

Das Provisionsabgabeverbot steht auf der Kippe ,Gegenmaßnahmen' durch Vermittler sollten sorgfältig abgewogen werden

Wilfried E. Simon/Nistertal, Dozent für VersR und 1. stv. Vorsitzender der Interessengemeinschaft
Deutscher Versicherungsmakler e.V./Osnabrück (www.igvm.de)

Das Verwaltungsgericht Frankfurt hatte mit seiner Entscheidung in Sachen Provisionsabgabeverbot (ProvAV) zur Lebensversicherung vom 24.10.2011 (Az.: 9 K 105-11.F) für erhebliches Aufsehen gesorgt. In den Augen der Verbraucherschützer waren unmittelbar nach Bekanntwerden des Urteils ‚Dollarzeichen‘ zu erkennen. Deren Aufruf in den Medien, sich von Versicherungsvermittlern künftig ein Stück vom Provisions-/Courtagekuchen abgeben zu lassen, wird Versicherungsvermittler (VersV) über kurz oder lang zumindest gelegentlich vor die Frage stellen, wie in solchen Situationen verfahren werden soll.

Die zuständige Pressesprecherin der BaFin hat auf Anfrage des IGVM-Vorstandsvorsitzenden, **Matthias Helberg**, warum man die bereits eingelegte Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht zurück genommen hat, folgendes geantwortet:

„Die BaFin hat die Revision (gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt/Main zum Provisionsabgabeverbot) am 17. Februar zurück genommen. Nach weiterer eingehender Prüfung halten wir den konkreten Einzelfall nicht für geeignet, die Rechtmäßigkeit des Provisionsabgabeverbots als Ganzes höchstrichterlich klären zu lassen. Die BaFin wird die Entscheidung des Verwaltungsgerichts zum Anlass nehmen, das Verbot grundsätzlich zu überprüfen. Bis zum Abschluss der Prüfungen wird die BaFin zunächst keine Verfahren durchführen.“

Für die Praxis der Lebensversicherungsvermittlung bedeutet dies im Umkehrschluss, dass ‚bis auf Widerruf‘ jeder Versicherungsvermittler Abschlusscourtage ganz oder zum Teil an den Kunden weitergeben kann, ohne dass die BaFin hiergegen einschreitet, wenn sie davon erfährt.

Die Weitergabe von Provisionen bzw. Courtage an den Kunden/Mandanten ist für Vermittler jedoch nicht ohne Risiko. Wird der Vertrag – gleich aus welchem Grunde – innerhalb der Stornofrist wieder beendet, fordern Versicherer die unverdiente Provision/Courtage vom Vermittler zurück. Auch wenn die schriftlich mit den Kunden/Mandanten verbindlich vereinbart haben, dass diese in solchen Fällen die erhaltene Provision/Courtage anteilig wieder zurückzahlen müssen, so bedeutet dies für die Vermittler noch lange nicht, dass die Kunden/Mandanten ihren Verpflichtungen auch wirklich nachkommen bzw. nachkommen können. Kunden/Mandanten könnten sogar mehrere VersV zugleich, z.B. mit der Vermittlung einer Lebensversicherung beauftragen und von allen Geschäften anteilig profitieren. Werden Prämien nicht mehr gezahlt, kündigen die Versicherer die Verträge und fordern unverdiente Provisionen/Courtage von den Vermittlern wieder zurück.

Für die Lebensversicherer würde sich die Stornoquote unter solchen Umständen drastisch erhöhen und ein falsches Bild über unzureichende Beratung und/oder Serviceleistungen in der Öffentlichkeit abgeben. VersV müssen ggf. die bereits ausgezahlten Courtage von ihren Kunden/Mandanten zurückfordern, möglicherweise unter Zuhilfenahme von Rechtsanwälten und Gerichten. Und spätestens dann, wenn Vollstreckungsversuche wegen hoher Pfändungs-

versicherungstip – Redaktion Verlagsgruppe **markt intern**: Herausgeber Dipl.-Ing. Günter Weber; Verlagsdirektoren Bwt.(VWA) André Bayer, Olaf Weber; Redaktionsdirektoren Rechtsanwalt Lorenz Huck, Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Heidi Scheuner, Rechtsanwalt Gerrit Weber; Abteilungsleiter Rechtsanwalt Georg Clemens, Dipl.-Kfm. Christoph Diel, Dipl.-Kfm. Karl-Heinz Klein, Dipl.-Vwt. Hans-Jürgen Lenz, Dipl.-Ök. Kirk Mangels, Dipl.-Vwt. Stephan Schenk; Chef vom Dienst Bwt.(VWA) André Bayer.

markt intern Verlag GmbH, Grafenberger Allee 30, D-40237 Düsseldorf, Telefon 0211-6698-0, Telefax 0211-666583, www.markt-intern.de. Geschäftsführer Hans Bayer, Dipl.-Ing. Günter Weber; Prokuristen Bwt.(VWA) André Bayer, Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Rechtsanwalt Gerrit Weber, Olaf Weber; Justitiar Rechtsanwalt Dr. Gregor Kuntze-Kaufhold. Gerichtsstand Düsseldorf. Vervielfältigung nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages. Druck: Theodor Gruda GmbH, Breite Straße 20, 40670 Meerbusch. Anzeigen, bezahlte Beilagen sowie Provisionen werden zur Wahrung der Unabhängigkeit nicht angenommen. ISSN 0178-5699

Ihr direkter Draht ...



02 11 / 66 98 - 198

Fax: 02 11 / 69 12 - 440

e-mail: vt@markt-intern.de

... für den vertraulichen Kontakt

freibeträge oder gar wegen Insolvenzen nicht realisiert werden können, bleiben VersV erst einmal auf ihren Forderungen sitzen. In der Folge solcher Vorfälle können VersV selbst in einen finanziellen Sog nach unten geraten und erfüllen dann möglicherweise nicht mehr die Zuverlässigkeitsvoraussetzungen, die ein ‚Leben in geordneten Vermögensverhältnissen‘ voraussetzt. Mögliche Konsequenz: Entzug der Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung bei registrierten Vermittlern. Bei gebundenen Vertretern müssten die Versicherer die Reißleine ziehen und die Aufsichtsbehörde informieren.

Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, wenn das Thema Provisionsabgabeverbot in Vermittlerkreisen heiß und teils sehr kontrovers diskutiert wird. Der Großteil der Vermittler gibt sich selbstbewusst und konstatiert, dass gute Beratung eben angemessen honoriert werden müsse und erteilt der Provisions-/Courtageabgabe an Kunden/Mandanten eine klare Absage.

Andere wiederum rechnen damit, dass insbesondere größere Vertriebe mit häufig höheren Provisionen der Verlockung nicht widerstehen könnten, über die Provisionsbeteiligung der VN auf Neukundenfang zu gehen und halten äußerst vorsorglich einen ‚Plan B‘ bereit.

Zwei dieser ‚Pläne B‘ sollen hier exemplarisch näher untersucht werden:

1. Spricht uns ein Mandant auf eine Courtagebeteiligung an, dann schlagen wir ihm vor, dass wir uns verpflichten, die uns gewährte Abschlusscourtage (AC) vollständig an ihn auszukehren, wenn er zuvor im Gegenzug mit uns eine der Zeit und dem Aufwand angemessene Vergütungsvereinbarung für unsere Beratung und Vermittlung trifft. Die vereinbarte pauschale Gebühr ist aber vom Kunden/Mandanten auch dann zu zahlen, wenn es nicht zu einer erfolgreichen Vermittlung kommt. Der Mandant bekommt dann von uns monatlich 1/60 der an uns gezahlten AC – abzüglich der hierfür anfallenden Transferkosten – ratierlich ausgezahlt. Dies kommt der Vermittlung einer Nettopolice nahe (so genannte Honorarvermittlung). Die Bestandspflege-/Betreuungscourtage ab dem 2. Versicherungsjahr ist mit einer Servicefee vergleichbar. Hieran wird der Kunde/Mandant nicht beteiligt.

Wir sind uns bei dieser Gegenmaßnahme der Tatsache bewusst, so heißt es weiter, dass diese Handhabung nicht mit § 34d Abs. 1 S. 4 GewO konform geht, wenn es sich um einen Verbraucher handelt. Unter den geänderten Umständen ist eine andere Handhabung jedoch betriebswirtschaftlich nicht mehr vertretbar. In der Berufsunfähigkeitsversicherung z.B. haben wir seit 2008 die Erfahrung gemacht, dass nur noch jeder zweite oder dritte Antrag durch die Versicherer ohne Einschränkungen angenommen wird, weil berufliche Risiken oder gesundheitliche Beeinträchtigungen vorliegen. Bei umfangreichen Ausschlüssen im Wege einer Besonderen Vereinbarung macht die BU/R für den Mandanten keinen Sinn mehr und wir müssen ihm vom Abschluss abraten. Auch dies gehört zum fairen Umgang mit Mandanten und zu einer professionellen Beratung. Wir sprechen damit natürlich gegen unser Geschäft – tun dies aber aus der Überzeugung heraus, die Interessen unserer Klienten zu wahren und hinter unsere eigenen Interessen zu stellen. Das Risiko, damit nicht im Sinne von § 34d Abs. 1, Satz 4 GewO zu agieren, nehmen wir dabei ganz bewusst in Kauf und halten für den Fall streitiger Auseinandersetzungen gute Gegenargumente bereit.

2. Verlangt der Kunde/Mandant von uns eine Provisions-/Courtageabgabe bei erfolgreicher Vermittlung, dann unterbreiten wir ihm zwei Geschäftsmodelle. Umfassende Beratung und Dokumentation auf der einen Seite ohne Weitergabe von Courtageanteilen oder Courtageabgabe gegen Beratungs- und Dokumentationsverzicht auf der anderen Seite mit der Konsequenz für den Kunden/Mandanten, möglicherweise gegen uns als Vermittler keine Schadenersatzansprüche stellen zu können. Dann kann er sich selbst für eines der beiden Modelle entscheiden.

Ein Beratungs- und Dokumentationsverzicht birgt allerdings auch Gefahren, die nachfolgend analysiert werden sollen.

Von den VersV wird verlangt, dass sie Kunden/Mandanten Anlassbezogen nach deren Wünsche und Bedürfnisse fragen (Fragepflicht § 61 Abs. 1 VVG). Wird dabei erkannt, dass das durch den Kunden/Mandanten ausgewählte Produkt seinem individuellen Bedarf nicht entspricht, so ist er vom VersV

darauf hinzuweisen. Von diesen Pflichten dürften sich VersV auch bei einem Beratungsverzicht des Kunden/Mandanten kaum wirksam befreien können. Der Gesetzgeber verlangt vor der durch den Kunden/Mandanten schriftlich abzugebenden Verzichtserklärung die Aufklärung durch den VersV über den Verlust möglicher Schadenersatzansprüche gegenüber dem VersV.

Der 2. Vorschlag erscheint auf den ersten Blick als ein probates Mittel, Kunden/Mandanten zum Nachdenken zu bewegen, wenn sie ein Stück vom Courtagekuchen abhaben möchten (z.B. halbe Courtage = keine Beratung durch Beratungsverzichtserklärung = Verzicht auf mögliche Schadenersatzansprüche gegenüber dem VersV.

VersV trifft jedoch im Streitfall ggf. auch die Beweislast. Handelt es sich beim Kunden/Mandanten um einen Verbraucher und behauptet dieser, der VersV habe seine Wünsche und Ziele berücksichtigt und es habe daher trotz Verzichtserklärung eine (Teil-)Beratung stattgefunden und die sei falsch gewesen oder habe zum Abschluss eines für ihn ungeeigneten Produkts geführt, so dürfte die bloße Vorlage der vom Kunden/Mandanten unterzeichneten Verzichtserklärung vor Gericht alleine als Beweismittel kaum ausreichen. Der VersV muss darüber hinaus darlegen und beweisen, dass er den Kunden/Mandanten vor dessen Unterschrift unter die Beratungsverzichtserklärung über die relevanten Rechtsfolgen einer solchen Erklärung in klarer und für diesen verständlichen Weise informiert hat (= sekundäre Darlegungslast). Dies ist nur möglich, indem eine darauf Bezug nehmende Beratungsdokumentation neben der gesonderten schriftlichen Verzichtserklärung erstellt und diese ebenfalls vom Kunden/Mandanten unterschrieben und vom Vermittler gegengezeichnet wird. Damit dürfte sich der Beweis dann führen lassen.

Der Beratungs- und Dokumentationsverzicht soll nach vereinzelt Meinungen in der Literatur und im Schrifttum **nur in Ausnahmefällen vereinbart werden dürfen**, um wirksam zu sein. Aus dem Gesetzestext selbst lässt sich jedoch eine Reduzierung auf **„Ausnahmen“** nicht entnehmen und auch mit der Gesetzesbegründung zur Neuordnung des Versicherungsvermittler-Rechts lässt sich diese These nicht belegen (vgl. BT-Drs. 16/1935, S. 24 zu § 42c VVG a.F.) Der **„mündige“ Bürger** soll auf Beratung verzichten dürfen. Eine **Zwangsberatung per Gesetz** sei ihm nicht zuzumuten.

Von Art. 12 Abs. 3 der RL 2002/92/EG wird die Beratung vor Vertragsschluss auch nicht explizit gefordert, so dass ein diesbezüglicher Richtlinienverstoß zunächst nicht erkennbar ist. Einige Experten erkennen jedoch wegen der Pflicht zur Bedarfsanalyse (Wünsche – Bedarf) und aus der Pflicht zur Begründung des erteilten Rats eine Beratungspflicht der VersV. Folgte man dieser Auffassung, wäre der Bundesregierung bei der Umsetzung der RL in das VersVermG ein Richtlinienverstoß vorzuwerfen.

Eine Lösung des Problems scheint durch den Entwurf des 10. Gesetzes zum Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) – gegenwärtig zumindest – auch nicht in Sicht.

Sollte das Provisionsabgabeverbot wirklich kippen, und danach sieht es gegenwärtig zumindest aus, dann bedarf es auch der Lösung aller damit verbundenen Probleme an vorderster Front, also durch den Gesetzgeber. Die Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II - ABl. L 335 vom 17.12.2009, S. 1) vom 25. November 2009 muss durch die jetzt anstehende VAG-Reform bis zum 31.10.2012 in nationales Recht umgesetzt sein und soll in einem weiteren Teil am 01.01.2013 in Kraft treten. Sie bietet zu ergänzenden Regelungen die beste Gelegenheit.

Die IGVM fordert klare Regelungen von den politisch Verantwortlichen:

Denn im Falle einer Abkehr vom ProvAV müssen die Politiker dringend Änderungen beschließen. § 34d Abs. 1, Satz 4 GewO ist dahingehend zu erweitern, dass auch Verbraucher durch VersM gegen gesondertes Entgelt beraten werden dürfen. Denn denkbar ist, dass sich schlitzohrige Interessenten von verschiedenen VersM unabhängig beraten und ein aus Sicht des VN geeignetes Produkt empfehlen lassen, dann aber nicht beim beratenden VersM abschließen, sondern den Vertrag durch einen anderen VersV gegen hohe Beteiligung vermitteln lassen. Da dessen Aufwand an Bedarfs-, Marktanalyse und Beratung gegen Null tendiert, dürfte dessen Neigung, ein größeres Stück vom Kuchen abzugeben, weitaus höher anzusiedeln sein als beim Ursprungsberater, der

seinen Aufwand ja schließlich mit einkalkulieren muss. Die Politiker müssen also schnellstens für Klarheit sorgen und das Problem nicht auf die lange parlamentarische Bank schieben.

Der im Ges-E vorgesehene Wegfall von Bestimmungen innerhalb des § 81 VAG in der aktuellen Fassung sieht ein Streichen des ProvAV nicht vor (vgl. Art I, III Nr. 5 – Seite 258). In den neuen §§ 291, 292 VAG, die die Bestimmungen des alten § 81 VAG ersetzen, ist vom derzeit geltenden Verbot aber auch keine Rede. Dennoch heißt es an anderer Stelle in der Begründung: § 81 Abs. 3 VAG bleibt unverändert; Genaueres dazu sucht man jedoch im neuen VAG-E vergebens. Wollte man in Berlin vielleicht die Entscheidung des BVerwG abwarten? Hat man die Regelung des ProvAV in Berlin nur übersehen? Viele Fragen – bisher noch keine klaren Antworten. Es ist zwar spekulativ aber dennoch nicht auszuschließen, dass man das ProvAV im Zuge der Harmonisierung der Europäischen Versicherungsaufsicht (EIOPA) entfallen lassen will. Deutschland war das einzige EU-Land, das dieses Verbot vorsah. Es geht auf das Jahr 1934 zurück.

Dazu heißt es im Allgemeinen Teil der Entwurfsbegründung:

Durch die Neufassung erhält das VAG wieder eine klare Systematik. **Der vorliegende Gesetzentwurf verfolgt aber ausdrücklich nicht das Ziel einer über die Umsetzung der Richtlinie hinausgehenden Reform der Versicherungsaufsicht**, insbesondere liegt ihm nicht ein übergreifendes Konzept im Sinne einer ‚Regulierungsverwaltung‘ zu Grunde ...

Die Richtlinie sieht nicht in allen Bereichen Vollharmonisierung vor, sondern will nur soweit Unterschiede angleichen, als dies notwendig ist, um einheitliche, aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Das neue VAG hat deshalb die bestehenden Regelungen, auch wenn sie strenger sind, beibehalten, soweit sie nicht im Widerspruch zur Richtlinie stehen.

Die Regelungen des neuen VAG, die die Richtlinie umsetzen, **gehen nicht über das erforderliche Maß hinaus**. Ziel dieses Entwurfs ist es, den Umsetzungsaufwand für die betroffenen Unternehmen möglichst gering zu halten und die Voraussetzungen für eine möglichst reibungslose zukünftige Anwendung der neuen Regeln zu schaffen.

Die markierten Sätze würden jedenfalls in Bezug auf das bisher geltende ProvAV im Widerspruch zum geltenden Recht stehen und auch die Allgemeine Begründung wäre konträr. Vielleicht ist auch zu diesem Bereich das letzte Wort noch nicht gesprochen, was eine mögliche neue Regulierung betrifft. Es gibt folglich noch viele Fragezeichen zu diesem Thema. Die BaFin ließ ja in der Antwort an die IGVM durchblicken, dass man das Verbot grundsätzlich überprüfen wolle. Dies kann natürlich nur einvernehmlich mit dem hierfür zuständigen BMF erfolgen – **Ergebnis offen!**

Ist die Provisions-/Courtageabgabe ein Verstoß gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb?

VersV, die Provision/Courtage an ihre Kunden/Mandanten abgeben, setzen sich zudem der Gefahr aus, durch Mitbewerber auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden. Die Streit- oder Gegenstandswerte solcher Wettbewerbsverfahren können schnell 50.000 EUR oder mehr betragen. Dies birgt für VersV zusätzliche Prozesskostenrisiken. Vor diesem Hintergrund stößt es auf Unverständnis, wenn die BaFin lapidar ankündigte, ihr bekannt werdende Verstöße nicht als Ordnungswidrigkeit ahnden zu wollen, und damit geltendes Recht und die Pflicht, gegen Missstände einzuschreiten, ignoriert. Das begegnet rechtlich in vielfältiger Weise erheblichen Bedenken.

Denn § 81 Abs. 3 VAG gilt schließlich zurzeit unverändert. Eine im März 2011 mögliche Änderung der Norm hat der Gesetzgeber nicht genutzt und damit wohl absichtlich nicht gewollt. Da es die vielfach erhoffte höchstrichterliche Entscheidung durch das BVerwG nun doch nicht geben wird, muss das Urteil der Frankfurter Verwaltungsrichter als eine Einzelentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung betrachtet werden. Es entfaltet nur die Bindung beider Parteien an das Urteil, entfaltet aber gleichzeitig in gewisser Weise zumindest eine präjudizielle Wirkung, die nicht unterschätzt werden darf.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder.