

DKM 2016

III. KONGRESS MAKLERRECHT: VORTRAG

**Honorarvermittlung und Honorarberatung
durch Versicherungsmakler**

Dortmund, 27.10.2016

Referent: Dr. Friedemann Utz, Rechtsanwalt für Vertriebsrecht, Bremen

Inhaltsübersicht

- Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung
- Begriffsbildung: Honorarberatung, Honorarvermittlung, Versicherungsmakler
- Grenzen der Zulässigkeit der Maklertätigkeit
- Gestaltungen der Honorarberatung und ihre Zulässigkeit
- Folgen der Unzulässigkeit
- Alternativen zur Honorarberatung
- Gestaltungen der Honorarvermittlung und ihre Zulässigkeit
- eine Gestaltungsalternative

Ausgangsfrage:

- kann ein Versicherungsmakler ein Honorar vereinbaren für den Fall, dass der Kunde seine Beratung in Anspruch nimmt und bei einem Dritten kauft?
- was ist zulässig?

Begriffe

Begriffe

- Honorarberatung
 - Erbringung von Beratungsleistungen gegen Honorar unabhängig von einem Vertragsschluss
 - Beispiel: Kunde holt zweite Meinung zu einem schon vorliegenden Deckungskonzept ein
 - **die Tätigkeit umfasst nur die Beratung des Kunden**
 - **Vergütung ist erfolgsunabhängig !**

Begriffe

- Honorarvermittlung
 - Versicherungsvermittlung gegen Honorar, erforderlich für den Anfall des Honorars ist ein vermittelter Vertragsabschluss
 - Beispiele: Vermittlung von Policen in der Industrieversicherung gegen Honorar, auch Vertragsänderungen können Vertragsschluss sein, etwa Tarifwechsel in der KV (str.),
 - **Tätigkeit umfasst Vermittlung**
 - **Vergütung ist erfolgsabhängig!**

Begriffe

- „Normalfall“ des Versicherungsmaklers (§ 59 VVG)
 - Maklervertrag mit der Kundenseite (Auftraggeber)
 - vermittelt Versicherungsvertrag/-verträge
 - betreut Versicherungsvertrag/-verträge
 - Vergütung über Courtagen durch die Versicherungsgesellschaft

Zulässigkeit des „Normalfalles“ §34 d GewO

Zulässigkeit des „Normalfalles“ - § 34 d GewO

- § 34 d GewO: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – wer vermitteln will (egal ob als VV oder als Makler) benötigt Erlaubnis
- Problem: § 34 d GewO regelt nur die gewerberechtliche Erlaubnispflicht für die **Vermittlung**, nicht den „Rest“ der Maklertätigkeit (Hilfe bei Schadenmeldung, Prüfung von Selbstbehalten, Fristenkontrolle, Korrespondenz)
- das bedeutet: „Rest“ auch ohne Erlaubnis nicht gewerberechtlich verboten, aber durch die Erlaubnis auch nicht automatisch erlaubt

Zulässigkeit des „Normalfalles“ - Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)

Zulässigkeit des „Normalfalles“ - RDG

- Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) gestattet Rechtsdienstleistungen nur unter besonderen Voraussetzungen.
- Rechtsdienstleistung: Tätigkeit für Dritte, die rechtliche Einzelfallprüfung erfordert
- § 3 RDG: nur zulässig, soweit durch Gesetz erlaubt, § 5 RDG: erlaubt als Nebenleistung zu erlaubter Tätigkeit

Zulässigkeit des „Normalfalles“ - RDG

Versicherungsvermittlung als Rechtsdienstleistung?

Inhalt der Versicherungsvermittlung:

Beratung zum Abschluss eines bestimmten Tarifs

- Erfassung von Wünschen und Bedürfnissen
- Produktempfehlung
- Vorbereitung des Vertragsabschlusses

Zulässigkeit des „Normalfalles“ - RDG

Versicherungsvermittlung als Rechtsdienstleistung?

- Versicherung = Rechtsprodukt, vgl. Definition § 1 VVG:
„Der Versicherer verpflichtet sich mit dem Versicherungsvertrag, ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine Leistung abzusichern, die er bei Eintritt des Versicherungsfalles zu erbringen hat“
- Makler muss Angebote zur Beratung rechtlich prüfen.
Weitere Rechtsfragen bei Betreuungstätigkeiten
- Folge: Versicherungsvermittlung und die Nebenleistungen dazu sind Rechtsdienstleistungen

Zulässigkeit des „Normalfalles“ - RDG

Versicherungsvermittlung als Rechtsdienstleistung?

Zulässigkeit der Vermittlungstätigkeit

- § 3 RDG – Gemäß § 34 d GewO erlaubt

Zulässigkeit der Betreuungstätigkeit

- § 5 RDG – Erlaubte Nebenleistung zu erlaubter Tätigkeit

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Honorarberatung gem. § 34 d GewO für Unternehmen

- § 34d Abs. 1 S. 4 GewO: In der gewerberechtlichen Vermittlererlaubnis enthalten ist die Möglichkeit, Dritte, **die nicht Verbraucher sind**, bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen gegen gesondertes Entgelt rechtlich zu beraten

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Honorarberatung gem. § 34 d GewO für Unternehmen

- „Rest“ der Maklertätigkeit im „Normalfall“ (Hilfe bei Schadenmeldung, Prüfung von Selbstbehalten, Fristenkontrolle, Korrespondenz) auch hier Nebenleistung, also zulässige Rechtsdienstleistung - § 5 RDG
- Ergebnis: Honorarberatung für Unternehmen erlaubt

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Honorarberatung gem. § 34 d GewO für Verbraucher?

- rechtliches Risiko: Maklertätigkeitsbild nicht wie bei Unternehmerberatung durch die § 34 d Abs. 4 GewO auf Beratung gegen Honorar ausgedehnt
- keine erlaubte Rechtsdienstleistung via §§ 34 d GewO, 3 RDG

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Honorarberatung gem. § 34 d GewO für Verbraucher?

- keine Nebenleistung i.S.v. § 5 RDG – weil Honorarberatung zur Hauptleistung wird
- Rechtsfolge: **Unzulässigkeit** gem. § 3 RDG weil nicht durch Gesetz erlaubt

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Honorarberatung gem. § 34 d GewO für Verbraucher?

- weiteres Problem: AGB- Recht – **Unwirksamkeit** gem. § 307 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden – hier: erfolgsunabhängiges Aufwandsgeld ohne Extratätigkeiten – Beratung wäre ohnehin (mit) geschuldet (Beratungsdoku!)
- Gegenbeispiele: Zusatzleistungen wie „kleine Privatbilanz“

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Beispiel: *Urteil des OLG Karlsruhe vom 08.10.2009 Az.: 4 U 113/09*

Sozialversicherungsbefreiung für GmbH-Geschäftsführer: Beratung gegen gesondertes Entgelt über Möglichkeit einer Sozialversicherungsbefreiung, Ziel: Abschluss privater BAV-Verträge.

- unzulässig! **Begründung:** Unerlaubte Rechtsberatung, weil Honorar nicht für Versicherungsvermittlung, keine berechtigte Nebenleistung gem. § 5 RDG

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Absprache, dass Makler vom Kunden nur für die Analyse und eine Produktempfehlung ein Honorar erhält – Vergütung also abgesichert

Folgende rechtliche Risiken können sich aus unzulässigen Vereinbarungen generell ergeben:

- Unwirksamkeit von Verträgen - Wegfall von Vergütungsansprüchen gem. §§ 134 BGB (Verstoß gegen gesetzliches Verbot), 307 BGB (Benachteiligung)
- Unterlassungsansprüche
- Schadenersatzansprüche

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Folgende rechtliche Risiken können sich aus unzulässigen Vereinbarungen ergeben – Fortsetzung:

- Gefahr für den Haftpflichtversicherungsschutz
- bei Vertretung beim Vertragsschluss im Einzelfall zu prüfen, ob vermittelter Vertrag wirksam
- staatliche Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldfolgen
- möglicher Entzug der Vermittlererlaubnis (Unzuverlässigkeit) !

Diese Folgen sind bei der kaufmännischen Entscheidung über riskante Gestaltungen mit zu bedenken!

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Antrag auf Erlaubnis gem. § 34 e GewO - Versicherungsberater

- Versicherungsberater wird durch § 34 e GewO definiert:
Jemand, der gewerbsmäßig über Versicherungen berät, ohne von einem Versicherungsunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten (Courtage)
- gewerberechtlicher Erlaubnisvorbehalt wie der
Versicherungsvermittler
- Problem: Zulassung als Versicherungsberater nicht möglich,
wenn jemand als Versicherungsmakler tätig ist, die hM sieht
Interessenkonflikte

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

**Gestaltung: Antrag auf Erlaubnis gem. § 34 e GewO -
Versicherungsberater**

- Ergebnis:
 - alternatives Berufs- und Tätigkeitsbild
 - mit Versicherungsmaklertätigkeit nicht kompatibel
 - Versicherungsberater muss Maklererlaubnis zurückgeben oder jedenfalls zwei Gesellschaften unterhalten – Frage der Wirtschaftlichkeit

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Kostenpflichtige Gutachtenerstattung „anstatt“ Honorarberatung

- kostenpflichtiges wissenschaftliches Gutachten über den „Fall“ des Kunden anstatt eines Beratungshonorars
- Grund: Eine wissenschaftliche Begutachtung eines Einzelfalles ist lt. Gesetz keine Rechtsdienstleistung
- kann sich auf in konkretem Fall bestehende Rechtsfragen richten
- setzt keinen besonderen Status des Gutachters voraus (muss nicht z.B. Hochschulprofessor sein)

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Kostenpflichtige Gutachtenerstattung „anstatt“ Honorarberatung

- Inhalt muss wissenschaftlichen Maßstäben genügen – unscharfes Kriterium
- Problem: Nicht rechtsprechungsmäßig ausgeurteilt, ob gleichzeitig ein Fall der – gem. § 34 e GewO erlaubnispflichtigen - Versicherungsberatung vorliegt. Dagegen spricht: Gutachtenerstattung ist noch Kundgabe einer (hier rechtlichen) Meinung zu einem gegebenen Sachverhalt, keine Erteilung eines „Rates“.

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Honorarvermittlung, also Anknüpfung eines Honorars an einen Vermittlungserfolg

- Vorteil: Anknüpfung an anerkanntes Tätigkeitsbild des Versicherungsvermittlers, Nebenleistungen gem. § 5 RDG keine unerlaubte Rechtsdienstleistung
- Problem: Eingrenzung erlaubter Geschäftsmodelle durch die Rechtsprechung

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Honorarvermittlung, also Anknüpfung eines Honorars an einen Vermittlungserfolg

Beispiel der Tarifwechselberatung in der Krankenversicherung

- **Beispiel: *Urt. des LG Hamburg v. 08.03.2013, Az. 315 O 64/12:***
ist zulässig, wenn Provision für den Fall des Tarifwechsels versprochen wurde, da von der Maklererlaubnis gedeckt, hält sich im Rahmen von § 34 d GewO, jedenfalls kein Verstoß gegen § 5 RDG
- **Beispiel: *Urt. des LG München II v. 16.05.2013, Az. 4 HKO 5253/12:***
ist zulässig, Vertrag so verändert, dass mit neuem Vertrag gleichzusetzen, also von Maklererlaubnis gedeckt, hält sich im Rahmen von § 34 d GewO

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung

Gestaltung: Honorarvermittlung, also Anknüpfung eines Honorars an einen Vermittlungserfolg

Beispiel der Tarifwechselberatung in der Krankenversicherung

- **Beispiel: Urt. des LG Saarbrücken v. 17.05.2016, Az. 14 O 152/15:**
Nicht zulässig, da nur Tarif gewechselt, aber kein neuer Versicherungsvertrag abgeschlossen – also keine Versicherungsvermittlung, nicht von Maklererlaubnis gedeckt

außerdem gerade durch die Provision „ohne Versicherungsvermittlung“ von gesetzlichen Standards abgewichen – unzulässig sowohl wegen gesetzlichem Verbot als auch nach AGB-Recht

**Ausgangsfrage:
Absicherung einer Vergütung –
Alternative
Gestaltungsmöglichkeiten?**

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

„Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt“

- Gesetz gestattet also, schon für den **Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluss** ein Honorar vorzusehen

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

Was ist „Nachweis“?

- Mitteilung an den Auftraggeber, durch die dieser in die Lage versetzt wird, mit dem Vertragspartner zu verhandeln

Zusätzlich erforderlich für Vergütung:

- Vertragsschluss infolge des Nachweises in diesem Tarif, also Mitursächlichkeit

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

Denkbare Vertragsgestaltung nach § 652 BGB:

- vertragliche Anknüpfung an Vermittlungstätigkeit (für den Fall des eigenen Vermittlungserfolges) – „Normalfall“
- **zusätzlich:** Vertragliche Anknüpfung an den **Nachweis der Möglichkeit** zum Abschluss eines bestimmten Tarifs der vorgeschlagenen Versicherungsgesellschaft + Vertragsabschluss über diesen Tarif

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

Vertragsgestaltung gem. § 652 BGB: zulässig?

- von Maklererlaubnis umfasst ?
- soweit ersichtlich bislang unentschieden
- dafür spricht, dass § 652 BGB ein gesetzliches Leitbild gibt, gegen das nicht verstoßen wird
- also Gestaltung wohl vom Berufs- und Tätigkeitsbild umfasst

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

Vertragsgestaltung gem. § 652 BGB: zulässig?

- dann kein Verbot nach RDG: Gem. § 3 gerechtfertigt
- hilfsweise: gem. § 5 RDG gerechtfertigt als Nebenleistung, da Tätigkeitsbild des Maklers nicht verlassen, denn immer noch ein Vermittlungsgeschäft, Vergütungspflicht für Nachweis dient nur der Absicherung
- gilt für Tätigkeit gegenüber Unternehmern und Verbrauchern

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

Vertragsgestaltung über § 652 BGB: Umsetzung?

Problem:

- wenn Kunde über Dritten abschließt: Wie bekommt Versicherungsmakler heraus, dass ein Vertrag geschlossen wurde (Voraussetzung für die Vergütung)

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Anknüpfung an die Grundnorm des Maklerrechts im BGB, § 652 BGB

Vertragsgestaltung über § 652 BGB: Umsetzung?

Gestaltung:

- für den Fall, dass der Kunde nicht kauft, aber woanders abschließt – etwa über den gebundenen Vertrieb, ein Vergleichsportal oä – kann daran gedacht werden, in den Maklervertrag einen Auskunftsanspruch gegen den Kunden aufzunehmen.

Ein solcher Anspruch besteht für den – voll beweisbelasteten – Makler schon nach dem Gesetz.

Ausgangsfrage: Absicherung einer Vergütung – Alternativen für den Versicherungsmakler?

Sonderproblem:

- Schaden durch Beauftragung mehrerer Makler ?
- Gestaltung: Vereinbarung eines Alleinauftrages
- Folge: Schadenersatzpflicht des Kunden bei Beauftragung Dritter – Aufwendungsersatz durch den Kunden

Ergebnis

Ergebnis

- Honorarberatung durch Versicherungsmakler für Unternehmer ist erlaubt
- Honorarberatung durch Versicherungsmakler für Verbraucher „schwierig“
 - denkbare Gestaltungen:
Gutachten/Alternative § 34 e GewO
- Honorarvermittlung durch Versicherungsmakler für Unternehmer wie Verbraucher ist grundsätzlich erlaubt
- jedes Geschäftsmodell ist im Detail auf seine Vereinbarkeit mit dem RDG und dem AGB-Recht zu analysieren, d.h. praktisch auf seine „Nähe“ zum Berufsbild des Versicherungsmaklers

Fragen ?

Partner: Dr. Gernot Blanke, Dr. Klaus Meier, Jürgen Evers

Bereich VR: Jürgen Evers, Reinhold Friele, Britta Oberst,
Aline Reus, Sascha Alexander Stallbaum,
Dr. Friedemann Utz, Evelin Freundt

Adresse: Schwachhauser Heerstraße 25, 28211 Bremen

Telefon: 0421/ 696 77 0

Telefax: 0421/ 696 77 166

E-Mail: info@vr.bme-law.de

Internet: <http://www.bme-law.de>

vr.aktuell