
Datum: 27.05.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-16 U 187/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:0527.I16U187.14.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 6 O 13/14

Leitsätze:
I-16 U 187/14

1.

Der Handelsmakler unterscheidet sich vom Handelsvertreter durch das Fehlen einer ständigen Betrauung durch den Unternehmer. Der wesentliche Unterschied liegt in der mit seiner Pflicht zum Tätigwerden verbundenen Bemühenspflicht des Handelsvertreters um die Vermittlung oder den Geschäftsabschluss. Bei der Abgrenzung sind alle Umstände des Einzelfalles heranzuziehen; es ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse abzustellen und dabei sowohl die vertragliche Gestaltung, als auch deren tatsächliche Handhabung zu berücksichtigen. (Festhalten an Senat, Urteil vom 22.12.2011, I-16 U 133/10).

2.

Die aus § 87a Abs. 3 HGB folgende Pflicht des Unternehmers gegenüber einem Versicherungsvertreter zur Nachbearbeitung von stornierungsgefährdeten Verträgen gilt gegenüber dem Versicherungsmakler nicht, auch nicht in analoger Anwendung der Vorschrift (Ablehnung von OLG Hamm, Urteil vom 21.01.1999, 18 U 109/98).

3.

Eine Auslegung des Vertrages, bei der im Rahmen der Interessen der Parteien gemäß § 242 BGB auch zu berücksichtigen ist, wie stark das Vertragsverhältnis in seiner Ausgestaltung an das eines Versicherungsvertreeters angenähert ist, kann jedoch eine aus dem Vertrag folgende Pflicht zur Nachbearbeitung ergeben (Anschluss an BGH, Urteil vom 01.12.2010, VIII ZR 310/09).

4.

Die vertragliche Ausgestaltung der Vergütungsregelung des Versicherungsmaklers nach den für Versicherungsvertreter üblichen Regelungen spricht zusammen mit Vertragsklauseln, die die Art und Weise einer Nachbearbeitung von stornierungsgefährdeten Verträgen regeln, grundsätzlich für die Annahme einer vertraglich vereinbarten Nachbearbeitungspflicht des Unternehmers. Die tatsächliche Erteilung von Stornogefahrmitteilungen während der Vertragsdurchführung ist ein Indiz dafür, dass die Parteien von einer vertraglich vereinbarten Nachbearbeitungspflicht ausgegangen sind.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 16.09.2014 verkündete Urteil des Einzelrichters der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf – Az.: 6 O 13/14 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Dieses und das erstinstanzliche Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Parteien streiten über die Rückzahlung von Provisionen, die der Beklagte im Rahmen einer Vertriebsvereinbarung von der Klägerin erhalten hat.

3

Die Klägerin versteht sich als Maklerpool, über die Versicherungsvermittler die von ihnen vermittelten Verträge bei den Versicherungsunternehmen einreichen können, um so in den Genuss höherer Provisionen zu gelangen, als ihnen dies bei einer unmittelbaren Tätigkeit für das Versicherungsunternehmen möglich wäre.

4

Aufgrund einer schriftlichen Vertriebsvereinbarung vom 25.06.2012 war der Beklagte als selbständiger Versicherungsmakler (Ziff. 3.6 Abs. 1) gegen Vergütung (Ziff. 2.4 und Ziff. 6) tätig, wobei er im eigenen Namen die Produkte und Dienstleistungen der Produktpartner vermittelte (Ziff. 2.2), ohne jedoch gegenüber der Klägerin hierzu verpflichtet zu sein (Ziff. 3.6 Abs. 2). Der Vertrag sieht ferner unter anderem folgende Regelungen vor: Der Beklagte ist frei darin, die von ihm vermittelten Verträge in beliebigem Umfang direkt bei den Versicherungen oder über andere Maklerpools einzureichen (Ziff. 4), insbesondere, wenn ihm die von der Klägerin für das vermittelte Geschäft vorgesehene Provision zu gering erscheint (Ziff. 6.3 Abs. 3). Die Klägerin kann Anträge nach eigenem Ermessen zurückweisen, insbesondere dann, wenn die Abschlussvoraussetzungen zwischen Kunde und Produktpartner nicht vorliegen, der Antrag unvollständig ist oder das vermittelte Geschäft erhöht störanfällig ist (Ziff. 5 Sätze 2 und 3). Die Vergütung besteht in einer von der Klägerin für jedes „eingereichte Geschäft“ geschuldeten Provision (Ziff. 6.1) entsprechend den jeweils gültigen Provisionstabellen (Ziff. 6.2). Eine solche entfällt nach dem Vertrag, wenn der Kunde nicht leistet (Ziff. 7.4 Satz 1), vom Vertrag zurücktritt oder seine entsprechende Willenserklärung widerruft (Ziff. 7.5 Abs. 1 Satz 1). Bereits empfangene Beträge sind zurückzugewähren (Ziff. 7.4 Satz 2, 7.5 Abs. 1 Satz 2). Auch im Übrigen teilt die Provision das Schicksal der Beitragszahlung (Ziff. 8.1 Satz 1). Die Klägerin hat einen Anspruch auf Rückzahlung der (vorschüssig bezahlten) Provision, sofern die Stornierung in den zwischen der Klägerin und dem Produktpartner vereinbarten Stornohaftungszeitraum fällt (Ziff. 8.1 Abs. 1 Satz 2). Die zwischen der Klägerin und dem Produktpartner geltenden Stornobedingungen, insbesondere Stornohaftungszeiten, geltend entsprechend auch im Verhältnis der Parteien (Ziff. 8.1 Abs. 2). Keine der Parteien soll gezwungen sein, einen Prozess zu führen, um die Stornierung eines Geschäfts zu verhindern (Ziff. 8.2). Zur Aufrechnung ist der Vermittler nur berechtigt, soweit seine Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist (Ziff. 8.3). Die Provision wird abzüglich einer Stornoreserve von 10% ausbezahlt, sofern sie nicht bereits mit Abschluss unverfallbar verdient ist (Ziff. 7.6 Abs. 1). Die Stornoreserve dient zur Sicherung aller theoretischen Rückzahlungsansprüche wegen Stornierungen (Ziff. 7.6 Abs. 2) und wird unter Berücksichtigung insbesondere von Stornoquote, Stornogefahrenquote, Verteilung des Geschäfts auf verschiedene Sparten und Höhe der angesammelten Stornoreserve, die mindestens 10.000 Euro betragen muss, von der Klägerin bei neuen Verträgen nach ihrem Ermessen nicht mehr einbehalten (Ziff. 7.6 Abs. 3). Der Deckungsstock wird insgesamt zur Auszahlung fällig, wenn alle von dem Vermittler eingereichten Verträge aus der Stornohaftung sind (Ziff. 7.6 Abs. 4). Unter besonderen Umständen behält sich die Klägerin vor, Auszahlungen erst nach Ablauf der Stornohaftungszeit oder nur pro rata temporis nach dem Umfang, in dem sie ins Verdienen gelangt sind, auszubezahlen (Ziff. 7.7). Sämtliche gegenseitigen Forderungen mit Ausnahme der Stornoreserve werden auf ein als Kontokorrentkonto geführtes Provisionskonto gebucht (Ziff. 7.1). Ein Anspruch auf Auszahlung eines auf dem Provisionskonto befindlichen Guthabens ist jeweils frühestens zum 15. eines Monats fällig, wenn es in Höhe von mindestens 50,00 Euro besteht (Ziff. 7.2 Abs. 2). Zusammen mit der Auszahlung erhält der Vermittler eine Abrechnung (Ziff. 7.3 Satz 1). Die Klägerin ist verpflichtet, dem Vermittler keine Kunden wettbewerbswidrig abzuwerben (Ziff. 12.1). Der Vermittler kann die eingereichten Verträge jederzeit auf eigene Anbindungen, andere Maklerpools oder fremde Vermittler übertragen, wenn die entsprechenden Produktpartner dies zulassen und keine anderen wichtigen Gründe dagegen sprechen (Ziff. 12.2).

Darüber hinaus übernahm der Beklagte auch Aufgaben in der Bestandspflege und erhielt hierfür Bestandspflegeprovisionen.

Folgende von dem Beklagten vermittelten Verträge, für die der Beklagte Provisionszahlungen erhalten hatte, wurden storniert, wobei die Klägerin die vom Beklagten im gleichen Abrechnungszeitraum verdienten Provisionen gegenrechnet:

Gemäß Abrechnung vom 12.04.2013

8

| Versicherungsnehmer | Saldo |
|---------------------|---------------------|
| Storno D... S... | - 1.944,00 € |
| Summe | - 1.944,00 € |

9

Gemäß Abrechnung vom 15.05.2013

10

| | |
|--|-----------------|
| Summe an Abschluss- und Bestandspflegeprovisionen | 203,74 € |
|--|-----------------|

11

Gemäß Abrechnung vom 06.09.2013

12

| Versicherungsnehmer | Saldo |
|-----------------------------------|---------------------|
| Verdiente Provision | 12,97 € |
| Verdiente Provision | 8,51 € |
| Verdiente Bestandspflegeprovision | 5,83 € |
| Verdiente Provision | 8,81 € |
| Verdiente Provision | 0,81 € |
| Verdiente Bestandspflegeprovision | 0,40 € |
| Teilstorno T... T... D... | - 520,13 € |
| Storno B... F... | - 1.946,90 € |
| Storno M... F... | - 2.081,27 € |
| Summe | - 4.519,78 € |

13

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie sei gegenüber dem Beklagten nicht zur Nachbearbeitung verpflichtet gewesen, da dieser lediglich Versicherungsmakler sei. Selbst wenn man einem Versicherungsmakler gegenüber unter bestimmten Umständen eine Nachbearbeitungspflicht anerkennen wolle, so lägen die Voraussetzungen dafür hier nicht vor, da der Beklagte weder Courtagevorschüsse erhalten habe, sondern diskontiert abgerechnete Courtagen, noch in die Organisationsstruktur der Klägerin eingebunden

14

gewesen sei, die lediglich für den Beklagten die Bündelung und Einreichung der Anträge übernommen habe und der Beklagte schließlich keine Organisationszuschüsse erhalten habe. Soweit der Beklagte sich auf das Stornoreservekonto beziehe, sei auf ein noch resthaftendes Volumen in Höhe von – unstreitig – 20.099,11 € zu verweisen. Soweit die aus dem jeweils betroffenen Vertrag in Höhe von 10% gebildete Stornoreserve betroffen sei, sei dies bei der Provisionsrückforderung bereits berücksichtigt. Soweit der Beklagte seinen Bestand auf die G... AG übertragen wollte, wäre die Klägerin diesem Wunsch nach Begleichung der ihrerseits gegen den Beklagten offenen Forderungen nachgekommen.

Nach vorprozessualer anwaltlicher Aufforderung und Erlass eines gerichtlichen Mahnbescheids hat die Klägerin beantragt, 15

den Beklagten zu verurteilen, 16

1. 17

an sie 6.260,04 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03. August 2013 zu zahlen; 18

2. 19

an sie die vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 650,34 EUR zu zahlen. 20

Der Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Er hat eingewandt, von der Klägerin keine Stornogefahrmitteilungen erhalten zu haben – dies war in erster Instanz unstreitig –, so dass er die Kunden nicht habe nacharbeiten können. Hilfsweise erklärt der Beklagte die Aufrechnung mit von der Klägerin einbehaltenen Stornoreserven – diese belaufen sich nach den Angaben der Klägerin auf 2.718,10 Euro. Auch könne die Klägerin von ihm keine Zahlung auf die stornierten Verträge verlangen, da sie es ohne Grund abgelehnt habe, den Bestand des Beklagten auf die G... AG zu übertragen, die bereit gewesen wäre, auch das Stornorisiko zu übernehmen. 23

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils, die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen, soweit diese den vorgenannten Feststellungen nicht widersprechen. 24

Das Landgericht hat die Klage mit dem am 16.09.2014 verkündeten Urteil mit Ausnahme eines Teils der Zinsen und vorprozessualen Anwaltskosten zugesprochen. Der Beklagte sei aus § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alt BGB i.V.m. Ziffer 8.1 der Vertriebsvereinbarung zur Rückzahlung von 6.260,04 Euro verpflichtet. Die Parteien hätten vereinbart, dass die Provisionen das Schicksal der Beitragszahlung teilen. Die Stornierung der Verträge und die Höhe der daraus abgeleiteten Forderung stehe außer Streit. Der Beklagte könne sich nicht auf fehlende Stornogefahrmitteilungen berufen. Dabei könne dahin stehen, ob eine entsprechende Anwendung des § 87a Abs. 3 HGB auf den Beklagten als Handelsmakler in Betracht komme. Denn jedenfalls komme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Einzelfall in Betracht, den Rückzahlungsanspruch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu versagen, wenn nach den besonderen Umständen des Einzelfalles die Tätigkeit des Maklers derjenigen des Handelsvertreters angenähert ist. Kriterien hierfür 25

könnten die Zahlung laufender Courtagevorschüsse, die Einbindung des Maklers in die Organisationsstruktur des Unternehmers und die Zahlung eines Organisationszuschusses sowie eines Bestandspflegegeldes an den Makler sein. Danach folge hier, dass die Tätigkeit des Beklagten von der eines Versicherungsververtreters wesentlich abgegrenzt sei. Dabei könne dahin stehen, ob die vom Beklagten erhaltenen Zahlungen Courtagevorschüsse waren. Entscheidend sei, dass sich eine Einbindung des Beklagten in die Organisationsstruktur der Klägerin nicht ersehen lasse. Allein die Vielzahl von etwa 23.000 Kooperationspartnern der Klägerin schließe eine solche Einbindung dieser Partner faktisch aus. Auch habe der Beklagte keinen Organisationsvorschuss erhalten. Ferner sei der Beklagte nicht nach § 242 BGB berechtigt, die Rückzahlung zu verweigern, nachdem die Klägerin der Übertragung seines Bestandes auf die G... AG nicht zugestimmt habe. Es gebe keinen Rechtsgrund für die Klägerin, dem vorbehaltlos zuzustimmen. Die von ihr gestellte Bedingung, zuvor den offenen Schlusssaldo auszugleichen, habe der Beklagte nicht erfüllt. Auch sei die Forderung nicht teilweise durch die vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung erloschen. Aus dem Wesen der Stornoreserve folge, dass Auszahlung erst nach Ablauf der Stornohaftungszeit verlangt werden könne. Dieser lasse sich nicht feststellen.

Gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 16.09.2014 zugestellte Urteil wendet sich der 26
Beklagte mit seiner am 01.10.2014 eingegangenen Berufung, die er nach entsprechender
Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 16.12.2014 begründet hat und mit der er
seinen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Das Landgericht gehe fehlerhaft davon
aus, dass die Klägerin nicht zur Übermittlung von Stornogefahrmitteilungen verpflichtet
gewesen sei. Soweit das Landgericht hierbei im Wesentlichen darauf abstelle, dass er nicht
in die Organisationsstruktur der Klägerin eingebunden sei, berücksichtige es nicht, dass dies
nur eines von mehreren Kriterien sei, um die Frage einer entsprechenden Verpflichtung zu
beurteilen. Er habe von der Klägerin regelmäßig Bestandspflegeprovisionen erhalten. Auch
habe die Klägerin ihm während des Bestandes des Vertragsverhältnisses regelmäßig
Stornogefahrmitteilungen zukommen lassen, aufgrund derer es dem Kläger mehrfach
gelingen sei, gefährdete Verträge zu retten. Soweit ihm dies wie bei dem im November 2014
abgerechneten Storno nicht gelungen sei, habe er den Rückforderungsbetrag anstandslos
geleistet. Die Klägerin könne ihrer Pflicht zur Nachbearbeitung entweder durch
Stornogefahrmitteilungen oder durch eigene Nachbearbeitung nachkommen. Beides sei in
den hier in Rede stehenden Fällen nicht erfolgt. Auch die weiteren Einwendungen habe das
Landgericht nicht ausreichend berücksichtigt. Der Übertragung des Bestandes auf die G...
AG hätte die Klägerin schon unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht
zustimmen müssen. Diese hatte sich gegenüber dem Beklagten bereit erklärt, eventuelle
Kosten im Zusammenhang mit Stornierungen zu übernehmen und hätte ihm durch
Übersendung von Stornogefahrmitteilungen eine Nachbearbeitung ermöglicht. Auch bleibe
die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit der Berufung aufrecht erhalten. Soweit das
Landgericht diese unter Hinweis auf Ziff. 8.1 des Vertrages abgelehnt habe, ergebe sich
daraus nicht, dass die Aufrechnung nicht möglich sei. Im bestehenden Vertragsverhältnis
wäre die Verrechnung innerhalb des Kontos erfolgt. Es erschließe sich nicht, warum dies
nach dessen Beendigung anders sein sollte. Es mache kaufmännisch keinen Sinn, wenn die
Klägerin einen – nicht bestehenden – Anspruch von etwas über 6.000 Euro geltend mache,
während er einen Anspruch von etwas über 3.000 Euro habe.

Der Beklagte beantragt, 27

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 28

Die Klägerin beantragt, 29

| | |
|--|----|
| die Berufung zurückzuweisen. | 30 |
| Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und trägt ergänzend weiter zu den einzelnen stornierten Verträgen vor. Der Vertrag D... S... sei am 28.09.2012 vergütet worden. Nachdem der Kunde keinerlei Zahlungen geleistet habe, habe sie dem Beklagten die Stornogefahrmitteilungen vom 08.10.2012 und 19.11.2012 zur Verfügung gestellt. Der Vertrag T... D... sei am 12.03.2013 vergütet worden. Die Kundin habe die Gesellschaft um eine Laufzeitverkürzung von 40 auf 10 Jahre gebeten, was zur teilweisen Stornierung geführt habe. Aus der Email des Beklagten an die Klägerin vom 04.04.2013 ergebe sich, dass der Beklagte über die Umstellung des Vertrages informiert war. Die Kundin B... F... habe für ihren Riestervertrag einen Anbieterwechsel vorgenommen, worüber die Klägerin den Beklagten unter Übersendung des entsprechenden Anschreibens des H... informiert habe. Gleiches gelte für den Vertrag des Kunden M... F... . | 31 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst deren Anlagen Bezug genommen. | 32 |
| II. | 33 |
| Die zulässige Berufung ist unbegründet. | 34 |
| A. | 35 |
| Die Berufung der Kläger ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 517, 519, 520 ZPO | 36 |
| B. | 37 |
| Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht im Ergebnis nicht auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO. Auch rechtfertigen die gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen im Ergebnis keine abweichende Entscheidung (§ 513 ZPO). | 38 |
| 1. | 39 |
| Der Rückzahlungsanspruch ergibt sich hier vorrangig als vertraglicher Anspruch aus den ausdrücklich im Vertriebsvertrag vom 25.06.2012 enthaltenen Rückzahlungsverpflichtungen der Ziffern 7.4, 7.5 Abs. 1 Satz 2 und 8.1 Satz 1. | 40 |
| a) | 41 |
| Der Vertrag der Parteien ist als Rahmenvertrag für die Handelsmaklertätigkeit des Beklagten zu qualifizieren. | 42 |
| Abzugrenzen ist vorliegend, ob der Beklagte als Handelsmakler oder als Handelsvertreter tätig war. Nach der Rechtsprechung des Senats ergeben die für diese Abgrenzung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte hier eine Einordnung der Tätigkeit als Handelsmaklertätigkeit (vgl. Senat, Urteil vom 22.12.2011, I-16 U 133/10, Juris Rn. 46-69). | 43 |
| aa) | 44 |
| Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, § | 45 |

84 Abs. 1 S. 1 HGB. Bezieht sich die Tätigkeit des Handelsvertreters auf die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen, ist er nach § 92 Abs. 1 HGB Versicherungsvertreter. Gemäß § 92 Abs. 2 HGB findet das Handelsvertreterrecht der §§ 84 ff. HGB mit den der Versicherungsbranche Rechnung tragenden Besonderheiten des § 92 Abs. 2 und 3 HGB grundsätzlich auf das Verhältnis zwischen Versicherungsvertreter und Versicherer Anwendung (Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. 2011, § 92 Rdnr. 1).

Vom Handelsvertreter zu unterscheiden ist der Handelsmakler. Handelsmakler ist, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen u.a. über – dies ist die hier in Betracht kommende Alternative – Versicherungen übernimmt, § 93 Abs. 1 HGB. Der Handelsmakler unterscheidet sich vom Handelsvertreter somit nur durch das Fehlen einer ständigen Betrauung durch einen Unternehmer. Betrauung bedeutet Beauftragung im Sinne eines Dienstvertrags mit Geschäftsbesorgungscharakter, aus dem sich für den Vertreter eine Pflicht zum Tätigwerden ergibt (BGH, Urteil vom 22.06.1972, VII ZR 36/71, NJW 1972, 1662, 1663; Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 84 Rdnr. 41). Ständig meint eine auf Dauer angelegte Bindung, die mehr ist als eine bloß langfristige Geschäftsbeziehung (BGH, Urteil vom 01.04.1992, IV ZR 154/91, NJW 1992, 2818, 2819). Der wesentliche Unterschied zwischen Handelsvertreter und -makler liegt in der mit seiner Pflicht zum Tätigwerden verbundenen Bemühenspflicht des Handelsvertreters um die Vermittlung oder den Geschäftsabschluss, § 86 Abs. 1 Hs. 1 HGB (vgl. bereits BGH Urteil vom 26.11.1984, I ZR 188/81, VersR 1984,534), während das Kriterium der Beständigkeit den für das Verhältnis Vermittler/Unternehmer maßgeblichen Makler- bzw. Vertreterbegriff im Sinne des Handelsrechts von den versicherungsrechtlichen Begriffsbestimmungen des § 59 Abs. 2 und 3 VVG, die das einzelne Versicherungsverhältnis zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer im Blick haben, unterscheidet (vgl. Dörner in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl. 2010, § 59 VVG Rdnr. 8). Im Übrigen sind für die Abgrenzung alle Umstände des Einzelfalles heranzuziehen (BGH, Urteil vom 01.04.1992, IV ZR 154/91, NJW 1992, 2818, 2819). Maßgeblich ist nicht allein die von den Parteien vorgenommene Einordnung des Vertrages, die gewählte Parteibezeichnung oder die tatsächliche Vertragsdurchführung; vielmehr ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse abzustellen und dabei sowohl die vertragliche Gestaltung, als auch deren tatsächliche Handhabung zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 27.10.2009, VIII ZB 42/08, NJW 2010, 873, 874; Senat, Urteil vom 28.3.2003, 16 U 139/02).

Die Einzelfallbetrachtung ergibt, dass der Beklagte nicht als Handelsvertreter für die Klägerin, sondern als Makler tätig war. 47

(1) 48

Der als "Vertriebsvereinbarung" überschriebene Vertrag der Parteien vom 25.06.2012 ist nicht als Handelsvertreter-Vertrag, sondern als Maklervertrag ausgestaltet. 49

(a) 50

Die Vereinbarung beinhaltet nicht den typischen – nach § 86 Abs. 4 HGB nicht verhandelbaren – Pflichtenkatalog eines Handelsvertreters. Dem Handelsvertreter obliegt als Verpflichteter eines Dienstleistungsvertrags mit Geschäftsbesorgungscharakter gemäß §§ 611, 675 BGB die Leistung von Diensten in Form einer Geschäftsbesorgung. In diesem Sinne muss er tätig werden und hat sich dabei nach § 86 Abs. 1 Hs. 1 HGB um die Vermittlung des Geschäfts bzw. dessen Abschluss zu bemühen. Eine solche Bemühenspflicht wurde dem Beklagten durch den Vertriebsvertrag gerade nicht auferlegt. Ziffer 3.6 Abs. 2 Satz 2 des 51

Vertrages regelt vielmehr ausdrücklich das Gegenteil.

Der Handelsvertreter hat nach § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB bei seiner Tätigkeit das Interesse des Unternehmers wahrzunehmen. Die Interessenswahrnehmungspflicht ist für den Handelsvertreter-Vertrag wesensbestimmend und zwingend (vgl. BGH, Beschluss vom 25.09.1990, KVR 2/89, BGHZ 112, 218 ff. = NJW 1991, 490, 491; BGH, Beschluss vom 15.04.1986, KVR 3/85, BGHZ 97, 326 ff.). Sie beherrscht das gesamte Vertragsverhältnis und ist in dem Sinne umfassend, als sie entgegen dem Wortlaut des § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB über die eigentliche Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit und die Dauer des Vertragsverhältnisses hinaus reicht (Hopt, a.a.O., § 86 Rdnr. 20). Eine derart umfassende Interessenswahrnehmungspflicht gab die Vertriebsvereinbarung dem Beklagten nicht auf. Zwar dienten verschiedene dem Beklagten auferlegte Verpflichtungen dem Interesse der Klägerin, etwaige (Schadensersatz-)Ansprüche Dritter (insbesondere ihrer „Produktpartner“) oder behördliche Maßnahmen gegen sie auszuschließen, so die Ziff. 3.1, 3.2, 3.5, 3.7, 9.4, 10.1, 13.2. Auch ist damit in Ziff. 10.1 eine dem § 90 HGB nachgebildete besonders geregelte Verschwiegenheitspflicht in Bezug auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse als typische Ausprägung der allgemeinen Interessenswahrnehmungspflicht des Handelsvertreters vorgesehen. Hieraus ergibt sich aber noch keine umfassende Interessenwahrnehmungspflicht des Beklagten. Zum einen betrifft Ziff. 10.1 ausweislich der Ziff. 12.2 den für § 90 HGB bedeutsamen Fall eines Wechsels des Beklagten zu einem Konkurrenten der Klägerin ausdrücklich nicht. Zum anderen fehlt auch ein Wettbewerbsverbot des Beklagten (das Gegenteil folgt aus Ziff. 4, 12.2). Die genannten vertraglichen Regelungen sind lediglich besonders in den Vertrag aufgenommene Ausprägungen der auf dem Grundsatz von Treu und Glauben fußenden allgemeinen Rücksichtnahme auf die Belange seiner Vertragspartnerin bei Ausübung seiner Tätigkeit. Damit war das durch die Vertriebsvereinbarung begründete Vertragsverhältnis nicht von einer Interessenswahrnehmungspflicht beherrscht.

Dem Handelsvertreter obliegen nach § 86 Abs. 2 HGB schließlich Nachrichts- und Informationspflichten gegenüber dem Unternehmer. Diesbezügliche Regelungen enthält die Vertriebsvereinbarung ebenfalls nicht.

(b)

Die der Klägerin nach der Vereinbarung auferlegten Pflichten lassen ebenfalls keinen zwingenden Schluss auf ein Handelsvertreterverhältnis zu.

Nach Ziff. 6.1 der Vertriebsvereinbarung war die Klägerin zur Zahlung einer Provision für das zugeführte Geschäft verpflichtet. Allerdings stellt die Zahlung einer erfolgsabhängigen Vergütung nach § 87 HGB die Hauptpflicht des Unternehmers gegenüber dem Handelsvertreter dar; der Makler erhält seine Vergütung dagegen typischer Weise von seinem Auftraggeber, dem Partner des Maklervertrages, oder bei Fehlen einer Vereinbarung oder im Fall des Doppelauftrags grundsätzlich von den Parteien des vermittelten Vertrages je zur Hälfte, § 99 HGB. Dies wird in der Versicherungsbranche herkömmlicher Weise aber anders praktiziert. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Versicherungsmakler – ausdrücklich oder konkludent – einen Maklervertrag zumindest auch mit dem Versicherungsnehmer schließt; gleichwohl erhält er seine Provision nicht von diesem, sondern vom Versicherer, dessen Prämie die an den Makler zu entrichtende Courtage enthält (BGH, Urteil vom 20.1.2005, III ZR 251/04, NJW 2005, 1357, 1358 m.w.N.). Da eine Provisionspflicht des Versicherers in dieser Branche gegenüber Makler wie Vertreter bestehen kann, stellt deren Übernahme durch den Unternehmer bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen wie im vorliegenden Fall kein taugliches Abgrenzungskriterium für

die Klassifizierung des Vertragsverhältnisses dar.

Auch die – hier offenbar neben dem Vertragstext vorliegende – Vereinbarung einer darüber hinausgehenden Bestandsvergütung lässt nicht den zwingenden Schluss auf das Bestehen eines Handelsvertreterverhältnisses zu. Übernimmt der Vermittler eines Versicherungsvertrages über die Vermittlung hinaus die weitere Betreuung des Versicherungsvertragsverhältnisses, wird dies durch das reine Vermittlungsentgelt nicht abgegolten. Es unterliegt der Vertragsfreiheit der Parteien, hierfür eine besondere Vergütung zu vereinbaren; dies kann auch im Verhältnis des Versicherers zum Makler geschehen, um sein Interesse an der Bestandserhaltung und Stornoverhütung wachzuhalten (vgl. OLG Frankfurt/M, Urteil vom 12.11.1993, 10 U 29/91, VersR 1995, 92 ff.; Dörner, a.a.O. § 59 Rn. 78). In diesem Sinne kann die Vergütung den Vermittler zu einem ständigen Tätigwerden anhalten. Nur dies ist der Entscheidung des Senats vom 29.11.1996 (Urteil vom 29.11.1996, 16 U 18/96, r + s 1998, 44) zu entnehmen, der im Übrigen diesen Gesichtspunkt nur als ein Kriterium neben anderen für die Annahme eines zum seinerzeitigen Zeitpunkt nicht mehr streitigen Handelsvertreterverhältnisses angesehen hat. Da die der Bestandserhaltung dienende und von Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler gleichermaßen übernehmbare Tätigkeitspflicht von der seitens des Handelsvertreters in Richtung Geschäftsvermittlung und Geschäftsabschluss geschuldeten Tätigkeit zu unterscheiden ist, stellt das hierfür vereinbarte Entgelt für sich besehen kein taugliches Kriterium für die Annahme eines Handelsvertreterverhältnisses dar.

Im Übrigen oblagen der Klägerin nach der Vertriebsvereinbarung nicht die typischen – nicht abdingbaren – Nebenpflichten des Unternehmers gegenüber dem Handelsvertreter im Sinne des § 86a HGB zu dessen Ausstattung (Absatz 1) und Information (Absatz 2). Dabei hätte es im Fall der Begründung eines Handelsvertreterverhältnisses nahegelegen, diese in der vertraglichen Vereinbarung im Einzelnen zu konkretisieren.

(c) 59

Schließlich spricht der Inhalt des Vertrags im Übrigen gegen einen Handelsvertretervertrag und für einen Maklervertrag. 60

Es handelt sich, was das vom Beklagten der Klägerin zuzuführende Geschäft betrifft, um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, weil der Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der Abschlussprovision mangels Tätigkeitspflicht des Beklagten keine Gegenleistungspflicht gegenüber steht. Dies entspricht einem Maklervertrag, der ein einseitiger, nur den Auftraggeber im Falle erfolgreicher Vermittlung verpflichtender Vertrag ist (Roth, a.a.O., § 93 Rdnr. 16). 61

Der Beklagte wird in der Vertragsurkunde weitgehend als „Vermittler“, teilweise aber auch als "Versicherungsmakler" bezeichnet. Das ihm zugesagte Entgelt wird zwar mit dem im Handelsvertreterrecht verwandten Begriff der "Provision" (vgl. §§ 87 ff. HGB) bezeichnet, was die herkömmliche Bezeichnung für die Vergütung eines Versicherungsmaklers ist (Dörner, a.a.O., § 59 Rdnr. 53). Die Bezeichnung an sich ist für die Abgrenzung allerdings nicht entscheidend, sondern könnte allenfalls einen Hinweis bieten, wie die Vertragsparteien die Vertragsbeziehung verstanden wissen wollten, wobei dies hier angesichts der Regelungsinhalte selbst keinem Zweifel unterliegt. 62

Ziffer 3.6 der Vertriebsvereinbarung verweist insgesamt auf das Handelsmaklerrecht der §§ 93 ff. HGB, was ebenfalls dafür spricht, dass eine solche Vertragsbeziehung von den Parteien gewollt war. 63

| | |
|---|----|
| (2) | 64 |
| Es sind keine Umstände ersichtlich, wonach die vertragliche Beziehung der Parteien als Handelsvertreterverhältnis gelebt worden ist. | 65 |
| Dass der Beklagte eine Genehmigung nach § 34c GewO als Versicherungsmakler tätig sein zu dürfen vorlegen musste und vorgelegt hat, spricht – unabhängig davon, dass dieser Umstand auch nicht umgekehrt hinsichtlich des Bestehens eines Maklerverhältnisses aussagekräftig, sondern allenfalls ein Indiz ist – jedenfalls nicht für das Vorliegen eines Handelsvertreterverhältnisses. | 66 |
| Dass der Beklagte von der Klägerin ausweislich der Vertragsbezeichnung als Vertriebspartner angesehen wurde, lässt ebenfalls keine Rückschlüsse zu, da sowohl Versicherungsvertreter, als auch Versicherungsmakler mit dem Vertrieb, nämlich der Vermittlung von Versicherungsverträgen, befasst sind, vgl. § 59 Abs. 1 VVG. | 67 |
| Der Umfang des Geschäfts, welches der Beklagte der Klägerin über die Laufzeit der Vereinbarung zugeführt haben mag, ergibt hier mangels entsprechenden Parteivortrages keine Anhaltspunkte für ein Handelsvertreterverhältnis. Jedenfalls bestand vorliegend keine Verpflichtung für den Beklagten, ausschließlich für die Klägerin entsprechend ihrer Vorgaben tätig zu werden. Auch eine faktische Zwangslage ist nicht vorgetragen. | 68 |
| b) | 69 |
| Die dem Beklagten zustehende, als Provision bezeichnete, Maklercourtage erhielt dieser in zulässiger und – wie dargelegt für Versicherungsmakler üblicher Weise – nach der Vertriebsvereinbarung von der Klägerin. Insoweit haben die Parteien weiter in einer für Versicherungsmakler üblichen Abweichung von § 652 Abs. 1 BGB vereinbart, dass die Courtage in dem Sinne vom Fortbestand des vermittelten Vertrages abhängig ist, als dass sie – wie beim Versicherungsvertreter – erst mit der während der Stornohaftungszeit fortlaufenden Zahlung der Prämien ins Verdienen gelangt. In diesem Sinne ist die bei Vertragsschluss von der Klägerin gezahlte volle Provision vorschussweise geleistet (vgl. Ziff. 8.1 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages: „... der vorschüssig bezahlten Provision ...“). | 70 |
| Die Provision für den an D... S... vermittelten Vertrag ist nach Ziff. 7.4 Satz 2 der Vertriebsvereinbarung zurückzuzahlen, da der Kunde nicht geleistet hat, was aufgrund des unstreitigen und damit unabhängig von § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigenden Vorbringens der Klägerin in der Berufungserwiderung feststeht. | 71 |
| Die Provisionen für die an T... D... und B... und M... F... vermittelten Verträge sind nach Ziff. 8.1 Abs. 1 Satz 2 der Vertriebsvereinbarung zurückzuerstatten, im Falle von D... wegen Laufzeitreduzierung, im Falle der Zeugen F... wegen der mit dem Anbieterwechsel verbundenen Kündigung. | 72 |
| Der Berechnung des Rückforderungsbetrages, auf die sich die Klägerin gem. Ziff. 7.1 Satz 2 der Vertriebsvereinbarung die vom Beklagten verdienten Provisionen aus anderen Geschäften der Abrechnungsperiode anrechnen lässt, ist der Beklagte nicht entgegen getreten. | 73 |
| c) | 74 |
| Dem Rückzahlungsanspruch steht nicht entgegen, dass die Klägerin eine Pflicht zur Nachbearbeitung der stornogefährdeten Verträge verletzt hätte. Dabei geht der Senat zwar | 75 |

davon aus, dass die Klägerin hier zur Nachbearbeitung verpflichtet war. Indes ist nach dem neuen unstreitigen und damit unabhängig von § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigenden Vorbringen der Klägerin in der Berufungserwiderung jedoch keine Verletzung der der Klägerin obliegenden Nachbearbeitungspflicht festzustellen.

aa) 76

Die Klägerin war zur Nachbearbeitung verpflichtet. 77

(1) 78

Teilweise wird in der Rechtsprechung und Literatur vertreten, eine solche Nachbearbeitungspflicht könne sich unter bestimmten Umständen aus § 87a Abs. 3 HGB analog ergeben, wenn der Versicherungsmakler im Einzelfall genauso schutzwürdig sei, wie ein Versicherungsvertreter (so OLG Hamm, Urteil vom 21.01.1999, 18 U 109/98, BeckRS 2005, 08775 unter I 2 b; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1482, 1483; OLG Saarbrücken, OLGR 1997, 334, 335 f.; Emde, aaO, § 92 Rn. 19). Dagegen wird eingewendet, dass eine solche Analogie schon mangels einer planwidrigen Gesetzeslücke nicht möglich sei (OLG Frankfurt am Main, OLGR 1997, 133 f.; KG, Urteil vom 14.01.1999, 10 U 7263/97, juris Rn. 7; AG München, VersR 2005, 1688; Baumbach/Hopt, aaO, § 93 Rn. 7; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 87a Rn. 5; in diesem Sinne auch BGH, Urteil vom 13.06.1951, II ZR 107/50, BGHZ 2, 281, 283 f.; RGZ 95, 134, 137 m.w.N., jeweils zu § 88 HGB a.F.). Nach Auffassung des Senats ist eine solche Analogie – was der BGH zuletzt offen gelassen hat (BGH, Versäumnisurteil vom 01.12.2010, VIII ZR 310/09, Juris Rn. 17) – angesichts der aufgezeigten fundamentalen Unterschiede zwischen der Stellung eines Handelsvertreters und eines Handelsmaklers und dem auf diesen Unterschieden beruhenden ausdrückliche Fehlen einer dem § 87a Abs. 3 HGB entsprechenden Regelung im Recht der Handelsmakler abzulehnen. Soweit das OLG Hamm darauf hinweist, eine Regelungslücke bestehe in solchen Fällen, in denen der Versicherungsmakler entgegen dem gesetzlichen Leitbild faktisch wie ein Versicherungsvertreter abhängig sei (OLG Hamm, Urteil vom 21.01.1999, 18 U 109/98, BeckRS 2005, 08775, unter I 2 b),

„Die tatsächliche Entwicklung ist indessen insbesondere in den letzten Jahren - dahin gegangen, dass Versicherungsunternehmen ihren Vertrieb teilweise nicht mehr über Versicherungsvertreter abwickeln, sondern den (früheren) Vertretern - oft denselben Personen wie zuvor - die Rechtsstellung eines Maklers (ohne Tätigkeitspflicht) geben, obwohl sich an deren tatsächlicher Stellung, insbesondere an der Abhängigkeit von Versicherungsunternehmen, nichts geändert hat. Dass eine Tätigkeitspflicht des Maklers gegenüber dem Versicherungsunternehmen nicht besteht, wirkt sich praktisch kaum aus, weil die Makler bei einer solchen Einbindung in das Vertriebssystem der Versicherer schon deswegen gezwungen sind, sich um die Vermittlung von Versicherungsverträgen zu bemühen, weil sie ansonsten keine oder nur geringe Einkünfte erzielen. Dem Senat sind Versicherungsunternehmen bekannt, die keine Versicherungsvertreter (mehr) beschäftigen, sondern ihre Geschäfte ausschließlich über Personen abwickeln, denen sie formell - rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden - die Stellung eines Maklers eingeräumt haben, die jedoch in das Vertriebssystem genauso eingegliedert sind wie Versicherungsvertreter und die deshalb im gleichen Maße schutzbedürftig sind. Die Versicherungsnehmer vermögen in solchen Fällen oft gar nicht zu erkennen, dass sie es rechtlich mit Versicherungsmaklern zu tun haben. Sie betrachten sich nicht als Auftraggeber und Vertragspartner eines unabhängigen Maklers, der (ausschließlich) ihre Interessen wahrzunehmen hat, sondern sehen in dem Makler einen Vertreter der Interessen des Versicherungsunternehmens.“

müsste der Bereich einer möglichen Analogie jedenfalls auf die so festgestellte Regelungslücke begrenzt bleiben.

Auch ist eine solche Situation mit dem Vertragsverhältnis der Parteien schon deswegen nicht vergleichbar, da die Klägerin selbst keinerlei Vertriebsstrukturen hat, in die sie den Beklagten einbinden könnte, sondern ihrerseits nur als Intermediär für die Versicherungsunternehmen tätig ist, wobei mangels Sachvortrages der Parteien offenbleibt, ob die Klägerin selbst als Handelsvertreterin (vgl. den Maklerbetreuervertrag in OLG Hamm, Urteil vom 25.10.2012, 18 U 193/11, Juris) oder als Maklerin tätig ist. 82

(2) 83

Ungeachtet des Meinungsstreits über die Analogiefähigkeit des § 87a Abs. 3 HGB ist darüber hinaus anerkannt, dass sich im Einzelfall aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder einer hieran orientierten Auslegung des Vertrages zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherer für letzteren eine Nachbearbeitungspflicht ergeben kann (BGH, Versäumnisurteil vom 01.12.2010, VIII ZR 310/09, Juris Rn. 17; OLG Frankfurt am Main, a.a.O.; AG München, a.a.O.; Thiessen in Großkommentar HGB, a.a.O., § 93 Rn. 167; im Übrigen bei näherer Betrachtung so auch früher das OLG Hamm, das sich freilich heute auf diese Entscheidungen im Rahmen der vertretenen Analogie beruft: OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1306, 1307: „Treu und Glauben können es im Einzelfall gebieten, daß der Versicherer auf die Belange des Maklers Rücksicht nimmt und bei Vertragsgefährdungen in derselben Weise nacharbeitet, wie es seine Pflicht gegenüber einem Versicherungsvertreter wäre.“). Als Gesichtspunkte, die bei der umfassenden Abwägung aller Umstände des Einzelfalles Berücksichtigung finden können, kommen unter anderem die laufende Zahlung von Courtagevorschüssen für die vermittelten Versicherungsverträge, eine Einbindung in die Organisationsstruktur, die Zahlung eines Organisationskostenzuschusses, die Zahlung von Bestandspflegegeld (hierzu BGH, Versäumnisurteil vom 01.12.2010, VIII ZR 310/09, Juris Rn. 18), eine laufende Geschäftsbeziehung, Führung eines Agenturkontos für den Makler und der Umfang der Tätigkeit als wesentlicher Teil der Vermittlungsarbeit des Maklers (OLG Hamm, Urteil vom 21.01.1999, 18 U 109/98, BeckRS 2005, 08775, unter I 2 b) in Betracht. Entgegen der Annahme der Klägerin handelt es sich dabei nicht um Umstände, die sämtlich vorliegen müssen. Entscheidend ist – wie dargelegt – vielmehr eine umfassende Abwägung. 84

Die Auslegung des Vertrages der Parteien führt vor diesem Hintergrund dazu, dass die Klägerin zur Nachbearbeitung verpflichtet war. Aus den vorstehend genannten Kriterien ergibt sich zum einen im Rahmen der gebotenen interessengerechten Auslegung, dass der Vertrag der Parteien hinsichtlich der Vergütungsfragen dem Recht der Versicherungsvertreter so weit angenähert ist, dass der Beklagte einen entsprechenden Schutz beanspruchen kann. Zum anderen enthält der Vertrag zusätzliche Anhaltspunkte dafür, dass genau dies von den Parteien auch gewollt war. 85

Nach dem Vertrag war der als Provision bezeichnete Courtageanspruch des Beklagten hier wie bereits ausgeführt in allen Einzelheiten dem Provisionsanspruch eines Versicherungsvertreters nachgebildet, indem die Provision bei Abschluss des Vertrages vorschüssig zu zahlen war und durch Zahlung der Versicherungsprämien während der Stornohaftungszeit ins Verdienen geriet. Auch war der Beklagte aufgrund der Vertriebsvereinbarung als Rahmenvertrag in ständiger Geschäftsbeziehung für die Klägerin tätig. Diese führte für ihn ein Agenturkonto. Er erhielt von ihr aufgrund gesonderter vertraglicher Vereinbarung auch Bestandspflegeprovisionen. Darüber hinaus hatten die Parteien vereinbart, dass die „Stornohaftungsbedingungen, insbesondere Stornohaftungszeiten“ der Versicherungsunternehmen für das Vertragsverhältnis der Parteien 86

entsprechend gelten (Ziff. 8.1 Abs. 2 Satz 1). Diese enthalten üblicherweise auch Regelungen zur Nachbearbeitungspflicht. Schließlich zeigt Ziff. 8.2 der Vertriebsvereinbarung, wonach weder die Klägerin noch das Versicherungsunternehmen gezwungen sein soll, einen Prozess zu führen, um die Stornierung eines Geschäfts zu verhindern, dass die Parteien von einem Bestehen der Nachbearbeitungspflicht ausgingen. Denn eine solche Regelung wird üblicherweise in Verträgen von Versicherungsvertretern verwendet, um die Nachbearbeitungspflicht sicher auf außergerichtliche Maßnahmen zu beschränken. Sie wäre inhaltsleer, bestünde eine solche Nachbearbeitungspflicht der Klägerin gegenüber dem Beklagten nicht. Schließlich zeigt die Durchführung des Vertrages, dass die Parteien von einer Nachbearbeitungspflicht ausgingen, denn die Klägerin hat – nach dem neuen unstreitigen und damit unabhängig von § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigenden Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbegründung – dem Beklagten in der Regel Stornogefahrmitteilungen zukommen lassen.

bb) 87

Diese Nachbearbeitungspflicht hat die Klägerin indes nicht verletzt. Dabei ist davon auszugehen, dass die Klägerin jedenfalls keine weitergehende Pflicht zur Nachbearbeitung traf, als diese gegenüber einem Versicherungsvertreter besteht. 88

Der Umfang der gebotenen Nachbearbeitung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles (BGH, Urteil vom 01.12.2010 a.a.O., Rn. 15; BGH, Urteil vom 12.11.1987, I ZR 3/86, Juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 21.03.2001, VIII ZR 149/99, Juris Rn. 26; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 92 Rn. 28; Ebenroth/Boujong/Joost-Löwisch, 3. Auflage 2014, § 92 HGB, § 92 Rn. 24, m.w.N.). Der Unternehmer kann entweder eigene Maßnahmen zur Stornoabwehr ergreifen oder sich darauf beschränken, dem Versicherungsvertreter durch eine Stornogefahrmitteilung Gelegenheit zu geben, den notleidend gewordenen Vertrag selbst nachzubearbeiten. Eine Verpflichtung, dem ausgeschiedenen Versicherungsvertreter Stornogefahrmitteilungen zukommen zu lassen, besteht nicht. Dies lässt jedoch die Pflicht zur eigenen Nachbearbeitung unberührt. Eine Stornogefahrmitteilung an den Versicherungsvertreter oder die eigene Nachbearbeitung durch das Versicherungsunternehmen kann ausnahmsweise entbehrlich sein, beispielsweise, wenn dieser die Stornogefahr bereits kennt (Löwisch a.a.O. § 92 Rn. 24). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Schriftverkehr mit dem Versicherungsnehmer betreffend die Stornierung über den Versicherungsvertreter läuft (OLG Frankfurt, Urteil vom 31.05.1996, 24 U 248/94, VersR 1997, 1015) oder es um die Nichtzahlung der Prämie bei einem eigenen oder dem Versicherungsvertrag eines Familienangehörigen oder Mitarbeiters des Versicherungsvertreters geht (Senat, Urteil vom I-16 U 133/13; Brandenburgisches OLG, Urteil vom 09.07.2009, 12 U 254/08, Juris Rn. 7; OLG Frankfurt a.a.O.; Löwisch a.a.O. § 92 Rn. 24; Krämer VW 2010, 734 ff.). Auch bedarf es dann keiner Nachbearbeitung und keiner Stornogefahrmitteilung, wenn solche Versuche von vorneherein aussichtslos erscheinen (BAG, Urteil vom 25.10.1967, 3 AZR 453/66, BAGE 20, 123, Juris Rn. 33), so, wenn endgültig und unabänderlich feststeht, dass der Versicherungsnehmer nicht zahlen wird, wie bei unbekanntem Aufenthalt des Versicherungsnehmers, dessen Zahlungsunfähigkeit, dessen endgültiger Lossagung vom Vertrag wegen eines wichtigen Kündigungs- oder Anfechtungsgrundes (Brandenburgisches OLG a.a.O.; Löwisch a.a.O.) oder dann, wenn der Versicherungsnehmer die Bitte äußert, keinen weiteren Kontakt aufzunehmen (Senat a.a.O.; Krämer a.a.O.). 89

Nach Maßgabe dieser Grundsätze war eine Nachbearbeitung aufgrund des in der Berufung neuen unstreitigen Vorbringens im Fall D... entbehrlich, da der Beklagte die Stornogefahr 90

bereits kannte. In den Fällen Scherer sowie B... und M... F... hat die Klägerin den Beklagten auf die Stornogefahr hingewiesen. Nachdem der Beklagte dem nunmehr konkreten Sachvortrag der Klägerin zu den Stornogefahrmitteilungen unter Vorlage der entsprechenden Dokumente nicht widersprochen hat, ist dieses, auch wenn der Beklagte erstinstanzlich pauschal behauptet hat, keine Stornogefahrmitteilungen erhalten zu haben, nunmehr unstreitig.

d) 91

Dem Anspruch steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin sich bislang geweigert hat, den Bestand des Beklagten auf die G... AG zu übertragen. Der Beklagte macht schon nicht deutlich, welche Rechte er hieraus herleiten mag. Für einen hieraus abgeleiteten Zahlungsanspruch, beispielsweise aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, trägt der Beklagte ebenso wenig vor wie dazu, warum dieser von der Klageforderung in Abzug zu bringen wäre. Auch auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, das er ausdrücklich geltend machen müsste, beruft sich der Beklagte nicht. Der vom Beklagten indirekt in Bezug genommene § 254 BGB greift nicht, da weder ein Schadensersatzanspruch in Rede steht, noch – was im Einzelfall ausreichen kann (vgl. Palandt/Grüneberg, 75. Aufl. 2016, § 254 BGB, Rn. 3 m.w.N.) – ein sonstiger Fall vorliegt, in dem beiderseitiges Verschulden oder beiderseitige Verursachung abzuwägen sind. 92

Auch ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin zur Übertragung des Bestandes verpflichtet war. Eine solche Verpflichtung ergibt sich grundsätzlich aus Ziff. 12.2 der Vertriebsvereinbarung. Dies setzt jedoch voraus, dass die entsprechenden Produktpartner eine solche Übertragung zulassen und keine anderen wichtigen Gründe dagegen sprechen. Der Beklagte trägt schon nicht dazu vor, dass die betroffenen Produktpartner eine Bestandsübertragung zulassen. Auch beruft sich die Klägerin auf wichtige Gründe, wenn sie vor der Bestandsübertragung die Begleichung der zwischen den Parteien offenen Forderung verlangt. 93

e) 94

Die vom Kläger erklärte Hilfsaufrechnung – über die wegen des Erfolges der Klage zu entscheiden ist – ist prozessual unzulässig. 95

Es fehlt schon an einer konkreten Bezifferung der Aufrechnungsforderung. Eine solche hat der Kläger weder erst-, noch zweitinstanzlich vorgenommen. Er bezieht sich vielmehr pauschal auf einen nicht genannten Saldo des Stornohaftungskontos. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann auch nicht der von der Klägerin in erster Instanz unstreitig vorgetragene Saldo dieses Kontos von 2.718,10 Euro zu Grunde gelegt werden. Entgegen der allgemein gültigen Annahme, dass eine Partei sich ihr günstiges Vorbringen des Gegners zu Eigen macht, ist hier davon jedenfalls in der Berufungsinstanz nicht mehr auszugehen. Denn der Beklagte beruft sich in der Berufungsbegründung nunmehr darauf, dass der Saldo des Stornohaftungskontos mehr als 3.000,00 Euro betrage. 96

Auch ist die Aufrechnung aufgrund eines vertraglichen Aufrechnungsverbot es unzulässig. Nach Ziff. 8.3 der Vertriebsvereinbarung ist der Vermittler zur Aufrechnung nur berechtigt, soweit seine Forderung unbestritten ist. Die Klausel bezieht sich nach ihrem systematischen Zusammenhang auf eine Aufrechnung des Vermittlers gegen den in Ziff. 8.1 Abs. 1 Satz 2 der Vertriebsvereinbarung genannten Rückzahlungsanspruch. Mangels weitergehender Einschränkungen ist sie hinsichtlich der Aufrechnungsforderungen, auf die sich der Vermittler beruft, nicht beschränkt. Da der vom Beklagten hier bemühte Anspruch auf Auskehrung des Saldos des Stornohaftungskontos weder der Höhe nach (siehe vorstehend) noch in der Frage 97

der Fälligkeit (vgl. Ziff. 7.6 Abs. 4) zwischen den Parteien unstreitig ist, kommt eine Aufrechnung nicht in Betracht.

Soweit die Berufung sich nunmehr auf eine Verrechnung nach dem Vertrag beruft, geht dies ebenfalls fehl. Nach Ziff. 7.1 Abs. 1, 7.6 der Vertriebsvereinbarung werden Ansprüche das Stornohaftungskonto betreffend gerade nicht mit Ansprüchen das Provisionskonto betreffend verrechnet. 98

2. 99

Gegen die vom Landgericht festgestellten Nebenforderungen zu Zinsen und vorprozessualen Anwaltskosten erhebt die Berufung keine eigenständigen Einwände. 100

C. 101

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 102

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 103

Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. 104

Der Streitwert für das Berufungsverfahren und des erstinstanzlichen Verfahrens – insoweit abweichend von der bisherigen Festsetzung durch das Landgericht – wird auf 6.260,04 Euro festgesetzt, § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO. Da die Hilfsaufrechnung als unzulässig behandelt wird, ergeht keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Aufrechnungsforderung, so dass diese nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen ist, § 45 Abs. 3 GKG. 105

| | | | |
|------|------|------|-----|
| D... | L... | K... | 106 |
|------|------|------|-----|