
Datum: 09.05.1994
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 64/93
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1994:0509.18U64.93.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 7 O 7 9/92

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 2. Februar 1993 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Paderborn - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - teilweise abgeändert.

Die Beklagte bleibt verurteilt, an die Klägerin 59.073,55 DM nebst 4% Zinsen von 46.759,66 DM seit dem 6. August 1991 und von weiteren 12,313,89 DM seit dem 21. Oktober 1992 zu zahlen abzüglich folgender Zahlungen:

von jeweils 300,- DM am 21.5.1991, 20.6.1991, 1.8.1991, 27.8.1991, 22.10.1991, 25.11.1991, 2.12.1991, 16.12.1991, 20.1.1992, 12.2.1992, 19.3.1992 und 16.4.1992,

sowie von weiteren 385,93 DM am 20.5.1992,

von jeweils weiteren 300,- DM am 23.6.1992, 20.7.1992, 17.8.1992, 21.9.1992, 19.10.1992, 19.11.1992 und 13.7.1993,

sowie von weiteren 1.800,- DM am 26.7.1993,

weiteren 300,- DM am 26.7.1993

und von jeweils 400,- DM am 20.8.1993, 14.9.1993, 21.10.1993, 12.11.1993, 15.12.1993, 25.1.1994

und von 9.700,- DM am 23.2.1994.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin zu 44% und die Beklagte zu 56%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwerde beider Parteien erreicht die Revisionssumme nicht.

Entscheidungsgründe

(Von der Darstellung des **Tatbestandes** wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.)

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Die Klage ist nur zum Teil begründet.

I.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung unverdient gebliebener Vorschüsse in Höhe von (noch) 59.073,55 DM nebst Zinsen abzüglich der von der Beklagten bereits geleisteten Zahlungen.

1.

Ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch gemäß § 87a Abs. 2 i.V.m. § 92 Abs. 1 HGB besteht nicht, denn die Beklagte war nicht Versicherungsvertreterin der Klägerin. Voraussetzung für die Annahme eines Versicherungsverhältnisses wäre, daß die Beklagte der Klägerin gegenüber eine Tätigkeitspflicht gehabt hätte. Nur dann wäre sie im Sinne von § 92 Abs. 1 HGB damit "betraut" gewesen, Versicherungsverträge für die Klägerin zu vermitteln. Eine solche Tätigkeitspflicht haben die Parteien nicht begründet. In dem Vertragsbestandteil gewordenen Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 30.08.1988 heißt es ausdrücklich, daß die Beklagte zu einer regelmäßigen Vermittlungstätigkeit nicht verpflichtet sein sollte. Die Klägerin hat sich lediglich bereit erklärt, von der Beklagten vermittelte Versicherungsanträge entgegenzunehmen. Damit hatte die Beklagte rechtlich die Stellung einer Versicherungsmaklerin.

2.

Für die Rückzahlung eines Provisionsvorschusses haftet der Makler, wenn er die Provision nicht gemäß § 652 Abs. 1 BGB verdient, wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 BGB, es sei denn, die Parteien haben für den Fall, daß der Provisionsanspruch nicht entsteht oder später wegfällt, eine Rückzahlungsvereinbarung getroffen. Nichts anderes gilt für den Versicherungsmakler (vgl. Bruck/Möller, WG, 8. Aufl., Bd. 1, vor §§ 43 ff., Anm. 82 und 95). Im Streitfall läßt sich nicht feststellen, daß die Parteien eine vertragliche Verpflichtung zur Rückzahlung unverdient gebliebener Vorschüsse getroffen haben. Eine Provisionsregelung für Stornofälle findet sich - soweit ersichtlich - nur unter III der "Abschlußprovisionsordnung N". Soweit es darin unter Ziff. 2 heißt, daß im Stornofall einer Lebensversicherung von dem Vertreter der Teil der gezahlten Abschlußprovision zurückzuzahlen ist, der 50% der eingegangenen Beitragsraten übersteigt, spricht der Zusammenhang mit den vorhergehenden Fälligkeitsregelungen dafür, daß hiermit (nur) die Höhe der Haftungsquote festgelegt wird. Die Bestimmung bringt nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, ob insoweit über die gesetzliche Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung hinaus ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch begründet werden soll. Da es sich bei dem Vertragstext um allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin handelt, gehen Unklarheiten gemäß § 5 AGBG zu ihren Lasten.

3. 10

Die Beklagte hat gemäß § 812 Abs. 1 BGB die Provisionsvorschüsse zurückzuzahlen, soweit die Provisionen nicht verdient sind. Abweichend von § 652 BGB verdient der Versicherungsmakler seine Provision nicht schon mit dem Abschluß des von ihm vermittelten Versicherungsvertrages. Voraussetzung seines Courtageanspruchs ist die Ausführung des Versicherungsvertrages, also die Prämienzahlung durch den Versicherungsnehmer (vgl. Prölss/Kollhosser, 25. Aufl., Anhang zu §§ 43-48 WG, Anm. 3). Es gilt der Grundsatz, daß die Courtage das Schicksal der Prämie teilt (Kollhosser, a.a.O., Anm. 3A). Die Zahlung der vereinbarten Prämie stellt sich als aufschiebende Bedingung für das Entstehen des Courtageanspruches dar. Soweit der Versicherungsmakler auf seine Courtage Zahlungen erhält, bevor der Versicherungsnehmer die Prämien in der maßgeblichen Höhe entrichtet hat, handelt es sich deshalb um Vorschußzahlungen. 11

a) 12

Die Darlegungs- und Beweislast für den Fall der Rückforderung des Vorschusses trifft, den Versicherungsmakler, denn wenn ein Geldbetrag ohne Rechtsgrund nur als Vorschuß geleistet worden ist, hat grundsätzlich der Empfänger zu beweisen, daß er die erhaltene Zahlung behalten darf (BGH WM 85, 449). Demnach muß die Beklagte darlegen und beweisen, welche Versicherungsverträge aufgrund ihrer Vermittlung zustande gekommen sind und durchgeführt werden. Soweit die Parteien über die Frage der Durchführung der Versicherungsverträge streiten, geht es in der Sache darum, daß die Klägerin geltend macht, sie habe einzelne Versicherungsverträge gekündigt und sei dazu berechtigt gewesen. Nach der sogenannten Sphärentheorie muß die Klägerin die Kündigungserklärung und den Kündigungsgrund substantiiert darlegen, während es gegebenenfalls Sache der Beklagten ist, den Vortrag der Klägerin zu widerlegen. 13

b) 14

Wie nunmehr unstreitig ist, hat die Beklagte von der Klägerin Provisionszahlungen in Höhe von insgesamt 237.721,50 DM ausgezahlt erhalten. Es ist davon auszugehen, daß die Beklagte Provisionen in Höhe von lediglich 156.669,83 DM ins Verdienen gebracht hat. Höhere Provisionsansprüche können jedenfalls nicht festgestellt werden. Bei dem genannten 15

Betrag handelt es sich um den von der Klägerin eingeräumten Provisionsanspruch. Die als Versicherungsmaklerin insoweit uneingeschränkt darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat nicht dargetan, daß ihre Provisionsansprüche diesen Betrag übersteigen. Mithin errechnet sich zugunsten der Klägerin ein Zurückzahlungsanspruch in Höhe von (zunächst) 81.051,67 DM.

c) 16

Von diesem Betrag sind 21.978,12 DM abzusetzen, weil ein Rückforderungsanspruch der Klägerin insoweit nicht gegeben ist. Der Betrag setzt sich zusammen aus den Provisionsvorschüssen für die 43 in dem Schriftsatz der Klägerin vom 31.01.1994 aufgelisteten Stornofälle. Nach dem Vorbringen der Klägerin sind diese Stornierungen ausnahmslos nach dem 18.04.1991, also nach Beendigung der Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien, erfolgt. Da die Beklagte - unstreitig - nach ihrem Ausscheiden bei der Klägerin nicht mehr über Vertragsgefährdungen unterrichtet worden ist, kann sie den Vortrag zu den behaupteten Kündigungen in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestreiten. 17

Ob die Klägerin die genannten Verträge wirksam gekündigt hat, kann dahinstehen. Die Klägerin kann sich gegenüber der Beklagten jedenfalls nicht auf die behaupteten Stornierungen berufen. Da die Beklagte nicht Versicherungsvertreterin der Klägerin war, war diese ihr gegenüber allerdings nicht ohne weiteres entsprechend den von der Rechtsprechung zu § 87a Abs. 3 HGB entwickelten Grundsätzen (vgl. u.a. BGH VersR 83, 371 und VersR 88, 490) zur Nacharbeit gefährdeter Verträge verpflichtet. Im konkreten Fall verhält sich die Klägerin jedoch treuwidrig, wenn sie, ohne selbst in zumutbarer Weise nachgearbeitet oder aber der Beklagten Gelegenheit zu eigener Nacharbeit gegeben zu haben, Rückzahlung der für die einzelnen Verträge geleisteten Provisionsvorschüsse verlangt. 18

Der Senat verkennt nicht, daß § 162 Abs. 1 BGB im Maklerrecht grundsätzlich dann nicht zum Zuge kommt, wenn der Provisionsanspruch des Maklers von der Durchführung des Vertrages abhängt und der Auftraggeber von der Durchführung des Vertrages absieht. Im Maklerrecht gilt der Grundsatz der Abschlußfreiheit des Auftraggebers. Abgesehen von dem Extremfall, daß der Auftraggeber den Hauptvertrag nur deshalb nicht abschließt oder nicht durchführt, weil er den Makler um die Provision bringen will, ist er in seiner Entscheidung für oder gegen den Abschluß und auch die Durchführung des Hauptvertrages frei. Auf die Interessen des Maklers braucht er dabei grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen. 19

Diese Grundsätze lassen sich auf den Versicherungsmakler aber nicht ohne weiteres in jedem Fall übertragen. Wenn der Versicherungsmakler zu dem Versicherer in laufender Geschäftsbeziehung steht und diese den wesentlichen Teil seiner Vermittlertätigkeit ausmacht, kann seine Stellung der eines Versicherungsvertreters angenähert sein. Erhält der Versicherungsmakler in einem solchen Fall aufgrund einer allgemeinen mit dem Versicherer abgeschlossenen Abrede laufend Vorschüsse für abgeschlossene Versicherungsverträge, kann er bezüglich etwaiger Stornierungen im Einzelfall genauso schutzwürdig sein wie ein Versicherungsvertreter. Liegen diese Voraussetzungen vor, darf er darauf vertrauen, daß der Versicherer ihn entweder über Vertragsgefährdungen informiert oder aber selbst zumutbare Maßnahmen ergreift, um den bereits abgeschlossenen Versicherungsvertrag zu erhalten. Aus dem Grundsatz der Abschlußfreiheit folgt nicht, daß der Versicherer, der den Versicherungsantrag des Kunden angenommen hat, bei der Beurteilung der Frage, ob die Durchsetzung offener Prämienforderungen zumutbar ist, die Interessen des vermittelnden Maklers außer Acht lassen darf. Treu und Glauben können es im Einzelfall gebieten, daß der Versicherer auf die Belange des Maklers Rücksicht nimmt und bei Vertragsgefährdungen in 20

derselben Weise nacharbeitet, wie es seine Pflicht gegenüber einem Versicherungsvertreter wäre.

Im Streitfall wäre eine sich nach diesen Maßstäben bestimmende Nacharbeit erforderlich gewesen. Die Parteien standen über längere Zeit in laufender Geschäftsverbindung. Anzahl und Umfang der von der Beklagten für die Klägerin vermittelten Versicherungsverträge waren erheblich. Die Beklagte erhielt von der Klägerin fortlaufend Provisionsvorschüsse ausgezahlt. Der Gesamtbetrag beläuft sich unstreitig auf 237.721,50 DM. Daraus errechnen sich monatliche Vorschußzahlungen in Höhe von durchschnittlich etwa 7.500,00 DM. Auch organisatorisch stand die Beklagte weitgehend einem Versicherungsvertreter gleich. Die Klägerin führte für sie ein laufendes Agenturkonto. Die Beklagte nahm Aufgaben im Zusammenhang mit der Schulung und Überwachung des Außendienstes der Klägerin wahr und verwaltete gegen Zahlung einer besonderen Verwaltungskostencourtage deren Versicherungsbestand. Mit dieser einem Vertretervertrag nahekommenden Ausprägung des zwischen den Parteien begründeten Vertragsverhältnisses wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die Klägerin sich im Falle von Vertragsgefährdungen über die Belange der Beklagten hinwegsetzen könnte. Auf die behaupteten Stornierungen könnte sie sich deshalb nach Treu und Glauben nur dann berufen, wenn sie die Verträge in zumutbarer Weise nachgearbeitet oder der Beklagten dazu Gelegenheit gegeben hätte.

21

Es kann nicht festgestellt werden, daß die Klägerin sich in ausreichender Weise um die Erhaltung gefährdeter Verträge - bemüht hat. Die Klägerin hat eine solche Nacharbeit nicht substantiiert vorgetragen. Sie hat nicht konkret dargetan, wer, wann und in welcher Weise Nacharbeit geleistet hat. Ihr stereotypes Vorbringen, Rettungsversuche ihrer Filialdirektion xxx seien erfolglos geblieben, ist ohne jede Substanz. Ihrem insoweit gestellten Beweisantritt ist nicht nachzugehen, denn die Vernehmung der von ihr dazu ohne nähere Darlegung benannten Zeugen liefe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus. Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, eine Nacharbeit sei ihr in den Fällen nicht zumutbar gewesen, in denen es um die Rückforderung eines Provisionsvorschusses von weniger als 100,00 DM geht. Fällt die gefährdete Provision im Einzelfall nicht ins Gewicht, ist zwar eine persönliche Nacharbeit des Versicherers mangels Zumutbarkeit entbehrlich, nicht aber eine Nacharbeit schlechthin. In einem solchen Fall genügen vielmehr Erinnerungs-, Mahnschreiben und die schriftliche Androhung der Kündigung des Versicherungsvertrags (vgl. LAG München, VersR 92, 183). Inwieweit die Klägerin in den in Rede stehenden Fällen zumindest schriftlich nachgearbeitet hat, ist indessen nicht dargetan.

22

4.

23

Von dem verbleibenden Rückzahlungsanspruch in Höhe von 59.073,55 DM ist die von der Klägerin einbehaltene Stornoreserve in Höhe von 14.894,28 DM nicht abzusetzen. Es kann nicht festgestellt werden, daß die Beklagte zum gegenwärtigen Zeitpunkt die als Stornoreserve verbuchten Provisionen ganz oder teilweise ausgezahlt verlangen kann. Nach dem Vertragsbestandteil gewordenen Inhalt des Bestätigungsschreibens vom 30.08.1988 ist die Klägerin zur Freigabe der Stornoreserve - gegebenenfalls auch teilweise - verpflichtet, soweit sie die einbehaltenen Beträge zur Absicherung von noch unverdienten Courtageteilen nicht mehr benötigt. Wie der Partei-Vertreter der Klägerin im Senatstermin erklärt hat, ist das Diskontrisiko der Klägerin aus von der Beklagten vermittelten Verträgen auch heute noch höher als der damals als Stornoreserve einbehaltene Betrag von 14.894,28 DM. Dem ist die für die Voraussetzungen des Anspruchs auf Auszahlung der Stornoreserve darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Insbesondere hat sie nicht dargelegt, welche von ihr vermittelten Verträge infolge fortgeschrittener Laufzeit nicht mehr

24

der Stornohaftung unterfallen. Deshalb kann nicht festgestellt werden, daß und gegebenenfalls in welchem Umfang einbehaltene Beträge zur Abdeckung des Stornorisikos nicht mehr benötigt werden und von der Klägerin freizugeben sind.

5. 25

Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist fällig. Entgegen der Darstellung der Beklagten ist eine Ratenzahlungsvereinbarung mit Stundungsabrede nicht wirksam zustande gekommen. Die Beklagte hat die diesbezüglichen Angebote der Klägerin zwar angenommen. Das erste Angebot der Klägerin stand aber unter zwei auflösenden Bedingungen, die beide eingetreten sind, und das zweite Angebot stand unter einer aufschiebenden Bedingung, die nicht eingetreten ist. Mit ihrem Kündigungsschreiben vom 18.04.1991 hat die Klägerin die in Aussicht gestellte Ratenzahlung zum einen davon abhängig gemacht, daß am 01.05.1991 eine erste Rate von 300,00 DM gezahlt wird. Das ist nicht geschehen. Die erste Zahlung ist erst am 21.05.1991 erfolgt. Zudem hat die Klägerin die Bedingung gestellt, daß der in dem Schreiben ausgewiesene Negativsaldo nicht weiter anwächst, was jedoch geschehen ist. Das zweite Angebot der Klägerin mit Schreiben vom 04.10.1991 war daran geknüpft, daß die Beklagte entweder ihren Widerspruch gegen den Mahnbescheid zurücknimmt oder ein notarielles Schuldanerkenntnis über 67.228,05 DM abgibt. Weder die eine noch die andere Alternative hat die Beklagte erfüllt. 26

6. 27

Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) teilweise erloschen. Unstreitig hat die Beklagte in der Zeit vom 21.05.1991 bis zum 23.02.1994 20.285,93 DM geleistet, die gemäß §§ 366 Abs. 2, 367 Abs. 1 BGB zu verrechnen sind. Unstreitig hat die Beklagte darüber hinaus am 08.04.1994 eine Scheckzahlung in Höhe von 9.700,00 DM erbracht. Ob der Scheck dem Konto der Klägerin bereits endgültig gutgeschrieben ist, konnte im Senatstermin nicht geklärt werden. Gegebenenfalls ist auch diese Scheckzahlung in Abzug zu bringen. 28

II. 29

Der Zinsanspruch ist der Höhe nach bestritten und von der Klägerin nicht belegt worden. Mithin kann die Klägerin gemäß §§ 284, 288 Abs. 1 BGB Zinsen nur in Höhe von 4% verlangen. § 352 HGB gilt für Bereicherungsansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB nicht (BGH NJW 83, 1423). 30

III. 31

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91a, 92 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Ziff. 10, 713 ZPO. 32

IV. 33

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 546 Abs. 1 S. 2 ZPO) sind nicht gegeben. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, da es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt. Das Urteil weicht auch nicht von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes ab. 34

