



Juristische Fakultät

Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

Institut für Energie- und Wett-
bewerbsrecht in der Kommunalen
Wirtschaft e.V. (EWeRK)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Datum:
21. März 2017

Sekretariat:
Jana Kosuch

Postanschrift:
Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3313
Telefax +49 [30] 2093-3412

hps@rewi.hu-berlin.de
www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt

Sitz:
Ziegelstraße 13a
Raum 405 (3. Etage)
10117 Berlin

Verkehrsanbindungen:
S- und U-Bahn: Friedrichstraße
S-Bahn: Oranienburger Straße
U-Bahn: Oranienburger Tor

Rechtswissenschaftliche Stellungnahme

**zur Provisionsbindung und Doppelberatung nach dem
Gesetz zur Umsetzung der Vermittlerrichtlinie II (IDD)**

vorgelegt von

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

A. Sachverhalt und Fragestellung

1.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/97 über den Versicherungsvertrieb (Kabinettsbeschluss v. 18.01.2017) sieht in Art. 1 eine Änderung der Gewerbeordnung vor. Zukünftig soll es in § 34d Abs. 1 S. 6 GewO folgende Neuregelung geben:

„Der Versicherungsvermittler darf sich seine Tätigkeit unmittelbar oder mittelbar nur durch ein Versicherungsunternehmen vergüten lassen.“

Versicherungsvermittler ist (wie auch heute schon) der Versicherungsvertreter und der Versicherungsmakler. Der Versicherungsvertreter ist an ein oder mehrere Versicherungsunternehmen **vertraglich gebunden**. Demgegenüber ist **Versicherungsmakler**, wer „für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherungsunternehmen oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein“ (§ 34d Abs. 1 Nr. 2 GewO-E). Eine inhaltsgleiche Definition des Versicherungsmaklers findet sich auch heute schon in § 59 Abs. 3 VVG.

Anders als im neuen Recht gibt es heute allerdings keine **Provisionsbindung** an das Versicherungsunternehmen (VU). Derzeit darf sich der Versicherungsmakler seine Tätigkeit nicht nur vom VU sondern (im Wege einer Honorarvereinbarung) auch von einem **Verbraucher** vergüten lassen. Davon geht auch der Gesetzentwurf selbst aus, denn in § 156 Abs. 4 GewO-E heißt es, dass „Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 1 S. 1 (wie hier) Vergütungen eines Dritten, der **Verbraucher** ist, auf der Grundlage eines Vertrages annehmen darf, der **vor dem 18.01.2017** geschlossen wurde.

Dies bedeutet zudem, dass es für den Versicherungsmakler seit dem 18.01.2017 **verboten** sein soll, sich für seine Tätigkeit von einem Verbraucher vergüten zu lassen.

Die hieraus resultierende **Frage** lautet, ob eine solche Provisionsbindung an das VU und ein daraus resultierendes Verbot mit Verbrauchern Honorarvereinbarungen treffen zu können, mit dem geltenden Verfassungsrecht zu vereinbaren ist.

2.

Darüber hinaus soll durch den Gesetzentwurf das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) geändert werden. U.a. geht es um eine Änderung von § 6 Abs. 6 VVG. Im neuen Gesetzestext soll es nur noch heißen: „Die Absätze 1 bis 5 sind auf Versicherungsverträge über ein Großrisiko (...) nicht anzuwenden. Daraus folgt, dass der Versicherer eine prinzipielle Beratungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer bei allen Verträgen hat, die **keine Großrisiken** sind. Die weitere Konsequenz hieraus ist, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer auch

dann **beraten muss**, wenn der Versicherungsnehmer durch einen **Versicherungsmakler** betreut wird.

Dies bedeutet auf der einen Seite gibt es eine Verpflichtung des Versicherungsmaklers den Versicherungsnehmer über den für ihn geeigneten und angemessenen Versicherungsschutz zu beraten. Diese Verpflichtung ergibt sich aus den §§ 60, 61 VVG. Daneben steht die inhaltsgleiche Verpflichtung des Versicherers denselben Versicherungsnehmer nach § 6 VVG-E ebenfalls zu beraten. Es kommt also zu einer **Doppelberatung** einerseits durch den Versicherungsmakler und andererseits durch den Versicherer. Diese Doppelberatung soll es, so der Gesetzgeber in der Begründung zum neuen § 6 Abs. 6 VVG (E, S. 48), allerdings **nicht geben**. Habe ein Versicherungsmakler beraten, so bestehe regelmäßig kein Anlass für eine zweite Beratung durch den Versicherer (so der Gesetzgeber im E, S. 48 unter Nr. 3d).

Die hieraus resultierende **Frage** lautet, ob dieser Wille des Gesetzgebers nicht direkt und unmittelbar aus dem Gesetzestext ersichtlich sein muss.

B. Gesamtergebnis - Summary

I. Provisionsbindung (Honorarannahmeverbot)

1. Die vom Gesetzgeber geplante Provisionsbindung des Versicherungsvermittlers, und damit auch des Versicherungsmaklers, an die Versicherungsunternehmen (§ 34d Abs. 1 S. 6 GewO-E) ist **verfassungswidrig**.
2. Das totale Verbot, Honorarvereinbarungen mit den Verbrauchern zu schließen, ist der schwerstmögliche Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Versicherungsmakler.
3. Dadurch wird der Versicherungsmakler gezwungen, seine eigenen Kunden bei gewünschter Honorarberatung an Wettbewerber abzugeben.
4. Zugleich kann der Versicherungsmakler nicht mehr im bestmöglichen Interesse der Verbraucher beraten, weil er bestimmte Produkte, die eine Honorarvereinbarung voraussetzen (z.B. manche Nettoprodukte), nicht in seine Vermittlung aufnehmen kann.
5. Aus alledem folgt, dass der Gesetzgeber nicht die **Honorarberatung**, sondern offenbar den Vertriebsweg (Versicherungsberater) stärken will. Würde der Gesetzgeber tatsächlich die **Honorarberatung** stärken wollen, so müsste er den Versicherungsmakler den Zugang zum Honorarmarkt auf gesichertem gesetzlichen Fundament auch weiterhin erlauben.
6. Der Eingriff in das Berufsrecht der Versicherungsmakler, mit Verbrauchern Honorarvereinbarungen zu schließen, ist weder erforderlich, noch geeignet. Die geplante Provisionsbindung fördert nicht die Honorarberatung, sondern schädigt sie. Nur die große Masse der Makler (ca. 45.000) wäre in der Lage die Honorarberatung in Deutschland flächendeckend durchzusetzen.
7. Eine Verwechslungsgefahr zwischen den drei in Deutschland etablierten Vertriebswegen bestand nicht in der Vergangenheit. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Verbraucher in Zukunft nicht mehr zwischen diesen drei Vertriebswegen differenzieren könnte.
8. Aus alledem folgt, dass die geplante Provisionsbindung der Versicherungsmakler an die Versicherer zur Stärkung der Honorarberatung weder erforderlich, noch geeignet ist. Der Eingriff beinhaltet schon gar nicht das *mildeste Mittel*, worauf zutreffend auch der Bundesrat hingewiesen hat.

II. Doppelberatungsverbot

1. Eine Pflicht zur Doppelberatung durch den Versicherungsmakler einerseits und den Versicherer andererseits gibt es – auch in der neuen IDD – nicht. Eine solche Pflicht kann es auch nicht geben, weil sie zu Missverständnissen und Funktionsdefiziten zwischen Versicherern und Vermittlern führen würde.
2. Stattdessen hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung das verfassungsrechtliche Grundprinzip der **Normenbestimmtheit und Normenklarheit** entwickelt. Danach hat der Gesetzgeber den Gesetzestext so bestimmt und so klar zu fassen, wie dies nur möglich ist.
3. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber den Textteil, der die Versicherungsmakler betrifft, in § 6 Abs. 6 VVG nicht streichen darf. Im Gesetz muss es auch in Zukunft heißen:
„(6) Die Absätze 1 bis 5 sind auf Versicherungsverträge über ein Großrisiko im Sinne des § 210 Abs. 2 nicht anzuwenden, ferner dann nicht, wenn der Vertrag mit dem Versicherungsnehmer von einem Versicherungsmakler vermittelt wird.“

C. Rechtsgrundlagen und Begründungen

I. Provisionsbindung

1. Gesetzestext neu

Art. 1

Änderung der Gewerbeordnung

§ 34 d

Versicherungsvermittler, Versicherungsberater

- (1) Wer gewerbsmäßig den Abschluss von Versicherungs- oder Rückversicherungsverträgen vermitteln will (Versicherungsvermittler), bedarf nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen der Erlaubnis der zuständigen Industrie- und Handelskammer. Versicherungsvermittler ist, wer
- a. als Versicherungsvertreter eines oder mehrerer Versicherungsunternehmen (...) damit betraut ist, Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen, oder
 - b. als Versicherungsmakler für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherungsunternehmen (...) damit betraut zu sein.

(...)

In der Erlaubnis nach S. 1 ist anzugeben, ob sie einem Versicherungsvertreter oder einem Versicherungsmakler erteilt wird. Der Versicherungsvermittler darf sich seine Tätigkeit unmittelbar oder mittelbar **nur durch ein Versicherungsunternehmen** vergüten lassen (...).

2. Gesetzesbegründung

In der Gesetzesbegründung (S. 38, Abs. 1) heißt es:

„Zusätzlich wird in S. 6 vorgeschrieben, dass der Versicherungsvermittler **ausschließlich** von Versicherungsunternehmen, mit dem er direkt oder indirekt zusammenarbeitet, vergütet werden darf. Dies bedeutet ein **Honorarannahmeverbot** für Versicherungsvermittler. Damit soll eine klare Trennung zwischen Versicherungsvermittlern und Versicherungsberatern gewährleistet werden. Andernfalls besteht das Risiko, dass Vermittler z.B. für Beratungsleistungen zusätzlich noch eine Unabhängigkeit suggerierende Honorarvereinbarung mit dem Kunden abschließen. Das würde es für den Kunden zusätzlich erschweren zwischen Versicherungsvermittler und Versicherungsberater zu differenzieren und könnte dafür sorgen, dass die im Koalitionsvertrag beabsichtigte Stärkung der Honorarberatung nicht erfolgt.“

3. § 156 GewO wird neu gefasst:

§ 156

Übergangsregelungen zu den §§ 34d und 34e

(...) (4) Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 1 S. 1 dürfen Vergütungen eines Dritten, der Verbraucher ist, auf der Grundlage eines Vertrages annehmen, der vor dem 18.01.2017 geschlossen wurde.

4. Gesetzesbegründung (S. 42, Abs. 2)

„ Abs. 4 regelt den Fall, dass ein Versicherungsvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34d Abs. 1 S. 1 in der bis zum 23.02.2018 geltenden Fassung mit einem Privatkunden einen Vertrag über Vermittlungsleistungen auf Vergütungsbasis geschlossen hat („Servicevertrag etc“). Daraus besteht zwar ein Vergütungsanspruch gegen den Kunden. Es widerspricht aber der Vorgabe in § 34d Abs. 1 S. 6, dass der Vermittler nur durch das Versicherungsunternehmen vergütet werden darf. Daher ist vorgesehen, dass entsprechende Verträge mit Letztverbrauchern, die bis zum 18.01.2017 geschlossen wurden, weiter erfüllt werden dürfen. Das bedeutet, dass der Vermittler diese Vergütung auch nach dem 23.02.2018 weiter annehmen darf. Dies ist sachgerecht, da den Beteiligten spätestens mit dem Kabinettsbeschluss über den Gesetzentwurf am 18.01.2017 bekannt ist, dass der Vermittler nur vom Versicherungsunternehmen Zuwendungen annehmen darf und damit künftig entgeltliche Vereinbarungen mit einem Verbraucher nicht mehr zulässig sind“.

5. Stellungnahme des Bundesrates (S. 2/3)

Der Bundesrat hat am 10.03.2017 (BR-Drucks. 74/17) zu der geplanten Änderung in § 34d Abs. 1 S. 6 GewO-E Stellung genommen und schlägt folgende Änderung vor: Die Wörter „unmittelbar oder mittelbar nur durch ein Versicherungsunternehmen“ sind durch die Wörter „nicht durch einen Verbraucher“ zu ersetzen.

Zur Begründung führt der Bundesrat aus:

„Aus der IDD ergibt sich keine Notwendigkeit für eine Festlegung, durch wen ein Versicherungsvermittler sein Honorar erhalten darf. Vielmehr liegt dem Regelungsvorschlag die originäre Zielsetzung der Bundesregierung zugrunde, die im Koalitionsvertrag beabsichtigte Stärkung der Honorarberatung zum Schutze der Verbraucher sicherzustellen.“

Die Eingriffe in die Vertragsfreiheit der Versicherungsvermittler dürfen nicht weitergreifen, als zur Erreichung dieses Ziels unbedingt erforderlich. Es erscheint daher zu weitgehend und damit unverhältnismäßig, zum Zweck des Verbots einer Vergütung durch Verbraucher ein Gebot zur Vergütung durch Versicherungsunternehmen aufzustellen.

Das Verbot sollte daher von vornherein auf das notwendige Minimum beschränkt werden, anstatt das zu weit reichende Gebot durch eine anschließende Ausnahmebestimmung wieder einzuschränken. Dies hätte zudem den Vorteil, dass sich der Gesetzesanwender nicht mit der auf den ersten Blick unklaren Frage befassen muss, wann eine Honorierung unmittelbar, bzw. mittelbar durch ein Versicherungsunternehmen erfolgt (womit nach der Gesetzesbegründung letztlich das mehrstufige Vermittlerverhältnis gemeint ist)“.

II. Vermeidung der Doppelberatung

1. Gesetzestext neu

Art. 3

Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes

3. § 6 wird wie folgt geändert:

(...)

d) In Absatz 6 werden nach dem Wort „anzuwenden“ das Komma und die Wörter „ferner dann nicht, wenn der Vertrag mit dem Versicherungsnehmer von einem Versicherungsmakler vermittelt wird, oder wenn es sich um einen Vertrag im Fernabsatz im Sinne des § 312c des Bürgerlichen Gesetzbuchs handelt“ gestrichen.

2. Gesetzesbegründung (S. 48)

Zu Buchstabe d)

Die in Absatz 6 zweiter Halbsatz vorgesehene Ausnahme für Versicherungsmakler und für den Abschluss des Vertrages im Fernabsatz ist nach der IDD nicht mehr zulässig – derartige Ausnahmen sind in der Richtlinie nicht vorgesehen (...).

Da allerdings ein Versicherer nach § 6 Abs. 1 VVG nur insoweit beraten muss, als hierfür ein Anlass besteht, führt die Streichung in Abs. 6 nicht zu einer Doppelberatung; hat ein Versicherungsmakler beraten, besteht regelmäßig kein Anlass für eine zweite Beratung durch einen Versicherer.

D. Rechtswissenschaftliche Stellungnahme zur Provisionsbindung des Versicherungsmaklers

I. Vorbemerkung

Die geplante Neuregelung zur Provisionsbindung/Honorarannahmeverbot für Versicherungsvermittler und damit auch für Versicherungsmakler ist europarechtlich **nicht** vorgegeben. Eine vergleichbare Provisionsbindung gibt es folglich weder im europäischen Recht noch in anderen europäischen Mitgliedstaaten.

Darauf weisen der Gesetzgeber (E, S. 38) und auch der Bundesrat (BR-Drucks. 74/17 v. 10.03.2017, S.3) hin. Aus der IDD ergibt sich somit keine Notwendigkeit für eine Festlegung, durch wen ein Versicherungsvermittler sein Honorar erhalten darf. Vielmehr will der Gesetzgeber dafür sorgen, „dass die im Koalitionsvertrag beabsichtigte Stärkung der Honorarberatung erfolgt“.

II. Formelle Vereinbarkeit der Provisionsbindung mit Art. 12 GG

1. Berufsfreiheit

Nach Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Das bedeutet, jeder Versicherungsvermittler und damit auch jeder Versicherungsmakler hat das Recht seinen Beruf frei zu wählen und, als immanente Folge davon, auch frei auszuüben. Darauf hat das BVerfG erst kürzlich im Zusammenhang mit *Immobilienmaklern* hingewiesen (BVerfG v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15, NZM 2016, 685, Rn. 50).

2. Formeller Schutzbereich der Berufsfreiheit

Regelungen, die vorschreiben, von wem der Makler das Entgelt für seine berufliche Vermittlungstätigkeit verlangen darf, betreffen, so das BVerfG den *Schutzbereich der Berufsfreiheit*. Dies bedeutet, das geplante **Honorarannahmeverbot** für Versicherungsvermittler und damit auch für Versicherungsmakler beschränkt die Berufsfreiheit. Beschränkungen der Berufsfreiheit, so das BVerfG, bedürfen nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG einer gesetzlichen Grundlage (vertiefend BVerfGE 54, 237, 245f = NJW 1980, 2123). Diese Rechtsgrundlage will der Gesetzgeber durch Änderung des § 34d Abs. 1 S. 6 GewO-E schaffen.

3. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung der **Gewerbeordnung** ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Zur Wahrung der Rechtseinheit ist, so die Gesetzesbegründung (S. 28), eine bundeseinheitliche Regelung zwingend erforderlich (Art. 72 Abs. 2 GG). Zudem, so die Gesetzesbegründung, seien die Berufszugangs- und Ausübungsregelungen für

Versicherungsvermittler und Versicherungsberater bereits nach bestehendem Recht **bundeseinheitlich** geregelt (S. 28).

Allerdings wird – worauf die Gesetzesbegründung **nicht** hinweist – bisher die Frage der Provisionsbindung und des daraus resultierenden Honorarannahmeverbots gewerberechtlich **nicht** geregelt. Dies bedeutet, die in § 34d Abs. 1 GewO-E geplante Neuregelung greift in Wirklichkeit nicht in das bestehende Gewerberecht, sondern stattdessen in die Grundregeln des Maklerrechtes ein, die sich aus dem **Bürgerlichen Recht** einerseits und dem **Handelsrecht** andererseits ergeben. Die Frage soll hier nicht vertieft werden, weil es, wie auch das BVerfG mit Blick auf Immobilienmakler entschieden hat, eine Bundeskompetenz für das Bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und auch für das Handelsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) gibt.

III. Materieller Eingriff in die Berufsfreiheit

Die letztlich entscheidende Frage ist, ob die Einführung der Provisionsbindung für Versicherungsmakler und das damit verbundene Honorarannahmeverbot in **materieller Hinsicht** gegen den Schutz der Berufsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.

1. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist wesentlich durch die **Drei-Stufen-Theorie** geprägt, die das BVerfG 1958 im **Apothekenurteil** (v. 11.06.1958 – I BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377ff.) entwickelt hat. Die damals entwickelten Grundsätze hat das BVerfG inzwischen vielfach bestätigt und zu einer *Neuen Verhältnismäßigkeitsformel* verdichtet. Nach dieser Formel ist der Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt, wenn die eingreifende Norm durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragenden Gründe des Gemeinwohl gerechtfertigt wird und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (BVerfG v. 26.02.1997 – 1 BvR 1864/94, 1 BvR 1102/95, BVerfGE 95, 193, 214; BVerfG v. 19.07.2000 – 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, 197, 213; BVerfG v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.A., BVerfGE 121, 317, 346).

2. Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit

Anknüpfungspunkt für den sachlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist der **Beruf** und zwar sowohl im Hinblick auf die freie Wahl (BVerfG v. 16.03.1971 – 1 BvR 56/66 u.a., BVerfGE 30, 292, 334; BVerfG v. 23.04.1991 – 1 BvR 1170/90 u.a., BVerfGE 84, 113, 146) als auch mit Blick auf dessen **Ausübung**, um die es vorliegend geht.

Insoweit hat das BVerfG kürzlich (Beschluss v. 29.06.2016 – I BvR 1015/15, NZM 2016, 685, Rn. 63) für Immobilienmakler klargestellt, dass der Gesetzgeber die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren durch zwingendes Gesetzesrecht dann und nur insoweit begrenzen darf, als es um soziale

und wirtschaftliche **Ungleichgewichte** geht. Wie auch bei sonstigen privatrechtlichen Regelungen, die der freien Vertragsgestaltung Grenzen setzen, muss es um den Ausgleich widerstreitender Interessen gehen, bei dem die Freiheit des Einen mit der Freiheit des Anderen in Einklang zu bringen ist.

a) Keine sozialen Ungleichgewichte

Soziale Ungleichgewichte – etwa zulasten der Verbraucher durch die Tätigkeit des Versicherungsmaklers – sind jedoch nicht erkennbar. Die ca. 45.000 Versicherungsmakler, die in Deutschland bei den IHK'n registriert sind, werden, anders als der Versicherungsvertreter, nicht von einem Versicherer mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen betraut. Sie sind vielmehr (§ 59 Abs. 3 VVG) **Sachwalter** des Verbrauchers (so ständige Rechtsprechung des BGH seit 22.05.1985 – IVa ZR 190/83, VersR 1985, 930). Der Versicherungsmakler steht „im Lager des Kunden“, ist also für diesen und in **seinem Interesse** mit dem Vermittlungsgeschäft betraut (BT-Drucks. 16/1935, S. 22). Deshalb können Versicherungsmakler nach der Rechtsprechung des BGH mit dem Kunden vereinbaren, wer den Maklerlohn bezahlen soll (BGH v. 17.06.2004 – III ZR 271/03, VersR 2004, 229; BGH v. 12.03.2014 – IV ZR 295/13, VersR 2014, 567 *Kostenausgleichsvereinbarungen*).

Dies bedeutet, die *Honorarberatung* durch den Versicherungsmakler gibt es auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH seit langem. Davon geht auch der Gesetzgeber selbst aus, denn im zukünftigen § 156 Abs. 4 GewO wird darauf hingewiesen, dass Versicherungsvermittler (also auch Makler) Vergütungen eines Dritten, der Verbraucher ist, auf der Grundlage eines Vertrages annehmen darf, der vor dem 18.01.2017 geschlossen wurde. Das bedeutet, nach derzeit **geltendem Recht** darf der Versicherungsmakler die **Honorarberatung** anbieten.

b) Keine Verwechslungsgefahr

Die Vermittler sind vor Beginn der jeweiligen Beratung des Kunden verpflichtet, auf ihren **Status** hinzuweisen (§ 11 VersVermV). Das bedeutet, der Kunde erfährt noch vor Beginn des Beratungsgespräches, ob er es mit einem (gebundenen) Versicherungsvertreter, oder einem (unabhängigen) Versicherungsmakler, oder mit einem Versicherungsberater, der keinen Vorteil vom Versicherer annehmen darf (§ 59 Abs. 4 VVG), zu tun hat. Irgendwelche Hinweise aus Literatur, Rechtsprechung oder Praxis darauf, dass die Verbraucher nicht in der Lage wären, zwischen diesen drei in Deutschland typischen Vertriebswegen zu unterscheiden, sind nicht bekannt. Es gibt auch keine Hinweise darauf, dass es Beschwerden bei der Honorarberatung durch den Versicherungsmakler gibt. Es gibt aber umgekehrt nach den Erhebungen des Bundesverbandes Finanzdienstleistung (AfW) Hinweise darauf, dass die Honorarberatung durch Versicherungsmakler kontinuierlich in den letzten Jahren ausgebaut worden ist und inzwischen mit nahezu jedem dritten Kunden vereinbart wird.

c) Beschwerdefreie Honorarvereinbarung

Aus alledem folgt, dass die Versicherungsmakler seit langem die **Honorarberatung** für Verbraucher beschwerdefrei anbieten. Die Honorarberatung wird durch die Tätigkeit von immerhin ca. 45.000 Maklern in Deutschland kontinuierlich gestärkt. Der Verbraucher ist durch die Sachwalterrechtsprechung des BGH, auch haftungsrechtlich, geschützt. Es gibt, zulasten der Verbraucher, keine sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichte, die sich aus der Honorarberatung durch Versicherungsmakler ergeben würden. Daraus folgt, dass der Eingriff, den der Gesetzgeber durch die Provisionsbindung/das Honorarannahmeverbot plant, den **Schutzbereich der Berufsfreiheit** für Versicherungsmakler stark berührt.

3. Eingriff in die Berufsfreiheit

Nach klassischer Lehre wird in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen, wenn die staatliche Maßnahme (hier die Provisionsbindung/ das Honorarannahmeverbot) nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit auslöst (so etwa BVerfGE v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181, 186; v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267, 302). Vielmehr muss die geplante Maßnahme eine objektiv **berufsregelnde** Tendenz haben (BVerfG v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181, 185; BVerfG v. 13.07.2004 – 1 BvR 1298/94 u.a., BVerfGE 111, 191, 313). Dies ist immer dann zu bejahen, wenn sich die Maßnahme unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt (BVerfG v. 19.11.1985 – 1 BvR 38/78, BVerfGE 71, 183) oder in ihren unmittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht ist (BVerfG v. 17.02.1998 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228, 253f.).

Im vorliegenden Fall soll den Versicherungsmaklern das Recht genommen werden mit Verbrauchern eine Honorarvereinbarung zu treffen. Es soll in Zukunft eine Provisionsbindung an das Versicherungsunternehmen geben. Damit können Versicherungsmakler ihren Beruf nur noch eingeschränkt ausüben – es kann, wie eben gezeigt, kein Zweifel daran bestehen, dass es sich bei der geplanten gesetzgeberischen Provisionsbindung um eine berufsregelnde Maßnahme handelt.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man nach dem erweiterten (oder moderneren) Eingriffsbegriff. Danach ist Eingriff jedes Handeln des Gesetzgebers, das dem Einzelnen (hier: Versicherungsmakler) ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt (hier: Honorarvereinbarung), ganz oder teilweise unmöglich macht (BVerfG v. 12.10.1977 – 1 BvR 216/75, 1 BvR 217/75, BVerfGE 46, 120). In diesem Sinne hat auch das BVerfG im Beschluss zu den Immobilienmaklern (v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15) darauf hingewiesen, dass das vom Gesetzgeber geplante Honorarannahmeverbot für Makler in die geschützte Berufsfreiheit eingreift. Eine Grundrechtsverletzung liege vor, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners (hier: Versicherungsmakler) in einer Weise untergeordnet werde, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich **nicht mehr** gesprochen werden könne (BVerfG v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15 unter Hinweis auf BVerfG v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, BVerfGE 134, 204, 223).

Das **Totalverbot** der Honorarberatung ist zugleich der **schwerstmögliche Eingriff** in die Berufsausübungsfreiheit der Versicherungsmakler. Als Folge davon können sie gegenüber dem Verbraucher keine Honorarberatung mehr anbieten.

Zugleich zwingt das Verbot der Honorarberatung den Versicherungsmakler seinen eigenen Kunden, der von ihm gegen Honorar beraten werden möchte, an die Konkurrenz, nämlich den Versicherungsberater, abzugeben. Der Versicherungsmakler wird also gezwungen **Wettbewerb gegen sich selbst**, zu machen. Ein solcher Wettbewerb gegen sich selbst verstößt nicht nur gegen Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch gegen das Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs, das über Art. 119, 120 AEUV (indirekt) mit geschützt ist.

Zugleich wird die Beratungssituation für den Kunden nicht etwa verbessert. Der Makler ist, wie der BGH seit 1985 in ständiger Rechtsprechung feststellt, **Sachwalter** des Verbrauchers. Er steht im Lager des Verbrauchers, er vertritt seine Interessen. Dies kann der Versicherungsmakler aber nur noch eingeschränkt tun, wenn er mit dem Verbraucher keine Honorarberatung mehr vereinbaren darf. Dieses Verbot verstößt zugleich gegen Art. 17 Abs. 1 IDD, denn danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass (auch) die Versicherungsmakler stets im bestmöglichen Interesse der Verbraucher handeln. Wenn der Makler aber keine Honorarvereinbarung mehr mit dem Verbraucher schließen darf, so kann er nicht mehr im bestmöglichen Interesse des Kunden handeln, sondern er muss ihn an einen Konkurrenten, der eine Honorarvereinbarung schließen darf, verweisen.

Die Folge hiervon ist, dass der Versicherungsmakler, der einen vollständigen Marktüberblick haben soll (§ 60 VVG) mit Versicherern, die beispielsweise **Nettopolicen** anbieten, faktisch nicht mehr zusammenarbeiten kann, weil er mit dem Verbraucher bezogen auf die Nettoprodukte keine Honorarvereinbarung für seine eigene Tätigkeit mehr vereinbaren darf.

Aus alledem wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht etwa um den Schutz des Verbrauchers, sondern um eine (unzulässige) Bevorzugung eines Vertriebswegs geht. Würde der Gesetzgeber tatsächlich die Honorarberatung stärken wollen, so müsste er dafür sorgen, dass der Zugang für die Versicherungsmakler zum Honorarmarkt auf gesichertem gesetzlichem Fundament erlaubt bliebe (so Köhne, ZfV 2, 2017, S. 121).

4. Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit?

Wie oben bereits erwähnt, hat das BVerfG die Frage, inwieweit ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zulässig ist, in der *Neuen Verhältnismäßigkeitsformel* verdichtet (BVerfG v. 30.07.2008 – 1 BvR XX63/07 u.a., BVerfGE 121, 317, 346; BVerfG v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15, NZM 2016, 685, Rn. 63). Der Eingriff in das Recht der Makler, Honorarvereinbarungen zu treffen, müsste also zum Schutze der Versicherungsberater erforderlich, geeignet und das mildeste Mittel sein.

Der Gesetzgeber begründet den Gesetzentwurf mit folgenden Argumenten:

- (1) Es bestehe sonst das Risiko, dass Vermittler, z.B. für Beratungsdienstleistungen, zusätzlich noch eine Unabhängigkeit suggerierende Honorarvereinbarung mit dem Kunden abschließen (S. 38).
- (2) Durch Abschluss einer (zusätzlichen) Honorarvereinbarung würde es für den Kunden zusätzlich erschwert werden zwischen Versicherungsvermittler und Versicherungsberater zu differenzieren (S. 38).
- (3) Eine Honorarvereinbarung könnte möglicherweise dafür sorgen, dass die im Koalitionsvertrag beabsichtigte Stärkung der Honorarberatung nicht erfolge (S. 38).

Zu Argument (1) und (3)

Zu diesen Argumenten ist zunächst einmal zu sagen, dass die Provisionsbindung/ das Honorarannahmeverbot die Honorarberatung nicht fördern, sondern sie im Gegenteil schädigt. Nur mithilfe der ca. 45.000 Versicherungsmakler kann in Deutschland die Honorarberatung gestärkt werden. Mithilfe der 300 Versicherungsberater kann dieses Ziel nicht erreicht werden. Schon aus diesem Grunde ist die geplante Provisionsbindung nicht nur nicht erforderlich, sondern auch nicht geeignet, den Zweck zu erreichen, der erreicht werden soll.

Zu Argument (2)

Für den Kunden besteht aber zudem keine **Verwechslungsgefahr**, die es ihm zusätzlich erschweren würde zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherungsberater zu differenzieren (Begründung S. 38). Die in Deutschland übliche Differenzierung zwischen gebundenen Vertretern, Versicherungsmaklern und Versicherungsberatern ist zwar durch das europäische Richtlinienrecht nicht vorgegeben. In dieser Differenzierung liegt aber keine Gefahr der Verwechslung dieser drei Vertriebswege, die in Deutschland etabliert sind.

Der Versicherungsvermittler hat in einer Statusinformation vor Beginn des jeweiligen Beratungsgesprächs darauf hinzuweisen, welchen Status er verkörpert (§ 11 VersVermV). Der **Versicherungsvertreter** erklärt dem Kunden folglich, dass er an einen (oder mehrere) Versicherer fest gebunden ist. Der **Versicherungsberater** wiederum verweist darauf, dass er von keinem Versicherer betraut ist und deshalb sein Honorar mit dem Kunden vereinbart. Der **Versicherungsmakler** ist ebenfalls von keinem Versicherer betraut, hat aber regelmäßig mit vielen Versicherern eine Art Rahmenvereinbarung, die es ihm erlaubt Verträge an Versicherer zu vermitteln.

Der entscheidende Unterschied zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherungsberater würde in Zukunft darin liegen, dass der Versicherungsberater **ausschließlich** Honorarvereinbarungen mit dem Kunden schließt, während der Versicherungsmakler sowohl Honorarvereinbarungen mit dem Kunden als auch Provisionsvereinbarungen mit dem Versicherer schließen darf.

Diese Differenzierung zwischen den drei verschiedenen Vermittlertypen in Deutschland gibt es im heutigen Recht bereits. Der einzige Unterschied ist, dass der Versicherungsberater heute keine Verträge vermitteln darf – das soll sich in Zukunft ändern. Daraus folgt aber nicht, dass es dem Verbraucher schwerer fallen würde, zwischen dem Versicherungsvermittler (Vertreter/Makler) und dem Versicherungsberater zu differenzieren. Wenn der Kunde es heute kann, warum soll er es nicht morgen genauso können?

Daraus folgt, dass die vom Gesetzgeber geplante Provisionsbindung/Honorarannahmeverbot weder erforderlich, noch geeignet ist, dass vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, die Unterbindung einer Verwechslungsgefahr zu vermeiden, denn eine solche Verwechslungsgefahr gibt es auch im heute geltenden Recht nicht.

Zu Argument (1) und (3)

Schließlich meint der Gesetzgeber, es bedürfe eines Honorarannahmeverbotes, weil sonst das Risiko bestehe, dass Vermittler, z.B. für Beratungsdienstleistungen, zusätzlich noch eine Unabhängigkeit suggerierende Honorarvereinbarung mit dem Kunden abschließen (S. 38). Dieses Risiko wird aber, wenn man es überhaupt als Risiko bezeichnen will, nicht durch eine Provisionsbindung des Versicherungsmaklers an den Versicherer beseitigt. Wenn es dem Gesetzgeber tatsächlich darum ginge zwischen einer Provision durch den Versicherer und einem Honorar durch den Verbraucher zu differenzieren und zugleich klarzustellen, dass der Versicherungsmakler entweder das eine oder das andere vereinbaren könnte, so müsste der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung schaffen. Die geplante Provisionsbindung jedenfalls beinhaltet eine solche Differenzierung zwischen der Honorierung durch den Verbraucher einerseits und der Provision durch den Versicherer andererseits nicht. Daraus wird deutlich, dass die Provisionsbindung auch aus diesem Grunde weder erforderlich, noch geeignet ist, das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel zu erreichen.

5. Hilfsweise: mildestes Mittel?

Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die vom Gesetzgeber angestrebte Provisionsbindung/Honorarannahmeverbot weder erforderlich, noch geeignet ist, um das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel zu erreichen. Im Gegenteil: Die **Honorarberatung** würde nur dann gestärkt werden können, wenn den Versicherungsmaklern der Zugang zum Honorarmarkt auf gesichertem gesetzlichen Fundament erlaubt bliebe (so Köhne, ZfV 2, 2017, S. 121). Auch Probleme der Statusverwechslung bestehen nicht, denn die Verbraucher können auch heute schon zwischen den drei Vertriebswegen, die bei Versicherungen etabliert sind, unterscheiden und differenzieren. Schließlich ist die geplante Regelung auch nicht geeignet, dafür zu sorgen, dass entweder eine Provision vom Versicherer oder aber ein Honorar vom Verbraucher verlangt werden darf. Insoweit bedürfte es einer völlig anderen Regelung, als derjenigen, die derzeit im Gesetz geplant ist.

Hiervon ausgehend stellt sich die Frage, ob es für den Gesetzgeber ein *milderes Mittel* geben könnte, nicht. Denn bereits auf Stufe 1 und 2 des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist klar geworden, dass es keine Rechtfertigung für den Eingriff des Gesetzgebers in die Berufsfreiheit des Versicherungsmaklers gibt.

Würde man dennoch (hilfsweise) über ein milderes Mittel nachdenken, so wäre es jedenfalls nicht die Provisionsbindung/das Honorarannahmeverbot, das derzeit gesetzgeberisch vorgesehen ist.

E. Rechtswissenschaftliche Stellungnahme zur Doppelberatung (§ 6 Abs. 6 VVG-E)

Es wurde eingangs dargestellt, dass die vom Gesetzgeber geplante Streichung in § 6 Abs. 6 VVG die Gefahr zur einer **Rechtspflicht** der Doppelberatung gegenüber dem Kunden beinhaltet. Diese Gefahr sieht auch der Gesetzgeber (Begründung S. 48). Er meint, er könne das Problem lösen, indem er in der Begründung darauf hinweist, dass „regelmäßig kein Anlass für eine zweite Beratung durch einen Versicherer bestehe, wenn der Kunde durch einen Versicherungsmakler beraten wird oder wurde“ (S. 48).

1. Die Begründung ist kein Gesetz

Diese Erwägungen greifen letztlich zu kurz. Die Frage, ob der Versicherer und/oder der Makler oder womöglich beide gegenüber dem Kunden eine Beratungspflicht haben, muss sich aus dem **Gesetz** ergeben. Die **Begründung** des Gesetzes ist **kein** Bestandteil des Gesetzes selbst, d.h. wenn das deutsche Gesetz sowohl dem Versicherer als auch dem Versicherungsmakler eine Verpflichtung zur Beratung des Kunden zuweist, so lässt sich diese Zuweisung nicht durch eine (noch dazu völlig unverbindliche) gesetzliche Begründung beseitigen. Das Gesetz hat Vorrang und bindet nicht nur die Parteien, sondern vor allem auch die Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG).

Es besteht nicht einmal eine Verpflichtung die Begründung zu einem Gesetz neben dem Gesetzestext abzudrucken, schon gar keine Verpflichtung eine solche Begründung zwingend zu beachten. Die tradierte juristische Methodenlehre geht zwar davon aus, dass der Wille des Gesetzgebers bei der Interpretation des Gesetzes zu berücksichtigen ist. Wenn aber – wie im vorliegenden Falle – der Wortlaut des Gesetzes eindeutig ist, so kann er nicht durch eine gesetzliche Begründung, die den Wortlaut womöglich aufweicht oder ein Stück korrigiert, in Frage gestellt oder verändert werden. Jedenfalls sind Konflikte zwischen Parteien und Gerichten geradezu vorprogrammiert, wenn der Gesetzgeber einen Wortlaut verabschiedet und die Begründung hiervon abweicht.

2. Der Grundsatz der Normenklarheit

Um Konflikte dieser Art von vornherein zu vermeiden, hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Rechtsprinzip des deutschen Verfassungsrechts entwickelt. Der Gesetzgeber sei zu hinreichender Normenklarheit verpflichtet, wenn dieses gesetzestechnisch möglich ist (BVerfGE 56, 1, 12; seither ständige und oft wiederholte Rspr.; vertiefend *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011) S. 46 m.w.N.). Dabei habe sich das notwendige Maß an Bestimmtheit an der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte zu orientieren (BVerfGE 108, 186, 235).

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der **Gesetzgeber** rechtlich **verpflichtet** ist, nicht nur in der Gesetzesbegründung, sondern im **Gesetz selbst klarzustellen**, dass für den Versicherer

keine Beratungspflicht besteht, solange und soweit der Versicherungsmakler den Versicherungsnehmer berät und betreut.

3. Unsicherheiten bei Versicherern und Verbrauchern

Wird dies im zukünftigen Gesetzestext nicht klargestellt, so wird es nicht nur zu Unsicherheiten bei den Versicherungsmaklern und den Verbrauchern kommen, sondern auch die Versicherer werden ihrerseits nicht wissen, welche Pflichten sie eigentlich haben. Es kann sehr leicht ein Streit über die Frage entstehen, ob ein Beratungsanlass besteht oder nicht. Will ein Versicherer vermeiden, wegen eines Beratungsfehlers womöglich in die Haftung zu kommen, wird er der Auffassung sein, dass „in aller Regel“ ein Beratungsanlass besteht. Der Versicherer weiß im Einzelfall nicht, ob und in welchem Umfang der Versicherungsmakler den Kunden beraten hat – das heißt, es wird für den Versicherungsnehmer zu einer großen Verunsicherung kommen, weil er auf der einen Seite vom Versicherungsmakler (seinem unabhängigen Sachwalter) und auf der anderen Seite parallel vom Versicherer (über dessen gebundenen Vertreter) beraten wird. Es kann zu Widersprüchen, zu Missverständnissen und – im schlimmsten Fall – auch zu Missbräuchen kommen, etwa wenn gebundene Vertreter versuchen, Kunden (etwa über Rabattierungen) in ihren eigenen Bestand abzuwerben.

4. Lösung für den Gesetzgeber

All das soll, so der Gesetzgeber selbst, **nicht sein**. Eine Doppelberatung durch den Versicherer einerseits und den Versicherungsmakler andererseits sieht auch die IDD (anders als die Gesetzesbegründung andeutet, S. 48) **nicht** vor.

Hiernach ist es **verfassungsrechtlich geboten**, im Wortlaut des zukünftigen § 6 Abs. 6 VVG klarzustellen, dass es zu einer Doppelberatung zwischen den Versicherern einerseits und den Versicherungsmaklern andererseits nicht kommen kann. Es sollte also bei dem Gesetzestext bleiben, der da lautet:

„(6) Die Absätze 1 bis 5 sind auf Versicherungsverträge über ein Großrisiko im Sinne des § 210 Abs. 2 nicht anzuwenden, ferner dann nicht, wenn der Vertrag mit dem Versicherungsnehmer von einem Versicherungsmakler vermittelt wird.“

Nur der **Resttext**, bei dem es sich um den **Fernabsatz** handelt, wäre zu streichen. Dies ist in der Tat aus Sicht der IDD geboten (Begründung S. 48).

