles eine Genehmigung der dieser Schadensregulierung zugrundeliegenden Maßnahme durch das Versicherungsunternehmen zu sehen sein.

C. Schadenersatzansprüche

Soweit der Makler im Verhältnis zum Versicherungsunternehmen Befugnisse überschreitet oder Pflichten verletzt, kommen Schadenersatzansprüche des Versicherungsunternehmens gegen den Makler in Betracht¹⁶⁴.

I. Nicht (rechtzeitige) Abführung von Prämien

Soweit der Makler Prämien des Versicherungsnehmers verspätet weitergibt, haftet der Makler dem Versicherungsunternehmen bei Verzug (nach Mahnung oder aufgrund der §§ 352, 353 HGB) nach den §§ 284 ff. BGB für den aus der Verzögerung entstehenden Schaden. In Betrachtung kommt auch eine Haftung des Maklers aus positiver Vertragsverletzung (pVV), wenn der Makler beispielsweise nicht autorisiert mit dem Versicherungsnehmer eine Stundung vereinbart hat, die gegen den Versicherer wirkt.

Eine Schadenersatzpflicht wegen verzögerter Prämienabführung entsteht aber nicht, wenn die Prämie durch den Makler rechtzeitig in eine Verrechnungsabrede oder ein Kontokorrent eingestellt wird. Soweit Verbindlichkeiten des Maklers und des Versicherungsunternehmens bereits vorher gegeneinander aufrechenbar waren, wirkt eine vorgenommene Aufrechnung rückwirkend (§ 389 BGB).

Soweit dem Versicherungsunternehmen ein Verzögerungsschaden dadurch entsteht, daß der Makler beispielsweise Dokumente zur Abmahnung eines säumigen Versicherungsnehmers zu spät an den Versicherer weitergibt, ergibt sich ebenfalls eine Einstandspflicht nach den §§ 284 ff. BGB, die den gesamten durch die Verzögerung verursachten Schaden erfaßt.

¹⁶⁴ Zu den Schadenersatzansprüchen im Verhältnis Makler/Versicherungsnehmer vgl. unten § 5 C.

II. Nicht autorisierte Schadensregulierung

Reguliert der Makler unter Mißachtung seiner Pflichten gegenüber dem Versicherungsunternehmen namens desselben einen Schaden oder gibt er eine Schadensregulierungszusage, die den Versicherer bindet, kommt es für das Innenverhältnis zwischen Makler und Versicherer darauf an, ob der Versicherungsnehmer tatsächlich einen Schaden durch die Regulierung erlitten hat oder nicht.

Da diese Regulierung aber nicht dem zugrundeliegenden Geschäftsverhältnis zwischen dem Makler und dem Versicherer entspricht, trägt der Makler das Risiko der Auszahlung oder Verpflichtung im Innenverhältnis. Hat er vorschüssig an den Versicherungsnehmer geleistet und damit über die Grundsätze der Rechtsscheinvollmachten eine Verpflichtung des Versicherers begründet, obwohl kein dekungspflichtiger Versicherungsfall vorlag, bringt er mit seiner Zahlung die Verpflichtung des Versicherers zum Erlöschen. Damit entsteht auf seiner Seite zwar ein Ausgleichsanspruch aus GoA (§§ 677, 683, 670 BGB) oder § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB. Diesem steht aber zumindest über die Arglistenrede der Gegenanspruch des Versicherers aus pVV des zugrundeliegenden vertragsähnlichen Verhältnisses entgegen, so daß der Makler im Ergebnis das Geleistete nicht vom Versicherer zurückfordern kann. Hat der Makler durch eine Regulierungszusage den Versicherer verpflichtet, ohne selbst zu leisten, wird damit das Versicherungsunternehmen verpflichtet. Dieses hat allerdings gegen den Makler einen Schadensersatzanspruch aus pVV des zugrundeliegenden vertragsähnlichen Verhältnisses.

Soweit der Makler weder ausdrücklich noch durch Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zur Schadensregulierung befugt ist, könnte sich eine Zurechnung von

Schadensregulierungsmaßnahmen zu Lasten des Versicherers noch aus der Abrechnung zwischen Versicherer und Makler ergeben. Wird eine Schadensregulierung in die Abrechnung zwischen Makler und Versicherer eingestellt, so könnte darin je nach den Umständen des Einzelfalles eine Genehmigung der dieser Schadensregulierung zugrundeliegenden Maßnahme durch das Versicherungsunternehmen zu sehen sein.

Dies würde sowohl bedeuten, daß der Versicherungsnehmer aus dieser genehmigten Schadensregulierungsmaßnahme Ansprüche oder Einbehaltungsrechte geltend machen kann, als auch, daß im Innenverhältnis zwischen Makler und Versicherer die genehmigte Maßnahme als vom Makler berechtigt durchgeführt anzusehen ist. Auch hier bestehen damit Risiken insbesondere für den Versicherer, da er durch eine Unachtsamkeit bei der Abrechnung Ansprüche eines Versicherungsnehmers begründen und eigene Ansprüche gegen den Makler verlieren kann. Allerdings könnte der Versicherer eine Genehmigung auch so erteilen, daß zwar nach außen die Maßnahme des Maklers - etwa die Regulierungszusage - akzeptiert wird - etwa um einen Kunden zu halten oder das Ansehen der Gesellschaft nicht zu schmälern -, nach innen aber gegenüber dem Makler auf Ersatzansprüche nicht verzichtet wird.

III. Die Unnachvollziehbarkeit von Abrechnungen

Soweit die interne Abrechnung von Versicherer und Makler unklar ist, berührt dies das Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer nicht. Insbesondere wird dadurch eine Inkassovollmacht, auch wenn sie auf Rechtsschein beruht, nicht berührt. Aber auch wenn der Versicherungsnehmer durch die Abrechnung zwischen dem Makler und dem Versicherungsunternehmen von seiner Leistungspflicht frei geworden ist, kann die später festgestellte Unnachvollziehbarkeit dies

nicht mehr berühren. Mit Anerkennung der Abrechnung waren beide Parteien nach dem oben Dargestellten davon ausgegangen, daß der Anspruch des Versicherungsunternehmens gegen den Versicherungsnehmer als erfüllt anzusehen ist.

Eine Unnachvollziehbarkeit der Abrechnung führt nur dazu, daß die beiden an der Abrechnung beteiligten Parteien auf irgendeine Weise zu einem Abschluß der Verrechnung kommen müssen und der Makler andernfalls schadenersatzpflichtig ist, wobei allerdings für das Versicherungsunternehmen erhebliche Beweisschwierigkeiten bestehen können.

IV. Entzug der Inkassovollmacht durch Rundbrief

Zu erwähnen ist schließlich noch, daß umgekehrt auch Schadenersatzansprüche des Maklers gegen das Versicherungsunternehmen denkbar sind.

In Beispiel 2.2 hat der Versicherer VA durch einen Rundbrief dem Makler M die Inkassovollmacht entzogen. Dies geschah, weil der M sich nach Informationen der VA in Zahlungsschwierigkeiten befand. VA wollte verhindern, daß Versicherungsnehmer weiterhin an M leisten und VA sich weiterhin diese Zahlungen zuzurechnen lassen muß, obwohl die Gefahr besteht, daß M diese Beträge wegen einer Zahlungsunfähigkeit nicht mehr an VA abführen kann. M wehrt sich wegen geschäftsschädigenden Verhaltens.

Wenn sich der M tatsächlich in Zahlungsschwierigkeiten befindet, erscheint das Anliegen des VA durchaus gerechtfertigt. Problematisch ist es, wenn VA einer Fehlinformation unterlag. Hier wird man für eventuelle Schadenersatzansprüche des M gegen VA aus der zugrundeliegenden Rechtsbeziehung darauf abstellen müssen, wie sorgfältig VA ermittelt hat und wie VA die Informationen deuten durfte.

D. Herausgabeansprüche des Versicherungsunternehmens im Konkurs des Maklers

Im beschriebenen Umfang muß sich das Versicherungsunternehmen Zahlungen des Versicherungsnehmers an den Makler zurechnen lassen. Soweit dabei durch eine Abrechnung des Versicherungsunternehmens mit dem Makler wiederum Verbindlichkeiten des Versicherungsunternehmens getilgt wurden, ist dies für das Versicherungsunternehmen unproblematisch. Hat aber der Makler den Betrag namens des Versicherers erhalten und weder abgeführt noch verrechnet, ist das Versicherungsunternehmen durch Zahlung zwar Inhaber des Geldes geworden, kann darüber aber nicht verfügen, weil es das Geld noch nicht erhalten hat. Insbesondere im Konkurs ist das Versicherungsunternehmen interessiert, das Geld vom Makler (bzw. Konkursverwalter) ausgezahlt zu bekommen.

In der Regel wird sich dieser Betrag indes auf einem Bankkonto des Maklers befinden. Nach den oben dargestellten Grundsätzen¹⁶⁵ kann die Bank des Maklers Zahlungen auf dessen Konto, die vor Konkurseröffnung eingehen, dem Konto des Versicherungsmaklers gutschreiben, so daß ein eventuelles Debetsaldo verringert wird. Soweit also die Bank durch eine Gutschrift von Beträgen, die vor Zahlungseinstellung des Maklers bei ihr eingegangen sind, Verbindlichkeiten des Maklers ihr gegenüber auf dem betreffenden Konto verringert, kann der Versicherer den Betrag nicht nach den §§ 43, 46 KO herausverlangen¹⁶⁶ (vgl. etwa Unterbeispiel 1.5.1). An eingehenden Wechseln oder Schecks wird die Bank regelmäßig aufgrund des bereits mit Abschluß des Girovertrages vereinbarten Pfandrechts nach Ziff. 19 Abs. 2 der AGB ein vorrangiges Pfandrecht haben¹⁶⁷. Sie kann Schäden

165 Vgl. oben § 3 C IV.

166 Vgl. oben § 3 C IV 1, 2.

167 Vgl. oben § 3 C IV 3.

aus allen bankmäßigen Verpflichtungen des Maklers ihr gegenüber abdecken. Damit sind auch diese Werte dem Versicherungsunternehmen im Konkursfall häufig entzogen.

Bei Konkurs des Maklers wird daher das Versicherungsunternehmen häufig den Ausfall zu tragen haben, wenn mit befreiender Wirkung an den Makler geleistet wurde.

§ 5 Die Rechtsbeziehung zwischen Makler und Versicherungsnehmer - insbesondere: Die Zurechnung des Leistungsempfangs bei der Schadensregulierung

Für die Rechtsbeziehungen des Versicherungsnehmers zum Makler sind die gleichen dogmatischen Grundlagen der Zurechnung maßgebend wie für die Bewertung des Verhältnisses Makler-Versicherungsunternehmen. Bei den andersgestalteten Konstellationen können sich aber nach den konkreten Umständen unterschiedliche Wertungen ergeben.

A. Das Inkasso bei der Schadensregulierung

Besteht ein Schadensregulierungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen das Versicherungsunternehmen kann die Regulierung derart erfolgen, daß der Versicherer dem Makler das Geld zur Weiterleitung an den Versicherungsnehmer überweist. Damit ergibt sich die Frage, was geschieht, wenn der Makler aus irgendeinem Grund den Betrag nicht weiterleitet oder vor der Weiterleitung in Konkurs geht. Auch hier könnte das Versicherungsunternehmen durch die Leistung an den Makler von seiner Regulierungspflicht freigeworden sein, wenn dem Versicherungsnehmer die Leistung an den Makler zuzurechnen ist. Ist die Empfangnahme durch den Makler nicht zuzurechnen, muß der Versicherer weiterhin an den Versicherungsnehmer leisten.

I. Ausdrückliche Regulierungsvollmacht seitens des Versicherungsnehmers

Die Zahlung von Schadensregulierungsbeträgen durch das Versicherungsunternehmen an den Versicherungsmakler wirkt für das Versicherungsunternehmen befreiend, wenn der Versicherungsnehmer dem Versiche-

rungsmakler eine Vollmacht zur Entgegennahme dieser Beträge erteilt hat. Dieser Fall ist in der Praxis wohl seltener anzutreffen als eine Inkassovollmacht des Maklers für ein Versicherungsunternehmen. Dennoch ist eine solche Vollmachtserteilung ohne weiteres möglich.

Wenn etwa in Beispiel 3.1 der Versicherungsnehmer A dem Makler M eine Vollmacht zur Entgegennahme der Regulierungsbeträge gegeben hat, gilt die Zahlung des Versicherungsunternehmens VA an M wie eine Zahlung an A selbst. A kann daher von VA nicht noch einmal die Auszahlung verlangen.

II. Konkludente Vollmacht

Auch seitens des Versicherungsnehmers ist die Erteilung einer konkludenten Vollmacht möglich. Allerdings dürften aufgrund seltener Bevollmächtigung des Versicherungsmaklers durch den Versicherungsnehmer während des Vertragsablaufes in der Regel höhere Anforderungen an eine konkludente Vollmachterteilung gestellt werden. Aufschluß darüber kann nur eine konkrete Betrachtung des Einzelfalles bringen.

III. Rechtsscheinvollmacht

Soweit keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung vorliegt, ist auch hier daran zu denken, daß eine Duldungs- oder Anscheinvollmacht vorliegen kann.

Dabei ist zunächst zu beachten, daß der Versicherungsmakler nicht selten bereits mehrmals als Vertreter des Versicherungsnehmers bei einer Schadensregulierung aufgetreten sein wird. Zwar dürfte es nicht ausreichen, wenn der Versicherungsnehmer erstmalig einen Schadensregulierungsbetrag über den Makler vom Versicherungsunternehmen erhält. Läßt

aber etwa ein Großkunde seine Schadensregulierung regelmäßig über den Makler widerspruchslos abwickeln, so ist darin eine Rechtsscheinvollmacht zu sehen. Das Versicherungsunternehmen wird damit durch die Leistung an den Makler von seiner Verpflichtung frei, unabhängig davon, wie der Makler mit dem Betrag verfährt.

Fehlt eine solche Praxis, wird sich das Versicherungsunternehmen insbesondere gegenüber Kleinkunden mit Rücksicht auf Treu und Glauben nicht darauf berufen können, man habe angenommen, der Versicherungsmakler sei zur Entgegennahme dieser Beträge namens des Versicherungsnehmers berechtigt, da eine solche Bevollmächtigung nicht allgemein üblich ist.

IV. Einfluß von Verrechnungssystemen

1. Verrechnung zwischen Versicherungsmakler und Versicherungsunternehmen

Fraglich ist, ob sich ein Versicherungsunternehmen darauf berufen kann, es habe mit dem Versicherungsmakler eine Verrechnung oder Aufrechnung hinsichtlich der gezahlten Summe durchgeführt oder diese sei in ein Kontokorrent eingestellt worden. Soweit dem Versicherungsmakler seitens des Versicherungsnehmers keine Vollmacht zur Entgegennahme der Beträge erteilt wurde, ist er für diese Forderung nicht zum Einzug berechtigt. Dies bedeutet, daß eine solche Forderung nicht in ein Kontokorrent zwischen den beiden Parteien eingestellt werden kann.

Die Abrechnung zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Makler wirkt daher nicht für und gegen den Versicherungsnehmer.

2. Verrechnungsverhältnisse zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsmakler

Liegt zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherungsnehmer ein Kontokorrent vor, gilt das oben zur Abrechnung beim Inkasso des Maklers Dargestellte entsprechend.

Bei der ausdrücklichen Vereinbarung eines Kontokorrents zwischen dem Makler und dem Versicherungsnehmer gilt im Zweifel die Schadensleistung bereits mit Leistung an den Makler als an den Versicherungsnehmer geleistet, da dieser insoweit zur Entgegennahme bevollmächtigt ist.

Ansonsten wird die Schadensleistung des Versicherers spätestens dann als an den Versicherungsnehmer erbracht anzusehen sein, wenn der Versicherungsmakler diese Schadensleistung in das Kontokorrent mit dem Versicherungsnehmer eingestellt hat. Das gleiche gilt, wenn der Versicherungsnehmer und der Versicherungsmakler eine Verrechnungsabrede schließen, die diese Schadensleistung umfaßt, oder der Versicherungsmakler bzw. der Versicherungsnehmer mit Prämienansprüchen aufrechnet.

B. Die vorschüssige Prämienzahlung des Maklers

Es ist in der Praxis durchaus denkbar, daß ein Makler eine Versicherungsprämie im Namen eines Versicherungsnehmers an einen Versicherer überweist, ohne daß er selbst vom Versicherungsnehmer dieses Geld erhalten hat. Fraglich ist dann, ob sich das Versicherungsunternehmen trotz Erhalt des Geldes darauf berufen kann, der Versicherungsnehmer habe seine Leistungspflicht nicht erfüllt.

So war in Beispiel 1.6 der Fall gebildet worden, daß der Makler M eine Erstprämie des Versicherungsnehmers B leistete, die er von B nicht erhalten

hatte. Der Versicherer VB berief sich im Schadensfall auf § 38 Abs. 2 VVG.

Hatte der M eine Vollmacht des B zur Leistung der Erstprämie, gilt die Zahlung des M an VB wie die Leistung durch B selbst. Die Erstprämie ist daher gezahlt, so daß § 38 Abs. 2 VVG ausscheidet. Besaß der M keine Vollmacht, wird der B diese Zahlung gemäß § 177 BGB genehmigen. Diese Genehmigung wirkt nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Zahlung durch M zurück, so daß ein Verzug des B mit der Prämienleistung entfällt (Vgl. Beispiel 1.6). Ansonsten ist noch denkbar, daß die Zahlung des Maklers als eine Leistung durch einen Dritten nach § 267 BGB zugunsten des B wirkt.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Makler den Betrag aus eigener Tasche vorschießt oder etwa Prämien anderer Versicherungsnehmer verwendet. So ist Beispiel 1.2, in dem M eine Prämie des A als Prämie des B an VB weiterleitete, nicht anders zu behandeln als das erläuterte Beispiel 1.6. Gerade dieses Beispiel zeigt noch einmal, daß es für die Beurteilung der Leistungen im Abrechnungsverkehr über den Makler nur auf die Kettenbeziehung vom Versicherungsnehmer über den Makler auf das Versicherungsunternehmen ankommt und weitere äußere Einflüsse von dritten Kunden oder Unternehmen für die Wirksamkeit der Zahlung prinzipiell unbeachtlich sind.

C. Schadenersatzansprüche

Aus den oben zum Verhältnis Makler-Versicherungsunternehmen dargestellten Fallkonstellationen ergab sich, daß es regelmäßig dann zu einem Schaden auf Seiten des Versicherungsnehmers kommt, wenn ein Rechtsgeschäft des Maklers (ausnahmsweise) nicht dem Versicherungsunternehmen zuzurechnen ist.

So war etwa die Frage erörtert worden, wann sich der Versicherer eine Stundungsvereinbarung zwischen Makler und Versicherungsnehmer entgegenhalten lassen muß. Dieser Fall soll exemplarisch dargestellt werden. Die gefundenen Ergebnisse lassen sich ohne weiteres auf andere Fälle, etwa einer nicht wirksamen Regulierungs- oder Deckungszusage seitens des Maklers für das Versicherungsunternehmen, übertragen.

Hat der Versicherungsnehmer mangels Vertretungsmacht des Versicherungsmaklers keine Stundung gegenüber dem Versicherungsunternehmen erlangt, der Versicherungsnehmer im Vertrauen auf die Erteilung einer Stundung aber die Prämien nicht bezahlt, kann der Versicherer nach § 38 Abs. 2 VVG oder durch qualifizierte Mahnung nach § 39 Abs. 1 VVG leistungsfrei sein. Der auf die Stundung vertrauende Versicherungsnehmer kann schlimmstenfalls also ohne Versicherungsschutz dastehen, günstigstenfalls schuldet er nur die Verzugszinsen. Das Versicherungsunternehmen ist also mit Schäden bei diesen Fehlansagen des Maklers mangels Zurechenbarkeit nicht belastet. Fraglich bleibt aber, wer im Verhältnis Makler-Versicherungsnehmer letztendlich den Schaden trägt.

Da der Versicherungsmakler als für den Versicherer vertretungsberechtigt aufgetreten ist, eine solche Vertretungsmacht tatsächlich aber fehlte, haftet der Makler dem Versicherungsnehmer aus § 179 BGB. Dies bedeutet nach § 179 Abs. 1 BGB grundsätzlich, daß der Versicherungsnehmer den Versicherungsmakler auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nehmen kann. Der Versicherungsmakler hat den Versicherungsnehmer so zu stellen, als habe es eine Stundungsvereinbarung gegeben.

Soweit der Versicherer Verzugszinsen gegen den Versicherungsnehmer geltend macht, muß der Makler dem Versicherungsnehmer diese erstatten, da die Verzugszinsen nicht angefallen wären, wenn der Makler tatsächlich als Vertreter des Versicherungsunternehmens eine Stundung zu dessen Lasten erreicht hätte.

Ist es zur Leistungsfreiheit des Versicherers gekommen, besteht der vom Makler zu tragende Erfüllungsschaden grundsätzlich sogar in der Regulierung des Schadensfalles des Versicherungsnehmers.

Dabei sind nach Lage des Einzelfalles aber abweichende Folgen möglich. Weiß der Versicherungsmakler nicht, daß er keine Vertretungsmacht zur Abgabe von Stundungserklärungen hat, haftet er nach § 179 Abs. 2 BGB nur für den Vertrauensschaden. Der Versicherungsnehmer muß dann nachweisen, der Schaden sei gerade durch sein enttäuschtes Vertrauen auf die Stundungsvereinbarung entstanden. Ohne das Vertrauen auf die Stundungsvereinbarung müßte es dem Versicherungsnehmer also möglich gewesen sein, den Eintritt der Leistungsfreiheit zu verhindern. Der Versicherungsnehmer muß also nachweisen, daß er auf andere Art unmittelbar Versicherungsschutz hätte erlangen können oder selbst sofort bezahlt hätte.

War der Versicherungsnehmer im fraglichen Zeitraum nicht der Lage, die Versicherungsprämien zu bezahlen, liegt die Leistungsfreiheit des Versicherers nicht im Vertrauen auf die Stundungseinrede, sondern in der Mittellosigkeit des Versicherungsnehmers begründet. Dieser hätte auch bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Abrede seinen Verpflichtungen nicht nachkommen können. Ein Vertrauensschaden ist in diesen Fällen nur noch dann gegeben, wenn der Versicherungsnehmer bei einem anderen Versicherer einen gleichwertigen Vertrag hätte abschließen kön-

nen und ihm dort eine Stundung eingeräumt worden wäre¹⁶⁸. Nur soweit diese Möglichkeit bestand, ist sie wegen des Vertrauens auf die Gültigkeit der Stundungsabrede nicht wahrgenommen worden. Der Vertrauensschaden ist dann auch in diesem Fall der Schaden, der bei gültiger Stundungsabrede von der Leistungspflicht des Versicherers abgedeckt wäre. Kann der Versicherungsnehmer nicht nachweisen, daß er einen gleichwertigen Schutz bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Stundungsabrede erlangt hätte, besteht dagegen kein ersatzfähiger Vertrauensschaden.

Hat wiederum der Versicherungsnehmer den Mangel der Vollmacht des Maklers gekannt oder nur infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt, so haftet der Versicherungsmakler gemäß § 179 Abs. 3 BGB nicht. Die Fahrlässigkeit in diesem Zusammenhang läßt sich nur anhand der Umstände des Einzelfalles beurteilen.

D. Herausgabeansprüche im Konkurs des Maklers

Soweit der Abrechnungsverkehr des Maklers über ein Bankkonto und damit ein Kontokorrent abgerechnet wird, gilt für die Herausgabeansprüche des Versicherungsnehmers im Konkursfall dasselbe wie oben zum Versicherungsunternehmen dargestellt¹⁶⁹.

168 Zu den hohen Anforderungen an diesen Nachweis vgl. etwa: OLG Schleswig, VersR 1985, 756 (757).

169 Vgl. oben § 4 D.

§ 6 Ausblick auf andere Rechtsverhältnisse

Wie anfangs in den Beispielen angedeutet, kann sich die Abrechnung in der Erstversicherung dadurch komplizieren, daß nicht nur ein Makler, sondern zwei oder mehrere zwischengeschaltet werden oder daß auf Versichererseite nicht nur ein Versicherungsunternehmen, sondern mehrere als Mitversicherer auftreten.

A. Die Maklerkette

Dabei soll zunächst die Maklerkette untersucht werden. Maklerketten treten in der Praxis in unterschiedlichen Formen auf. Hierbei handelt es sich Kooperationen von zwei oder mehreren Maklern zur Abwicklung einer oder mehrerer Versicherungsverträge.

Die häufigsten Maklerzusammenschlüsse lassen sich wie folgt kennzeichnen:

- Kombinationen von Placing- und Servicemaklern.
Der sogenannte Placingmakler übernimmt hierbei prinzipiell die Abwicklung des Geschäftes mit der Versichererseite, während der Servicemakler die Versicherungsnehmer betreut.
- Kombination von Makler-Agenten mit Makler(n).
Der Makler-Agent initiiert hierbei häufig einen Versicherungspool, den er in der Regel auch verwaltet, während der freie Makler die Vermittlung zwischen Pool und Versicherungsnehmer ausübt.
- Maklerarbeitsgemeinschaften
Zwecks Abwicklung eines Versicherungsgeschäftes formen Makler hier eine Arbeitsgemeinschaft unter Leitung eines führenden Maklers. Auf-

gabenverteilung und Kompetenzen können sehr unterschiedlich geregelt sein.

- Maklerkorrespondenznetz

Bei dieser, insbesondere im internationalen Versicherungsgeschäft vorzufindenden Konstruktion bestimmt sich die Aufgabenstellung der beteiligten Makler nach ihren Kontakten auf der Seite der Versicherungsnehmer. Im allgemeinen betreut ein Makler das Mutterunternehmen, die übrigen die in ihrem Sitzland ansässigen Tochterunternehmen des Versicherungsnehmers.

Das Verhältnis zu den Versicherungsunternehmen bestimmt sich danach, ob die Verträge im jeweiligen Land von den einzelnen Maklern placiert oder ob diese in ein internationales Versicherungsprogramm eingebunden werden.

- Übernahme eines maklerbetreuten Vertrages

Wird ein Versicherungsvertrag von einem anderen Makler vor Vertragsablauf übernommen, so finden sich in der Praxis die unterschiedlichsten Aufgabenteilungen. Oft gerät der abgebende Makler jedoch in die Rolle des Provisionärs.

- freie Zusammenarbeit

Dies sind Kooperationen von Maklern mit unterschiedlichsten Kompetenz- und Funktionsabsprachen. Sie sind in der Praxis relativ selten.

Die bei all diesen Kooperationsmöglichkeiten getroffenen Absprachen variieren in der Praxis erheblich.

Für die Zwecke der hier durchgeführten Untersuchung sind nur die Funktionen der oben beschriebenen Maklerkooperationen interessant, innerhalb deren es zum Austausch beziehungsweise zur Verrechnung von Geldmitteln kommt. Die Untersuchung wird dabei auf zwei hintereinandergeschaltete Makler begrenzt; die

gewonnenen Ergebnisse sind ohne weiteres auch auf längere Maklerketten übertragbar. Der Klarheit halber wird hier exemplarisch von einem Makler und einem Zwischenmakler ausgegangen, wobei der Makler dem Versicherungsnehmer näher steht während der hier sogenannte Zwischenmakler dem Versicherungsunternehmen näherstehen soll.

Versicherungsunternehmen (VA, VB)

Zwischenmakler (Z)

Makler (M)

Versicherungsnehmer (A, B)

Auch hierbei ergibt sich wieder die Frage, was geschieht, wenn eine Leistung über die Maklerkette nicht an den richtigen Empfänger gelangt.

Dabei ist es für die Beurteilung wieder ohne Belang, aus welchem Grunde eine Leistung nicht ihren ordnungsgemäßen Weg nimmt: ob etwa der Makler M eine Prämie des Versicherungsnehmers A nicht an den Zwischenmakler Z, sondern als Prämie des Versicherungsnehmers B an das Unternehmen VB leistet oder der Z, nachdem er den Betrag von M ordnungsgemäß erhalten hat, diesen nicht an VA weiterleitet, sondern selbst verbraucht oder gar in Konkurs geht.

Auch hier ist entscheidend, ab welcher Rechtshandlung eines der Beteiligten eine Prämie des Versicherungsnehmers als an das Versicherungsunternehmen geleistet gilt und umgekehrt, wann ein Schadensregulierungsbetrag des Versicherers als an den Versicherungsnehmer erbracht gilt. Diese Frage wird genau wie im Fall eines einzigen zwischengeschalteten

Maklers danach beantwortet, in welchem Moment eine auf den Weg gebrachte Zahlung dem ordnungsgemäßen Empfänger als von ihm empfangen zuzurechnen ist.

Erreicht eine Versicherungsprämie des Versicherungsnehmers A das Versicherungsunternehmen VA, ist die Prämienleistungspflicht des A gegenüber VA erfüllt.

Hat das Versicherungsunternehmen VA dem Zwischenmakler Z eine Inkassovollmacht erteilt, ist die Prämienleistungspflicht des Versicherungsnehmers A bereits dann gegenüber der VA erfüllt, wenn Z die Prämie des A von M erhält.

Auch wenn nur der M die Prämie des A erhalten hat und diese aus irgendeinem Grund nicht an Z weiterleitet, kann dies bereits zu Lasten des VA und zugunsten des A als Erfüllung gelten. Dies ist der Fall, wenn dem VA bereits die Leistung an M zuzurechnen ist. Der einfachste Fall ist derjenige, daß der M ausdrücklich bevollmächtigt ist, namens der VA Prämien anzunehmen. Dies kann auf zweierlei Weise geschehen sein. Einmal kann die VA selbst dem M eine solche Vollmacht erteilt haben. Der M könnte aber auch durch Z ermächtigt sein. Dies gilt allerdings nur dann, wenn eine wirksame Unterbevollmächtigung vorliegt. Eine Unterbevollmächtigung setzt voraus, daß der Geschäftsherr dem Hauptbevollmächtigten (hier: Z) eine Vollmacht erteilt hat. Weiter muß der Hauptbevollmächtigte (Z) dem Unterbevollmächtigten (hier: M) eine sogenannte Untervollmacht erteilt haben. Und drittens muß der Hauptbevollmächtigte berechtigt sein, die Untervollmacht namens des Geschäftsherrn zu erteilen.

Wenn also entsprechend dem Beispiel 4.2 das Versicherungsunternehmen VA dem Zwischenmakler Z eine Inkassovollmacht erteilt hat und die Berechtigung, diese Inkassovollmacht an weitere zwischen-

geschaltete Personen weiterzugeben, und der Zwischenmakler Z dem Makler M eine Inkassovollmacht für VA erteilte, dann wirkt eine Zahlung des Versicherungsnehmers A an M bereits so, als ob A direkt an VA leistet hätte. VA kann weder Verzugszinsen von A verlangen noch ihm eine Zahlungsfrist nach § 39 Abs. 1 VVG setzen.

Indes sind ausdrücklich erteilte und wirksame rechtsgeschäftliche Untervollmachten für weitere zwischengeschaltete Makler in der Praxis selten. Es kann angenommen werden, daß sich vertragliche Abreden, soweit sie überhaupt (schriftlich) getroffen werden, auf die Aufgabenteilung und die Provisionsansprüche beschränken. Die Frage der Zurechnung wird demnach auch hier regelmäßig nur über Rechts-scheinvollmachten und Abrechnungssysteme zu beantworten sein.

I. Prämieninkasso

Hinsichtlich der Leistungsfreiheit des Versicherungsnehmers trotz Prämienzahlung an Versicherungsmakler sind hier die verschiedenen Stufen des Zahlungsvorganges zu untersuchen. Folgende Stufen sind dabei zu unterscheiden:

- Der Versicherungsnehmer hat an den Makler geleistet.
- Der Makler hat die Leistung an den Zwischenmakler abgeführt oder in ein Kontokorrent mit dem Zwischenmakler eingestellt oder sonst mit diesem abgerechnet

1. Leistung des Versicherungsnehmers an den ihm näherstehenden Makler

Zunächst könnte der Versicherungsnehmer bereits durch die eigene Leistung an den ihm näherstehenden Makler von seiner Prämienzahlungspflicht frei werden.

Ist eine ausdrückliche Unterbevollmächtigung nicht gegeben, so kann sich dennoch eine Vollmacht des dem Versicherungsnehmer nächststehenden Maklers daraus ergeben, daß die Grundsätze der Rechtsscheinsvollmacht zur Anwendung kommen. Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist zunächst entscheidend, daß der Makler im Namen des Versicherungsunternehmens aufgetreten ist und nicht etwa im Namen des Zwischenmaklers.

Weiter muß das Versicherungsunternehmen aber das Auftreten des Maklers in seinem Namen gekannt haben oder kennen müssen. Wenn - wie in der Praxis wohl selten - das Versicherungsunternehmen nichts von der Existenz einer Maklerkette wußte, kann es in der Regel auch nicht gewußt haben, daß ein zweiter Makler, also nicht der Zwischenmakler, den es beauftragt hat, bei der Prämieinzahlung tätig wird. Kenntnis des Versicherungsunternehmens ist somit in diesem Fall auszuschließen.

Fraglich ist aber, ob dem Versicherungsunternehmen über eine Anscheinsvollmacht zugerechnet werden kann, daß ein zweiter Makler beim Prämieninkasso tätig wird. Geht man mit Canaris¹⁷⁰ davon aus, daß für das Kennenmüssen allein das kaufmännische Organisationsrisiko entscheidend ist, wird man dem Versicherungsunternehmen in der Regel zurechnen müssen, daß in seinem Namen ein weiterer Makler tätig wird, weil das Versicherungsunternehmen sich

170 Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 194 f.

von dieser Möglichkeit bzw. dem Ausschluß einer solchen Möglichkeit überzeugen müßte.

Diese Auffassung ist grundsätzlich angegriffen worden. Da die Rechtsscheintatbestände in der Regel auf der wissentlichen Schaffung eines Rechtsscheins beruhen, wird für die Anscheinsvollmacht zumindest ein positives Wissenmüssen im Sinne eines Verschuldens gefordert¹⁷¹. Allerdings nähert sich auch diese Ansicht der objektiven Zurechnung kraft Organisationsrisiko an, indem sie eine Beweislastumverteilung vorsieht. Sofern der Geschäftsgegner berechtigterweise davon ausgehen kann, daß eine Bevollmächtigung vorliegt oder das Verhalten des Vertreters dem Geschäftsherrn nicht verborgen geblieben sein kann, muß der Geschäftsherr dartun, daß er das Verhalten des Vertreters nicht kannte¹⁷².

In Beispiel 4.1.1 hatte der Versicherungsnehmer A seine Prämie an den Makler M geleistet. Dem Versicherer VA war die Tätigkeit des M unbekannt. Es kannte nur den ihm nächststehenden Zwischenmakler Z. Der M leitete die Zahlung des A nicht an Z weiter, so daß VA Verzugszinsen von A verlangte und nach § 39 Abs. 1 VVG eine Zahlungsfrist stellte. Dieses Verlangen des VA ist dann berechtigt, wenn es sich nach den oben stehenden Kriterien die Einschaltung des M durch Z nicht zurechnen lassen muß. Ob dem Versicherer der Entlastungsbeweis gelingt, hängt von Einzelheiten der konkreten Konstellation ab.

171 BGH, VersR 1956, 638 (639); Bruck-Möller, § 45, Anm. 37; Palandt-Heinrichs, § 173, Anm. 4 c aa; Staudinger-Dilcher, § 167, Rdnr. 40.

172 MünchKomm-Thiele, § 167, Rdnr. 53.

2. Einstellung in das Abrechnungsverhältnis zwischen Makler und Zwischenmakler oder Weitergabe an den Zwischenmakler

Sofern eine Erfüllung seitens des Versicherungsnehmers durch die Zahlung an den ihm nächstehenden Makler nicht gegeben ist, ist weiterhin zu prüfen, ob eine solche dann eintritt, wenn dieser Makler die Zahlung mit dem Zwischenmakler abrechnet.

Stellte der erste Makler den Geldbetrag in ein Kontokorrent dem Zwischenmakler ein, schlossen die beiden einen Vertrag über eine Verrechnung, wurde aufgerechnet oder überweist der erste Makler den Betrag dem Zwischenmakler, ist die Leistung nach den oben genannten Grundsätzen als gegenüber dem Zwischenmakler erbracht anzusehen. Dies allein genügt aber nicht, um die Prämie auch als gegenüber dem Versicherer geleistet zu werten. Es kommt hier darauf an, ob der Zwischenmakler als inkassobefugt für das Versicherungsunternehmen anzusehen ist.

Im Beispiel 4.1.2 hatte der Versicherungsnehmer A eine Prämie an den ihm bekannten Makler M geleistet. Dieser hatte den Betrag dem dem A unbekanntem Zwischenmakler Z überwiesen. Z war wiederum dem Versicherungsunternehmen VA bekannt. Eine befreiende Leistung liegt vor, wenn Z eine Inkassovollmacht des VA besitzt. Liegt diese nicht vor, kann sich grundsätzlich eine Zurechnung über Rechtscheinsgrundsätze ergeben. Hier ist allerdings problematisch, daß der Z dem A unbekannt ist, also der Z gegenüber dem A keinen Rechtsschein setzen kann.

Dabei könnte sich folgende Situation ergeben: Der A hat berechtigten Anlaß, an eine Vollmacht des M zu glauben. Dies soll aus irgendeinem Grunde dem VA nicht zurechenbar sein. Ein Rechtsschein des Z wäre dem VA zurechenbar; der Z ist A aber nicht bekannt.

Es wäre also dem Versicherungsunternehmen zum Vorteil, wenn sich ohne sein Wissen eine Maklerkette gebildet hätte. Ein solcher Fall ist bisher - soweit ersichtlich - weder Gegenstand gerichtlicher noch wissenschaftlicher Untersuchung gewesen. Denkbar erscheint es, daß bei einem solchen Zusammenfallen der Rechtsscheinvoraussetzungen in zufällig getrennten Personen im Wege der Billigkeitsabwägung, wie sie der Bundesgerichtshof bei der Rechtsscheinvollmacht betreibt, eine Rechtsscheinvollmacht angenommen wird, obwohl die Voraussetzungen auf verschiedene Personen auseinanderfallen.

Unter dieser (hypothetischen) Voraussetzung wäre damit in Beispiel 4.1.2 die Zahlung des M an den Z dem VA als eigener Empfang der Prämie des A zurechenbar. Ansonsten kommt es erst zu einer Erfüllung, wenn der Zwischenmakler mit dem Versicherungsunternehmen die Prämie abrechnet.

II. Schadensregulierung

Ähnlich wie beim Prämieninkasso ist auch bei der Schadensregulierung und der Frage, ob das Versicherungsunternehmen von seiner Schadensregulierungsverpflichtung frei geworden ist, auf die verschiedenen Stufen der Abrechnung einzugehen.

Eine Befreiung des Versicherers kann sich nach den oben dargestellten Grundsätzen nur ergeben, wenn überhaupt ein Makler als Vertreter des Versicherungsnehmers angesehen werden kann. Dies ist aber bereits hinsichtlich des dem Versicherungsnehmer nächstehenden Maklers in der Regel nicht der Fall¹⁷³. So wird in dem in Beispiel 4.1.4 dargestellten Fall das Versicherungsunternehmen VA trotz der Weiterleitung des Betrages von Zwischenmakler Z auf Makler M eine erneute Regulierung vornehmen

173 S. o. zu § 4 C II.

müssen. Ist allerdings der Makler M wie in Beispiel 4.3 ein Konzernmakler des Versicherungsnehmers A, müßten schon besondere Umstände eintreten, um eine Zurechnung der Empfangnahme seitens M zu Lasten des A zu verhindern.

Hat der Versicherungsnehmer den Makler ausnahmsweise bevollmächtigt oder ist ihm sonst eine Leistung an den ihn nächststehenden Makler zuzurechnen, ist weiter zu fragen, ob das Versicherungsunternehmen bereits durch die Zahlung an den Zwischenmakler von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer befreit wird.

Soweit der Versicherungsnehmer - was in der Realität selten sein dürfte - den Zwischenmakler ausdrücklich bevollmächtigt oder aber den ersten Makler zur Unterbevollmächtigung ermächtigt hat, ist ihm der Empfang des Geldes seitens des Zwischenmaklers zuzurechnen.

Soweit der Versicherungsnehmer sich eine Empfangnahme seitens eines Maklers überhaupt zurechnen lassen muß, eine Empfangnahme durch einen zweiten Makler aber nicht kennt, weil er vom Vorhandensein einer Maklerkette nichts weiß, ist zu fragen, ob dennoch nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht eine Leistungsfreiheit des Versicherers eintritt. Hierzu muß, wie oben dargestellt, eine Zurechnung des Empfangs des Zwischenmaklers möglich sein. Also ist auch hier ein Kennenmüssen im Sinne eines Verschuldens Voraussetzung. Dabei ist ebenfalls grundsätzlich eine Beweislastumkehr zu beachten¹⁷⁴. Fraglich ist aber, ob seitens des Versicherungsnehmers ähnlich strenge Maßstäbe anzulegen sind, wie bei einem Versicherer. In der Regel treten Makler derart im Geschäftsverkehr auf, daß sie die gesamte Abwicklung des Versicherungsvertrages an

174 S. o. zu § 5 A I 1.

sich ziehen. Daher dürfte es für den Kunden in der Regel unüberschaubar und auch nicht in Erfahrung zu bringen sein, ob hinter dem ersten Makler noch ein Zwischenmakler steht. Eine endgültige Beurteilung ist aber auch hier nur an den Umständen des Einzelfalls möglich, wobei die Geschäftserfahrenheit des Versicherungsnehmers sowie der Umfang der Versicherungsverhältnisse und der Abrechnungen eine gewichtige Rolle spielen werden.

Wenn also in Beispiel 4.1.3 das Versicherungsunternehmen VA an den Zwischenmakler Z einen Schadensregulierungsbetrag leistet und Z diesen nicht ordnungsgemäß weiterleitet, sondern an einen fremden Versicherungsnehmer B auskehrt, muß sich das der Versicherungsnehmer A als Anspruchsinhaber nur unter besonderen Umständen entgegenhalten lassen, insbesondere wenn in seiner Person und Tätigkeit Anzeichen dafür sprechen, daß an ihn hohe Anforderungen bei der Abwicklung seiner versicherungsmäßigen Angelegenheiten gestellt werden können. Regelmäßig wird, wenn nicht eindeutige Anzeichen einer Zurechenbarkeit vorliegen, das Versicherungsunternehmen dem erneuten Regulierungsbegehren des Versicherungsnehmers nachkommen müssen.

B. Mitversicherungen

Weiterhin soll untersucht werden, wie sich das Vorliegen einer Mitversicherung auswirkt.

I. Rechtsverhältnisse in der Mitversicherung

In der Mitversicherung sind zwei Varianten zu unterscheiden:

Im ersten Fall formiert der Makler seinerseits die Mitversicherung. Dazu bietet er den von ihm ausgewählten Versicherern Anteile an der von ihm zu pla-

cierenden Police an. Von den beteiligten Versicherungsunternehmen wird eines als führende Gesellschaft ausgewählt. Der Makler rechnet die Beiträge und Provisionen in der Regel mit jeder einzelnen Gesellschaft ab, während er sich im Schadenfall an die führende Gesellschaft hält. Es gibt jedoch auch Fälle, in denen die Schadensleistungen vom Makler mit den einzelnen beteiligten Unternehmen abgerechnet werden.

Im zweiten Fall placiert der Makler die Police bei einem Versicherungsunternehmen, das sich seinerseits Partner sucht, die sich an der Police beteiligen. Die Maklerabrechnung erfolgt hier vielfach über das führende Unternehmen.

Die führende Gesellschaft erhält in beiden Fällen von den Beteiligten normalerweise eine sogenannte Führungsprovision.

Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Makler und Versicherer beziehen sich in aller Regel auch hier auf die Höhe der Maklerprovision. Darüber hinaus ist der Makler in der Regel berechtigt, Zahlungen und Willenserklärungen für die Beteiligten entgegenzunehmen.

Die beteiligten Versicherer werden grundsätzlich offen in der Police mit ihren jeweiligen Anteilen genannt. Sie versichern somit zu Bruchteilen.

Für das Rechtsverhältnis zwischen den einzelnen Versicherungsunternehmen finden sich sowohl explizite Regelungen in der Police als auch Verweise auf Zusatzbedingungen; nicht selten fehlt es aber auch an einer entsprechenden Regelung.

Nachfolgende Regelungen sind exemplarisch für die getroffenen Vereinbarungen:

Beispiel 1

An diesem Vertrag ist die Gesellschaft mit einem Anteil von ... % unter Ausschluß gesamtschuldnerischer Haftung beteiligt.

Die Geschäftsführung liegt in der Hand der deren Vereinbarungen mit dem Versicherungsnehmer oder anderen Stellen für die beteiligte Gesellschaft verbindlich sind und an die auch ausschließlich die dem Versicherungsnehmer vertragsgemäß obliegenden Anzeigen und Willenserklärungen zu richten und die Prämien zu zahlen sind.

Prämienaufteilung

Gesellschaft	Anteil	Prämie	Vers.-Steuer
insgesamt		DM	DM
DM			

Maklerklausel

Die Firma ist berechtigt, Anzeigen, Willenserklärungen und Zahlungen des Versicherungsnehmers entgegenzunehmen und verpflichtet, sie unverzüglich an den Versicherer weiterzuleiten.

Beispiel 2

Führung

Der führende Versicherer ist bevollmächtigt, Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmers für alle beteiligten Versicherer entgegenzunehmen.

Prozeßführung

Soweit die vertraglichen Grundlagen für die beteiligten Versicherer die gleichen sind, ist folgendes vereinbart:

1. Der Versicherungsnehmer wird bei Streitfällen aus diesem Vertrag seine Ansprüche nur gegen den führenden Versicherer und nur wegen dessen Anteil gerichtlich geltend machen.

2. Die beteiligten Versicherer erkennen die gegen den führenden Versicherer rechtskräftig gewordenen Entscheidung sowie die durch den führenden Versicherer mit dem Versicherungsnehmer nach Rechtshängigkeit geschlossenen Vergleiche als auch für sich verbindlich an.

3. Falls der Anteil des führenden Versicherers die Berufungs- oder Revisionssumme nicht erreicht, ist der Versicherungsnehmer berechtigt und auf Verlangen des führenden oder eines beteiligten Versicherers verpflichtet, die Klage auf einen zweiten, erforderlichenfalls auf weitere Versicherer auszudehnen, bis diese Summe erreicht ist. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so gilt Nr. 2 nicht.

II. Vergleich des Abrechnungsverkehrs mit der Abrechnung bei der Alleinversicherung

Soweit ein Vertrag in der Art des ersten Beispiels vorliegt, ergeben sich im Abrechnungsverkehr keinerlei Probleme. Da der Makler ausdrücklich bevollmächtigt ist, gilt eine Prämie bereits dann ordnungsgemäß geleistet, wenn der Versicherungsnehmer diese dem Makler überwiesen hat.

Im Beispiel 5 ist es daher für den Versicherungsnehmer A unschädlich, daß der Makler M nur 60 % der erhaltenen Prämie weiterleitet. Bereits mit Empfangnahme des Geldes durch den bevollmächtigten Makler war die Prämie geleistet, so daß sich keines

der an der Mitversicherung beteiligten Versicherungsunternehmen auf Leistungsfreiheit berufen kann. Für den Versicherungsnehmer ist es gleichgültig, ob der bevollmächtigte Makler nach Erhalt des Geldes dieses ganz oder nur teilweise weiterleitet und an welches Versicherungsunternehmen diese Weiterleitung erfolgt.

Ist der Makler (wie vorstehend Beispiel 2) nicht ausdrücklich bevollmächtigt, ergeben sich zunächst keine Unterschiede zu den Fällen der Alleinversicherung. Auch hier kommt es nach den oben genannten Kriterien darauf an, ob die Leistung an den Makler den Versicherungsunternehmen zuzurechnen ist. Da das führende Unternehmen in aller Regel zumindest für Willenserklärungen empfangsberechtigt und zudem prozeßbefugt ist¹⁷⁵, wird es in der Regel zu Lasten aller Versicherungsunternehmen ausreichen, wenn sich nur das führende Unternehmen die Zahlung an den Makler zurechnen lassen muß. Entsprechendes gilt für alle anderen denkbaren Rechtshandlungen.

Erfolgt ausnahmsweise keine Zurechnung der Überweisung der Prämie an den Makler, ist nach dem oben Dargelegten eine Zurechnung durch die Abrechnung zwischen dem Makler und den Versicherungsunternehmen möglich. Auch hier wird es regelmäßig ausreichen, wenn der Makler mit dem führenden (bevollmächtigten) Unternehmen abrechnet. Allerdings dürfte eine Abrechnung mit einem anderen als dem führenden Unternehmen nicht genügen, soweit nicht wieder Rechtsscheingrundsätze greifen oder gar eine konkludente Bevollmächtigung vorliegt. Soweit eine Zurechnung stattfindet, ist es wiederum gleichgültig, wie die Abrechnung erfolgt, insbesondere ob die einzelnen Mitversicherer den einen zustehenden Prämienteil erhalten. Der mangelhafte

175 Vgl. Prölss/Martin, Vor § 58, Anm. 3.

Ausgleich im Innenverhältnis belastet den Versicherungsnehmer nicht.

Bei umgekehrten Zahlungsflüssen könnte hier zusätzlich der Fall problematisch sein, daß ein Versicherungsunternehmen (trotz des Ausschlusses der gesamtschuldnerischen Haftung) zunächst die gesamte Schadensregulierung durch Überweisung an einen Versicherungsmakler vornimmt, dieser die Beträge aber nicht vor Konkurseröffnung an den Versicherungsnehmer weitergibt und der Versicherungsnehmer sich die Zahlung an den Makler nach den oben genannten Grundsätzen nicht zurechnen lassen muß. Soweit die Zahlung nicht befreiend wirkt, ist zu untersuchen, welche der beteiligten Unternehmen den Ausfall zu tragen haben. Soweit die Leistung an den Makler durch das führende Unternehmen ohne Grundlage in den Geschäftsbeziehungen zu den anderen Versicherern geleistet wurde, ist dies eine Überzahlung, die dem (Konkurs-) Risiko des zahlenden Versicherers unterfällt. In der Regel wird die vollständige Zahlung durch das führende Versicherungsunternehmen aber seine Grundlage in den Rechtsbeziehungen zu den anderen Versicherern haben¹⁷⁶. Daher liegt der Zahlung durch das führende Versicherungsunternehmen ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde. Aus diesem Geschäftsbesorgungsvertrag wird das führende Versicherungsunternehmen bei Zahlung aller Schadensregulierungsbeträge von den restlichen Versicherern einen Ausgleich aufgrund vertraglicher Vereinbarung fordern können. Dieser Ausgleich wird allerdings in der Regel nicht ausdrücklich vereinbart sein, sondern durch Vertragsauslegung oder ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln sein. Es ist daher gut vorstellbar, daß im Wege dieser - ergänzenden - Vertragsauslegung anzunehmen ist, daß das führende Versiche-

176 Vgl. die oben aufgezeigten Mustertexte, aus denen eine solche Grundlage zu entnehmen wäre.

rungsunternehmen nur dann einen Ausgleichsanspruch hat, wenn es nicht fahrlässig an einen bereits erkennbar illiquiden Versicherungsmakler leistete.

C. General- und Mehrfachagenten

Zu untersuchen bleibt schließlich, ob sich an der dargelegten Rechtslage etwas ändert, wenn der Abrechnungsverkehr nicht über einen Versicherungsmakler, sondern über General- oder Mehrfachagenten abgewickelt wird. Der Agent kann dabei als einziger Mittler auftreten. Es kann aber auch vorkommen, daß er eine ähnliche Position hat, wie der als Z bezeichnete Zwischenmakler in der Maklerkette. Ein Agent steht im Gegensatz zum Makler durch die vertragliche Bindung im Lager des Versicherers, so daß eine Vollmacht seitens des Versicherungsnehmers normalerweise nicht gegeben ist, eine Zurechnung nach den aufgezeigten Prinzipien nicht ausgeschlossen ist.

I. Ausdrückliche Inkassovollmacht

General- und Mehrfachagenten sind in der Praxis in der Regel mit einer ausdrücklichen Inkassovollmacht ausgestattet. Sofern diese Vollmacht vorliegt, ergeben sich gegenüber dem oben dargestellten zur ausdrücklichen Vollmacht des Maklers beim Prämieninkasso keine Unterschiede.

II. Prämienrechnung (§§ 43 Nr. 4, 47 VVG)

Sollte die ausdrückliche Vollmacht fehlen, so könnte die gesetzliche Vollmacht des § 43 Nr. 4 VVG eingreifen. Danach ist der Agent zur Entgegennahme der Prämie bevollmächtigt, wenn er von einer vertretungsberechtigten Person des Versicherers ausge-

stellte Prämienrechnungen oder Prämienquittungen¹⁷⁷ im Besitz hat, auch wenn er diese widerrechtlich erlangte¹⁷⁸. Grundsätzlich ist dabei das Innenverhältnis zwischen Agent und Versicherer gleichgültig¹⁷⁹. Diese gesetzliche Vollmacht kann allerdings auch mit Wirkung nach außen beschränkt werden, wie sich aus § 47 VVG ergibt. Danach gilt die gesetzlich geprägte Vollmacht nicht, wenn der Makler sie im Innenverhältnis nicht besitzt und dies der Versicherungsnehmer wußte oder grob fahrlässig nicht wußte.

Damit ist zu untersuchen, wann eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne von § 47 VVG vorliegt. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der Versicherer es im Falle des § 43 Nr. 4 VVG in aller Regel durch die Aushändigung der Prämienquittung in der Hand hat, die gesetzliche Vollmacht zu begründen, sieht man einmal von dem Fall der entwendeten Quittung ab. Es wird äußerst selten sein, daß ein Versicherer die Quittung aushändigt, damit die gesetzliche Vollmacht begründet und sie gleichzeitig ausschließt. Daher liegen auch - soweit erkennbar - für das Zusammenwirken von § 43 Nr. 4 VVG und § 47 VVG keine gerichtlichen Entscheidungen vor.

Die Tendenz in der Rechtsprechung geht aber in diesem Bereich allgemein, zum Beispiel bei §§ 43 Nr. 1, 44 i. v. m. 47 VVG dahin, den Versicherungsnehmer, der nicht Kaufmann ist, eher "schonend" zu behandeln.

Wie bereits dargelegt, hat das Oberlandesgericht Frankfurt entschieden, daß eine Kauffrau fahrlässig im Sinne von § 47 VVG handelte, als sie einen Vertretungsmachtaus schluß auf der Rückseite eines An-

177 Bruck-Möller, § 43, Anm. 21.

178 Bruck-Möller, § 43, Anm. 21; Prölss/Martin-Martin, § 43, Anm. 5.

179 Bruck-Möller, § 43, Anm. 21.

tragsformulars nicht zur Kenntnis nahm¹⁸⁰. Das gleiche Gericht sprach aber auch aus, daß eine Kenntnisnahme der AVB beim oder nach dem Vertragsschluß nicht erforderlich war, um den Vorwurf der Fahrlässigkeit nach § 47 VVG zu entkräften¹⁸¹.

Das Oberlandesgericht Hamm hat dagegen selbst dann eine grobe Fahrlässigkeit verneint, wenn der Ausschluß der gesetzlichen Vertretungsmacht auf dem Antrag unter einer fettgedruckten Überschrift im Kleingedruckten vermerkt ist¹⁸².

III. Rechtsscheinvollmacht

Ist der General- oder der Mehrfachagent weder ausdrücklich bevollmächtigt noch durch die Inhaberschaft einer Prämienrechnung gesetzlich bevollmächtigt, gelten die oben dargestellten Prinzipien. Bei der Zurechnung ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Agenten in der Praxis wesentlich häufiger mit Inkassovollmachten ausgestattet sind. Daher wird eine Zurechnung über Rechtsschein noch häufiger als beim Makler erfolgen, weil die Inkassovollmacht üblich ist und die Versicherungsnehmer folglich eher vom Vorliegen einer solchen Vollmacht ausgehen können.

180 OLG Frankfurt VersR 1990, 782 (783).

181 OLG Frankfurt VersR 1990, 1103 (1104); A. A. für die Kenntnisnahme unverzüglich nach Vertragsschluß, OLG Köln, VersR 1988, 904 (905).

182 OLG Hamm VersR 1990, 1105; vergleiche dazu auch das bereits mehrfach angesprochene Urteil OLG Karlsruhe VersR, 1990, 889 und die unklare Formulierung in BGH, VersR 1988, 234 (236) sowie dessen Interpretation durch LG Berlin, VersR 1990, 1107 ff.

§ 7 Zusammenfassung

Im Abrechnungsverkehr der Erstversicherung können bei der Einschaltung von Maklern zahlreiche Komplikationen auftreten. Die zentrale Frage für den Versicherungsnehmer und den Versicherer ist dabei, ob sie durch eine fehlgeschlagene Abrechnung über den Vermittler einen Nachteil erleiden bzw. wer bei Zahlungen an den Vermittler die Folgen von Leistungsstörungen oder der Insolvenz des Vermittlers trägt.

So zahlreich dabei die Störungsquellen sind, so einfach ist im Prinzip die Zurechnung: Es kommt auf die Befugnisse des Vermittlers an; bei der Zurechnung sind aber auch die Rechtsscheinprinzipien zu berücksichtigen. Zahlt der Versicherungsnehmer etwa seine Versicherungsprämie an den Vermittler und ist dem Versicherer diese Zahlung zuzurechnen, steht der Versicherungsnehmer durch die Zahlung an den Vermittler so, als ob das Geld bereits beim Versicherer selbst eingegangen wäre. Gleiches gilt umgekehrt im Zahlungsfluß vom Versicherer zum Versicherungsnehmer, etwa bei der Schadenregulierung.

Die Frage der Zurechnung entscheidet sich primär danach, ob eine Inkassovollmacht vorliegt. Häufig sind explizite Vollmachten aber nicht feststellbar, insbesondere beim Prämieninkasso des Maklers für den Versicherer. Soweit es an einer ausdrücklichen Vollmacht fehlt, ist aus dem Umfeld des Abrechnungsverkehrs zu entscheiden, ob eine Zurechnung des Leistungsempfangs durch eine konkludente Vollmacht oder eine Rechtsscheinvollmacht vorzunehmen ist. Hierin dürfte für die Praxis ein Hauptproblem liegen.

Zu diesen Punkten können allerdings allgemeingültige Aussagen nur schwer getroffen werden; es kommt auf die Wertung der konkreten Umstände des Einzelfalles an. Tendenziell ist aber festzustellen, daß das Prämieninkasso seitens des Maklers für das Versicherungsunternehmen bereits nach wenigen Inkassi, eventuell nach dem ersten Inkasso, zu einer "Vollmacht" führen kann, soweit das Versicherungsunternehmen nicht ausdrücklich das Gegenteil bekanntgibt. Ob dem Versicherer anderslautende Bestimmungen in den AVB zugutekommen können, erscheint zweifelhaft.

Haben Versicherer und Makler die Abrechnung der gegenseitigen Forderungen, also die Weiterleitung der eingenommenen Prämien einerseits und die Ansprüche des Maklers gegen das Versicherungsunternehmen andererseits über ein Kontokorrent vereinbart, dürfte auch hierin regelmäßig die Erteilung einer Inkassovollmacht zu erblicken sein.

Soweit eine Zurechnung nach diesen Grundsätzen nicht erfolgt, ist an den Versicherer seitens des Versicherungsnehmers erst geleistet, wenn die Prämie an ihn abgeführt ist. Dies kann durch Überweisung der Prämie seitens des Maklers geschehen. Der Versicherer hat die Prämie aber auch dann erhalten, wenn diese in ein Kontokorrent eingestellt, wenn ein Verrechnungsvertrag geschlossen oder die Aufrechnung erklärt wurde.

Das Risiko des Abrechnungsverkehrs bezüglich der Prämie liegt damit in der Praxis häufiger beim Versicherer. Eine Zurechnung von Zahlungen kann grundsätzlich auch in umgekehrter Richtung stattfinden, wenn der Makler für den Versicherungsnehmer Schadenregulierungsbeträge entgegennimmt.

Muß sich einer der Beteiligten die Leistung des Gegenübers an den Vermittler zurechnen lassen,

bedeutet dies, daß er rechtlich so gestellt wird, als hätte er selbst die Leistung bereits erhalten. Tatsächlich kann sich das Geld aber noch beim Vermittler befinden. Der rechtliche Empfänger hat daher einen Herausgabe- oder "Weiterleitungsanspruch" gegen den Vermittler. Doch ist dieser Anspruch im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Vermittlers regelmäßig entwertet. Zwar kann ein Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch bestehen, doch das Geld wird sich fast ausnahmslos auf Girokonten des Vermittlers befinden. Es ist daher in ein Kontokorrent mit der Bank eingebunden. Soweit dieses Girokonto bei Zahlungsunfähigkeit des Vermittlers ein Debet aufweist (was die Regel darstellen dürfte), kann die Bank die Herausgabe der Beträge aus dem Kontokorrent verweigern.

Soweit sich die Beteiligten also Zahlungen an den Vermittler zurechnen lassen müssen, tragen sie im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Vermittlers auch häufig das Risiko des endgültigen Verlustes.



In dieser Schriftenreihe sind bisher erschienen

Prof. Dr. Norbert Horn

Die Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen (AFB)
und das AGB-Gesetz*

Heft 1

Der Versicherungsbedarf der deutschen Wirtschaft
nach dem Jahr 2000

Dokumentation über ein Symposium der Fördergesellschaft

Heft 2

Dr. Ralf Johannsen

Haftpflichtversicherungsschutz gegen Umweltschäden
durch Verunreinigung des Erdbodens und der Gewässer

Heft 3

o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves

Die rechtliche Behandlung von Serienschäden
in der Haftpflichtversicherung

Heft 4

Dr. Friedrich Hosse · Wolfgang Poppelbaum

Systemvergleich der privaten
und der öffentlichen Gebäudefeuerversicherung

Heft 5

Prof. Dr. rer. nat. Hans Hölemann

Der Brandbegriff im Versicherungswesen aus
naturwissenschaftlicher und technischer Sicht

Heft 6

Dr. Werner Pfennigstorf

Regulierung und Deregulierung
im Versicherungswesen der Vereinigten Staaten

Heft 7

* Auflage vergriffen

HAMBURGER GESELLSCHAFT ZUR FÖRDERUNG DES VERSICHERUNGSWESENS MBH, HAMBURG

Die im Jahre 1982 gegründete Gesellschaft hat zum Ziel, das Versicherungswesen durch Vergabe von Untersuchungen und Gutachten sowie durch Unterstützung von wissenschaftlichen Forschungsaufträgen zu fördern.

Bei ihrer Arbeit wird die Gesellschaft durch einen Beirat aus Versicherungswirtschaft, Dienstleistung, Industrie und Wissenschaft unterstützt, der die Vergabe der nicht interessengebundenen Aufträge lenkt und überwacht.

Die Ergebnisse der Untersuchungen und Forschungsaufträge stehen allen interessierten Kreisen zur Verfügung. Veröffentlicht werden sie unter anderem im Rahmen einer eigenständigen Publikationsreihe.

Das Stammkapital der mit 1 Mio DM ausgestatteten Gesellschaft liegt bei der Jauch & Hübener Gruppe.
Die Gesellschaft strebt keinen Gewinn an.

Beirat

Dr. Axel Biagosch, Colonia Versicherungen

Dr. Theodor Brinkmann, GDV

Prof. Dr. Dieter Farny, Universität Köln

Ewald Lahno, Jauch & Hübener KGaA

Günther Linke, Lentjes AG

Walter Meyer-Kahlen, Thyssen AG

Helmut Müller, BAV

Prof. Dr. Manfred Werber, Universität Hamburg

Geschäftsführer

Dr. Jürgen Hübener, Rechtsanwalt