



**Rechtsgutachten**  
**Europarechtliche Zulässigkeit**  
**eines Provisionsdeckels**  
**in der Deutschen Lebensversicherung**

vorgelegt von

**Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski**

30. Januar 2019

im Auftrag

des

Bundesverbandes Finanzdienstleistung AfW e. V.

des

VOTUM Verband Unabhängiger

Finanzdienstleistungs-Unternehmen in Europa e. V.

und der

Bundesarbeitsgemeinschaft zur Förderung der

Versicherungsmakler

**Juristische Fakultät**

Bürgerliches Recht,  
Handels-, Wirtschafts-  
und Europarecht

Institut für Energie- und Wett-  
bewerbsrecht in der Kommunalen  
Wirtschaft e.V. (EWeRK) –  
Forschungsstelle Legal Tech®

**Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski**

**Datum:**

30. Januar 2019

**Sekretariat:**

**Postanschrift:**

Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6  
10099 Berlin  
Telefon +49 [30] 2093-40730  
Telefax +49 [30] 2093-40731

[hps@rewi.hu-berlin.de](mailto:hps@rewi.hu-berlin.de)

[www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt](http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt)

[presse@forschungsstelle-legal-tech.de](mailto:presse@forschungsstelle-legal-tech.de)

**Sitz:**

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

**Verkehrsverbindungen:**

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

## Inhaltverzeichnis

<b>A. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>3</b>
<b>B. RECHTSGRUNDLAGEN .....</b>	<b>5</b>
I) Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 (IDD) .....	5
II) Art. 8 Delegierte Verordnung (EU) 2017/2359 v. 21.09.2017 in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Wohlverhaltensregeln .....	10
III) Vertrag über die Europäische Union (EUV) .....	11
IV) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).....	12
V) Charta der Grundrechte der Europäischen Union.....	13
<b>C. RECHTSGUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME .....</b>	<b>13</b>
I) Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit dem Europäischen Richtlinienrecht .....	13
1) Provisionsdeckel von IDD vorgeschrieben? .....	13
2) Provisionsdeckel von IDD indiziert? .....	15
3) Fehlende Kompetenznorm.....	22
4) Strengere Regulierung? .....	23
II) Die Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit dem europäischen Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs und den Wettbewerbsregeln.....	24
1) Grundsätze .....	24
2) Der Schutz des freien, unverfälschten Wettbewerbs (Art. 119, 120 AEUV)..	25
3) Der Verstoß gegen Art. 101, 102 AEUV .....	31
III) Die Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit Art. 4 Abs. 3 EUV .....	32
IV) Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit der Europäischen Dienstleistungsfreiheit.....	34
1) Grundsätze .....	34
2) Grenzen der Dienstleistungsfreiheit – Gebhard-Formel .....	35
a) Nicht-Diskriminierung .....	36
b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses.....	36
c) Erforderlichkeit .....	46
d) Eignung.....	46
<b>D. ZUSAMMENFASSENDE ERGEBNISSE .....</b>	<b>48</b>

## A. Sachverhalt und Fragestellung

Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der deutsche Gesetzgeber den derzeitigen Höchstzillmersatz von 25 ‰ in einen Provisionshöchstsatz (Provisionsdeckel) überführen will. Danach wäre es in der deutschen Lebensversicherung nicht mehr zulässig für die Vermittlung und Betreuung einer Lebensversicherung jeder Art, einschließlich der Restschuldlebensversicherung, eine Provision über die Gesamtlaufzeit der Versicherung oberhalb von 2,5 % zu vereinbaren. Hingewiesen wird darauf, dass nach der Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 über den Versicherungsvertrieb (IDD) Provisionen weiterhin möglich seien. Allerdings sollen, so der Evaluierungsbericht zum Lebensversicherungsreformgesetz (LRVG), etwaige Fehlanreize vermieden werden (Seite 25 Ziffer 7). Ein gesetzlicher Provisionsdeckel, der insbesondere auch sogenannte Restschuldversicherungen umfasst, würde maßgeblich dazu beitragen, mögliche Fehlanreize zu begrenzen. Etwaige Umgehungsmöglichkeiten sollten durch geeignete Maßnahmen unterbunden werden (Seite 25 Ziffer 7).

Auf die kleine Anfrage des Abgeordneten Frank Schäffler u. a. und der Fraktion der FDP, ob die Bundesregierung bzw. das Bundesministerium der Finanzen die Einführung eines gesetzlichen Provisionsdeckels plane, hat die Parlamentarische Staatssekretärin beim BMF, Christine Lambrecht, am 13.07.2018 (VII B 4-WK8000/18/10001; Dok. 2018/0565764) geantwortet: „Bestandteil des Evaluierungsberichtes, den das BMF an den Finanzausschuss übersandt und am 28.06.2018 veröffentlicht hat, sind die Eckpunkte zu einem Maßnahmenpaket, mit dem die Regulierung im Niedrigzinsumfeld weiterentwickelt werden soll. Zu den vorgeschlagenen Maßnahmen zählen eine Änderung der Vorschriften zur Zinszusatzreserve, um die Zinsgarantie nachhaltiger abzusichern, und die Schaffung eines gesetzlichen Provisionsdeckels im Bereich der Lebens- und Restschuldversicherung, der etwaigen Fehlanreizen entgegenwirken und die weitere Senkung der Abschlusskosten unterstützen soll. Die Umsetzung der

Maßnahmen wird im zweiten Halbjahr 2018 angestoßen. Über die konkrete Ausgestaltung des Provisionsdeckels, insbesondere mit Blick auf die Angemessenheit der Provisionshöhe sowie auf mögliche Fehlanreize, hat die Bundesregierung noch keine Entscheidung getroffen.“

In der „kleinen Anfrage“ wurde ferner gefragt (Ziffer 10): „Falls die Provisionsdeckelung zur Kostenreduktion führen würde, würden die Versicherer dann verpflichtet werden, diese Beträge an die Versicherten weiterzugeben oder könnte diese Ersparnis der eigenen Liquidität bzw. den Aktionären zugute kommen?“ Diese Frage beantwortete die Bundesregierung durch die Parlamentarische Staatssekretärin Christine Lambrecht wie folgt: „Die Versicherten können von der Kostenreduktion durch günstigere Tarife profitieren. Soweit sich durch die Kostenreduktion höhere Überschüsse ergeben, werden sie danach entsprechend beteiligt. Ausschüttungen an Aktionäre sind aufgrund der Ausschüttungssperre des LVRG bis zur Höhe des Sicherungsbedarfs gesperrt.“

Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass sich der deutsche Gesetzgeber entschließt, die Gesamtvergütung für die Vermittlung und Betreuung einer Lebensversicherung in Deutschland mit einem Provisionshöchstdeckel zu versehen. Es wird angenommen, dass dieser Höchstdeckel über die Gesamtlaufzeit eines jeden Lebensversicherungsvertrages bei 2,5 % der vereinbarten Versicherungssumme liegen soll.

Erfasst wären alle Formen der Lebensversicherungen, so wie sie in den Nummern 19-25 der Anlage I zum VAG definiert sind. Es ginge somit um Lebensversicherungen einschließlich der Restschuldversicherung sowie um Heirats- und Geburtenversicherungen (Ziffer 20), fondsgebundene Lebensversicherungen (Ziffer 21), Toninengeschäfte (Ziffer 22), Kapitalisierungsgeschäfte (Ziffer 23), Geschäfte der Verwaltung von Versorgungseinrichtungen (Ziffer 24) und Pensionsfondsgeschäfte (Ziffer 25).

Der Provisionsdeckel kann seine Funktion der Deckelung von Abschluss und Betreuungskosten nur erfüllen, wenn er alle in Deutschland angebotenen Lebensversicherungen gleichermaßen betrifft. Die Deckelung würde es den Versicherern erlauben, Provisionen bis zur Höhe von maximal 2,5 % für die Gesamtlaufzeit der Lebensversicherung auszuloben. Einen höheren Betrag dürften die Vermittler weder von den Versicherern noch von den Versicherten verlangen. Der Provisionsdeckel würde somit alle Anbieter von Lebensversicherungen in Deutschland ebenso wie alle Vermittler in Deutschland betreffen, die Lebensversicherungen vertreiben (wollen). Zugleich würde den (potenziell) Versicherten untersagt sein, Honorare und/oder Provisionen oberhalb des Provisionsdeckels zu entrichten.

Ausgehend von diesem (möglichen) gesetzgeberischen Szenario soll im Folgenden zu der Frage Stellung genommen werden, ob eine solche Provisionsdeckelung für Versicherer, Vermittler und Versicherte mit dem geltenden Europäischen Gemeinschaftsrecht in Einklang stünde. Dabei wird es zunächst um die Vereinbarkeit eines solchen Provisionsdeckels mit der Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 (IDD) und der sie ergänzenden delegierten Verordnungen gehen. In einem zweiten Schritt wird zu fragen sein, ob der in Deutschland geplante gesetzliche Provisionsdeckel mit dem Europäischen Primärrecht im Einklang steht.

## **B. Rechtsgrundlagen**

### **I) Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 (IDD)**

- (1) Erwägungsgrund 3: Da diese Richtlinie allerdings auf eine Mindestharmonisierung abzielt, sollte sie die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, strengere Bestimmungen zum Zweck des Verbraucherschutzes beizubehalten oder einzuführen, sofern diese Bestimmungen mit dem Unionsrecht einschließlich dieser Richtlinie in Einklang stehen.

- (2) Erwägungsgrund 5: Versicherungsprodukte können von verschiedenen Kategorien von Personen oder Einrichtungen wie Versicherungsagenten, Versicherungsmaklern und „Allfinanzunternehmen“, Versicherungsunternehmen, Reisebüros und Autovermietungsfirmen vertrieben werden. Aus Gründen der Gleichbehandlung all dieser Akteure und des Kundenschutzes soll sich die Richtlinie auf alle diese Personen oder Einrichtungen beziehen.
  
- (3) Erwägungsgrund 6: ... Um zu gewährleisten, ... dass die Verbraucher in den Genuss vergleichbarer Standards ... kommen können, sind gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Vertreibern von ausschlaggebender Bedeutung.
  
- (4) Erwägungsgrund 9: Zwischen den nationalen Vorschriften bestehen immer noch erhebliche Unterschiede, die für die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Versicherung ... im Binnenmarkt Hindernisse mit sich bringen. Es ist notwendig, den Binnenmarkt weiter zu stärken und einen wirklichen Binnenmarkt für Lebens- und Sachversicherungsprodukte und -dienstleistungen zu schaffen.
  
- (5) Erwägungsgrund 17: In dieser Richtlinie sollten die Unterschiede bei den Arten von Vertriebskanälen berücksichtigt werden. Beispielsweise sollte sie den Merkmalen von Versicherungsvermittlern Rechnung tragen, die vertraglich verpflichtet sind, Versicherungsvertriebsgeschäfte ausschließlich mit einem oder mehreren Versicherungsunternehmen zu tätigen (vertraglich gebundene Versicherungsvermittler), die es in den Märkten bestimmter Mitgliedstaaten gibt und sie sollte sachgerechte und verhältnismäßige Bedingungen aufstellen, die für die verschiedenen Vertriebsarten gelten...

- (6) Erwägungsgrund 19: Dass Versicherungsvermittler nicht in der Lage sind, uneingeschränkt überall in der Union tätig zu werden, beeinträchtigt das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Versicherungen. Diese Richtlinie ist ein wichtiger Schritt hin zu einem höheren Verbraucherschutzniveau und zu mehr Marktintegration.
- (7) Erwägungsgrund 43: Da diese Richtlinie auf eine Verbesserung des Verbraucherschutzes abzielt, finden einige seiner Bestimmungen nur im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern Anwendung; dies gilt insbesondere für die Bestimmungen hinsichtlich der Wohlverhaltensregeln für Versicherungsvermittler und andere Vertreter von Versicherungsprodukten.
- (8) Erwägungsgrund 46: Die Mitgliedstaaten sollten vorschreiben, dass die Vergütungspolitik von Versicherungsvertreibern in Bezug auf ihre Angestellten oder Vertreter nicht die Möglichkeit ausschließt, im Einklang mit dem besten Interesse der Kunden zu handeln, oder Sie daran hindert, eine geeignete Empfehlung abzugeben oder Informationen in einer Form zur Verfügung zu stellen, die redlich, eindeutig und nicht irreführend ist. Eine auf Verkaufsziele gestützte Vergütung sollte keinen Anreiz dafür bieten, dem Kunden ein bestimmtes Produkt zu empfehlen.
- (9) Art. 2 Abs. 1 Nr. 3: „Versicherungsvermittler“ [ist] „jeder natürliche oder juristische Person, die ,ein Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen oder ihre Angestellten oder ihre Angestellten und kein Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit ist und die die Versicherungsvertriebstätigkeit gegen Vergütung aufnimmt oder ausübt.“
- (10) Art. 2 Abs. 1 Nr. 9: „Vergütung“ [meint] „alle Arten von Provisionen, Gebühren, Entgelten oder sonstigen Zahlungen, einschließlich wirt-

schaftlicher Vorteile jeder Art, oder finanzielle oder nicht-finanzielle Vorteile oder Anreize, die in Bezug auf Versicherungsvertriebstätigkeiten angeboten oder gewährt werden.

- (11) Art. 11 Abs. 1: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ihre zuständigen Behörden die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften zum Schutz des Allgemeininteresses, denen die Ausübung des Versicherungsvertriebs in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet unterliegt, einschließlich der Informationen über die Frage, ob und wie der Mitgliedstaat beschlossen hat, strengere Vorschriften gemäß Art. 29 Abs. 3 anzuwenden, in geeigneter Weise zu veröffentlichen.
- (12) Art. 17 Abs. 1: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Versicherungsvertreiber bei ihrer Versicherungsvertriebstätigkeit gegenüber ihren Kunden stets ehrlich, redlich und professionell in deren bestmöglichem Interesse handeln.
- (13) Art. 17 Abs. 3: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Versicherungsvertreiber, nicht in einer Weise vergütet werden oder die Leistung ihrer Angestellten nicht in einer Weise vergüten oder bewerten, die mit ihrer Pflicht, im bestmöglichem Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert. Insbesondere trifft ein Versicherungsvertreiber keine Vorkehrungen durch Vergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise, durch die Anreize für ihn selbst oder seine Angestellten geschaffen werden könnten, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl der Versicherungsvertreiber ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes, Versicherungsprodukt anbieten könnte.
- (14) Art. 28 Abs. 1: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Versicherungsvermittler und -unternehmen alle geeigneten Vorkehrungen treffen, um

Interessenkonflikte, die bei Versicherungsvertriebstätigkeiten zwischen ihnen selbst, einschließlich ihrer Geschäftsleitung und ihrer Angestellten, oder anderen Personen, die mit ihnen direkt oder indirekt durch Kontrolle verbunden sind, und ihren Kunden oder zwischen ihren Kunden untereinander entstehen, zu erkennen

- (15) Art. 29 Abs. 1: Die Informationen über alle Kosten und Gebühren, einschließlich Kosten und Gebühren im Zusammenhang mit dem Vertrieb des Versicherungsanlageprodukts, die nicht durch das zugrundeliegende Marktrisiko verursacht werden, sind in aggregierter Form zu erteilen, um es dem Kunden zu ermöglichen, die Gesamtkosten sowie die kumulative Wirkung auf die Anlagerendite zu verstehen, und – falls der Kunde dies verlangt – eine Aufstellung der Kosten und Gebühren nach Posten zur Verfügung zu stellen. Gegebenenfalls werden solche Informationen dem Kunden regelmäßig, mindestens aber jährlich, während der Laufzeit der Anlage zur Verfügung gestellt.
- (16) Art. 29 Abs. 2: ... stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass davon ausgegangen wird, dass Versicherungsvermittler ... die eine Gebühr oder Provision erhalten ... ihre Verpflichtungen ... nur erfüllen, sofern die Provision ... a) sich nicht nachteilig auf die Qualität der entsprechenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt und b) nicht die Verpflichtung des Versicherungsvermittlers ... beeinträchtigt im besten Interesse seiner Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln.
- (17) Art. 29 Abs. 4: ... der Kommission [wird] die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte gemäß Art. 38 zu erlassen, um folgendes festzulegen:
- b) Die Kriterien, anhand derer beurteilt wird, ob Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmer, die Anreize setzen oder erhalten, die

Verpflichtung erfüllen, ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichem Interesse des Kunden zu handeln.

**II) Art. 8 Delegierte Verordnung (EU) 2017/2359 v. 21.09.2017 in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Wohlverhaltensregeln**

[1] Ein Anreiz bzw. eine Anreizregelung wird als nachteilig für die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden angesehen, sofern der Anreiz ... aufgrund der Art und des Ausmaßes Anlass dafür bietet, Versicherungsvertriebstätigkeiten auf eine Art und Weise auszuführen, die gegen die Verpflichtung verstößt im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln.

[2] Um zu beurteilen, ob ein Anreiz bzw. eine Anreizregelung sich nachteilig auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt, nehmen die Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen eine Gesamtanalyse vor, bei der sämtlichen relevanten Faktoren, die das Risiko einer nachteiligen Auswirkung auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden erhöhen bzw. senken könnten, sowie den organisatorischen Maßnahmen, die zur Verhinderung des Risikos einer nachteiligen Auswirkung von dem Versicherungsvermittler bzw. dem Versicherungsunternehmen, das Vertriebstätigkeiten ausführt, ergriffen werden, Rechnung getragen wird.

Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere,

- a) ob der Anreiz, bzw. die Anreizregelung den Versicherungsvermittler bzw. das Versicherungsunternehmen dazu veranlasst, den Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt ... anzubieten oder zu empfehlen, trotz des Umstandes, dass er ... im Stande wäre ein anderes Versiche-

rungsprodukt ... anzubieten, das ... den Bedürfnissen des Kunden besser entspricht;

- b) ob der Anreiz ausschließlich oder vorwiegend auf wirtschaftlichen Kriterien beruht oder ob er ... angemessene qualitative Kriterien berücksichtigt, welche die Erfüllung der geltenden Verordnung, die Qualität der, für die Kunden erbrachten Dienstleistungen, sowie die Kundenzufriedenheit einzuschließen
- c) klar den Wert des gezahlten oder entgegengenommenen Anreizes im Verhältnis zum Wert des Produktes und
- d) ob der Anreiz ganz oder vorwiegend zum Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags oder über die gesamte Laufzeit dieses Vertrags gezahlt wird
- e) ob ein angemessener Mechanismus zur Rückförderung des Anreizes bei einem Storno oder frühzeitigem Rückkauf des Produkts oder im Falle einer Schädigung der Interessen des Kunden existiert
- f) ob eine variable oder an die Erreichung eines bestimmten Ziels gebundene Schwelle jedweder Form oder ein anderer werterhöhender Mechanismus besteht, der bei Erreichung eines bestimmten Verkaufsvolumens oder -werts ausgelöst wird.

### **III) Vertrag über die Europäische Union (EUV)**

(18) Art. 4 Abs. 3: Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Er-

füllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.

- (19) Art. 5 Abs. 4: Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.

#### **IV) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)**

- (20) Art. 14: In Anbetracht des Stellenwertes, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interessen innerhalb ... der Union einnehmen, ... tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können ...

- (21) Art. 56: Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

- (22) Art. 101 Abs. 1: Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen ... welchen den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.

- (23) Art. 119 Abs. 1: Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union ... ist dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet.

(24) Art. 120: Die Mitgliedstaaten und die Union handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird und halten sich dabei an die in Art. 119 genannten Grundsätze.

(25) Protokoll Nr. 27: ... dass der Binnenmarkt ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.

## V) **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**

(26) Art. 16: Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.

(27) Art. 17 Abs. 1: ... niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, die gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

## C. **Rechtsgutachterliche Stellungnahme**

### I) **Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit dem Europäischen Richtlinienrecht**

#### 1) **Provisionsdeckel von IDD vorgeschrieben?**

In einem ersten Schritt geht es um die Frage, ob die Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 (IDD) den vom deutschen Gesetzgeber ins Auge gefassten Provisionsdeckel für Lebensversicherungen jeder Art möglicherweise vorschreibt oder, wenn diese Frage zu verneinen sein sollte, einen solchen Provisionsdeckel zur Vermeidung von Fehlanreizen möglicherweise indiziert.

Mit Blick auf diese Fragen ist noch einmal zu betonen, dass der von der deutschen Bundesregierung geplante Provisionsdeckel alle Versicherungsvermittler oder sonstige Vertreter von Versicherungen, zum Beispiel die Versicherer oder ihre Angestellten, gleichermaßen treffen würde. Auf die Qualifikation des jeweiligen Vermittlers/Vertreibers käme es ebenso wenig an, wie auf den jeweiligen Beratungsaufwand und/oder die Komplexität des betroffenen Versicherungsproduktes. Der Provisionsdeckel würde somit eher einfach strukturierte Risiko- oder Sterbegeld-Versicherungen genauso betreffen wie komplexe Produkte der Altersvorsorge, wie etwa Renten- oder Fondsgebundene Lebensversicherungen aber auch Ausbildungs- und andere Termfix-Versicherungen. Ob die BU-Versicherung, die nach § 176 VVG im Grundsatz wie eine Lebensversicherung zu kalkulieren ist, unter den geplanten Provisionsdeckel fallen soll, kann derzeit nicht ausgeschlossen werden. Das gleiche gilt für Finanzanlagenvermittler, die vergleichbare Produkte, wie etwa Fondssparpläne vertreiben.

Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass der geplante Provisionsdeckel, anders als bei der Vermittlung substitutiver Krankenversicherungsverträge, nicht nur die Abschlussprovision (§ 50 Abs. 1 VAG), sondern die über die Gesamtlaufzeit der Versicherung anfallende Provision umfasst. Die in § 49 VAG vorgesehene fünfjährige **Stornohaftzeit** für Kranken- und Lebensversicherungen würde dazu führen, dass die im Provisionsdeckel enthaltene Abschlussprovision gleichmäßig über die ersten fünf Jahre seit Vertragsschluss zu verteilen und bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages zurückzugewähren wäre.

Der EuGH hat sich in der Vergangenheit mehrfach mit der Festsetzung von Höchstpreisen – um einen solchen würde es sich im vorliegenden Fall handeln – beschäftigt<sup>1</sup>. In allen genannten Entscheidungen des EuGH wurde entweder ein Höchst- oder ein Mindestpreis durch eine nationale Regelung vorgeschrieben –

---

<sup>1</sup> EuGH v. 26.02.1976 – Rs. 88/75, BeckRS 2004, 73840 *Höchstpreis Zucker*; EuGH v. 29.11.1983 – Rs. 81/82, BeckRS 2004, 72056 *Arzneimittelpreise*; EuGH v. 29.01.1985 – Rs. 231/83, BeckRS 1998, 99851 *Mindestpreise Treibstoffe*; EuGH v. 30.04.2009 – C-531/07, BeckRS 2009, 70467 *Öl-Preisbindung Österreich*; EuGH v. 19.10.2016 – C-148/15, juris *DocMorris*.

in keinem, der vom EuGH bisher entschiedenen Fällen beruhte der Höchst – oder Mindestpreis auf einer Anordnung durch eine europäische Richtlinie.

Eine solche Anordnung fehlt auch in der Vermittlerrichtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 (IDD). Zwar heißt es in Erwägungsgrund 46, dass die Mitgliedstaaten den Versicherungsvertreibern eine Vergütungspolitik in Bezug auf ihre Angestellten oder Vertreter vorschreiben sollen. Diese Vergütungspolitik soll nicht die Möglichkeit ausschließen, im Einklang mit dem besten Interesse der Kunden zu handeln. Dieser Gedanke wird in Art. 17 Abs. 1/3 IDD konkretisiert, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Versicherungsvertreiber nicht in einer Weise vergütet werden, die mit ihrer Pflicht, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert. Dies wird für Versicherungsanlageprodukte erneut in Art. 29 Abs. 2b und Abs. 4b IDD betont.

Alle eben zitierten Regelungen stellen darauf ab, dass die Mitgliedstaaten gegenüber den Versicherungsvertreibern für eine **Vergütungspolitik** sorgen, die deren Verpflichtung, im *besten* Interesse der Kunden *ehrlich, redlich und professionell* zu handeln.

Hiervon ausgehend ist die erste Frage dahin zu beantworten, dass die Regelungen der IDD den von der deutschen Bundesregierung geplanten Provisionsdeckel für Lebensversicherungen jeder Art und Versicherungsvertreiber jeder Art **nicht** explizit vorschreiben.

## 2) Provisionsdeckel von IDD indiziert?

Damit stellt sich die Frage, ob der vom deutschen Gesetzgeber geplante Provisionsdeckel in der Lebensversicherung jeder Art und für Versicherungsvertreiber jeder Art von den Regelungen der IDD möglicherweise indiziert ist, sich also aus dem Sinn und Zweck der Regelungen zur Verwirklichung des mit ihnen

verbundenen Regelungsziels, wenn auch nicht aufdrängt, so aber doch sachlogisch herleitet. Auf diesen Gedanken könnte man kommen, weil ein wesentlicher Zweck der Richtlinie in der Verbesserung des Verbraucherschutzes liegt.<sup>2</sup> Den Verbrauchern sollte trotz der Unterschiede zwischen den Vertriebskanälen das gleiche Schutzniveau zugute kommen.<sup>3</sup> Um zu gewährleisten, dass das gleiche Schutzniveau gilt und dass die Verbraucher in den Genuss vergleichbarer Standards, insbesondere im Bereich der Offenlegung von Informationen, kommen können, sind gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Vertreibern von ausschlaggebender Bedeutung.<sup>4</sup> Die Richtlinie ist ein wichtiger Schritt hin zu einem höheren Verbraucherschutzniveau und zugleich zu mehr Marktintegration.<sup>5</sup>

Allerdings ist zu betonen, dass es der IDD um **gleiche Wettbewerbsbedingungen** zwischen den Vertreibern von Versicherungen<sup>6</sup> geht, also nicht um die Gleichschaltung oder Ausschaltung des Wettbewerbs, sondern um gleiche Wettbewerbsbedingungen, um auf diese Weise Diskriminierungen zwischen den Vermittlertypen zu vermeiden, also ein level playing field zwischen ihnen zu schaffen. So betont die IDD,<sup>7</sup> dass die Unterschiede bei den Arten von Vertriebskanälen berücksichtigt werden. Beispielsweise sollte sie den Merkmalen von Versicherungsvermittlern Rechnung tragen, etwa solchen, die vertraglich verpflichtet sind Vertriebsgeschäfte ausschließlich mit einem oder mehreren Versicherungsunternehmen zu tätigen. Daneben gibt es, wie die IDD erkennt, in den Mitgliedstaaten neben gebundenen Vertreibern auch Versicherungsmakler<sup>8</sup> aber auch „Allfinanzunternehmen“, Versicherungsunternehmen, Reisebüros und Autovermietungsfirmen.<sup>9</sup> In Deutschland wäre ergänzend auf den Versiche-

---

<sup>2</sup> So etwa Erwägungsgrund 3.

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 6.

<sup>4</sup> Erwägungsgrund 6.

<sup>5</sup> Erwägungsgrund 19.

<sup>6</sup> Erwägungsgrund 6.

<sup>7</sup> Erwägungsgrund 17.

<sup>8</sup> Erwägungsgrund 5.

<sup>9</sup> Erwägungsgrund 5.

rungsberater hinzuweisen, dessen Besonderheit darin besteht, sein Honorar ausschließlich beim Versicherungsnehmer erheben zu dürfen.<sup>10</sup>

Es geht der IDD ersichtlich darum, dass die Verbraucher in den Genuss vergleichbarer Standards, insbesondere durch Offenlegung von Informationen, kommen, und damit letztlich um gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Vertreibern von Versicherungen. In diesem Zusammenhang geht es der IDD auch um die **Vergütungspolitik** von Versicherungsvertreibern. Versicherungsvertreiber sollen<sup>11</sup> in Bezug auf ihre Angestellten oder Vertreter eine Vergütungspolitik betreiben, die nicht ausschließt im Einklang mit dem besten Interesse der Kunden zu handeln und die sie auch nicht daran hindert, eine geeignete Empfehlung abzugeben, die redlich, eindeutig und nicht irreführend ist. Eine auf Verkaufsziele gestützte Vergütung sollte kein Anreiz dafür bieten, dem Kunden ein bestimmtes Produkt zu empfehlen.

Diese Erwägungsgründe finden sich in Art. 17 bei den Wohlverhaltensregeln wieder. Dort heißt es ausdrücklich in Abs. 3, dass ein Versicherungsvertreiber keine Vorkehrungen trifft, durch Vergütung, Verkaufsziele ... durch die Anreize für ihn selbst oder seine Angestellten geschaffen werden könnten, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl der Versicherungsvertreiber ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnte. Der Verwirklichung dieses Ziels dient unter anderem Art. 19, der dafür sorgt, dass die Versicherungsvertreiber dem Kunden die Art der Vergütung (Gebühr / Provision / Honorar / Kombinationsmodelle) vor Abschluss eines Versicherungsvertrages mitteilt. Zusätzlich erhalten die Kunden bei Versicherungsanlageprodukten (dazu gehören alle Lebensversicherungen, deren Auszahlung Marktschwankungen unterliegen) Informationen nach Art. 29. Informationen über alle Kosten und Gebühren, die

---

<sup>10</sup> Vergleiche § 34f GewO; § 59 Abs. 4 VVG und das Gebot der Durchleitung einer vom Versicherer gezahlten Provision auf ein Prämienkonto des VN nach § 48c VAG (gültig seit 23.03.2018).

<sup>11</sup> Erwägungsgrund 46.

nicht durch das zugrundeliegende Marktrisiko verursacht werden, sind in aggregierter Form zu erteilen (Art. 29 Abs. 1).

Gebühren oder Vorteile, zum Beispiel im Zusammenhang mit der Kapitalanlage, dürfen den Kunden nicht benachteiligen.<sup>12</sup> Kriterien, anhand derer beurteilt wird, ob Versicherungsvertreiber bei der Anreizsetzung die Verpflichtung erfüllen, ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, dürfen in einer delegierten Verordnung festgelegt werden.<sup>13</sup>

Art 8 der delegierten Verordnung (EU) 2017(2357 vom 21.09.2017 enthält die Bewertungskriterien für Anreizregelungen. Zu klären ist, ob der Anreiz dazu veranlasst, dem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl ein anderes den Bedürfnissen des Kunden besser entspricht.<sup>14</sup> Zu berücksichtigen ist ferner, ob der Anreiz vorwiegend wirtschaftlicher Natur ist oder auf die Qualität der für den Kunden erbrachter Dienstleistungen berücksichtigt.<sup>15</sup> Zu berücksichtigen ist ferner, ob der Kunde bei Storno oder frühzeitigem Rückkauf einen angemessenen Teil der Provision zurückfordern kann.<sup>16</sup> Sämtliche Grundsätze der IDD sind inzwischen in das deutsche Recht überführt worden, etwa in die §§ 1a, 59 VVG oder in § 15 der in Kürze in Kraft tretenden Versicherungsvermittlerverordnung.

Mit Blick auf die Frage, ob die Regelungen der IDD einen Provisionsdeckel für alle Versicherungsvertreiber von Lebensversicherungen jeder Art indizieren, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ein solcher Provisionsdeckel die differenzierenden Informationen über die Arten der Vergütung<sup>17</sup> weitgehend leerlaufen lassen würde, da die Einführung eines Provisionsdeckels einen starken Anreiz da-

---

<sup>12</sup> Art. 29 Abs. 2a/b.

<sup>13</sup> Art. 29 Abs. 4b.

<sup>14</sup> Art. 8 Abs. 2a DV.

<sup>15</sup> Art. 8 Abs. 2b DV.

<sup>16</sup> Art. 8 Abs. 2e.

<sup>17</sup> Art. 19; Art. 29 Abs. 1.

für setzen würde, diesen Provisionsdeckel nach oben hin auszufüllen und damit Kostendifferenzierungen über die der Kunde zu informieren wäre, nahezu ausschließt.

Auch die Wohlverhaltensregeln in Art. 17 Abs. 3 wären inhaltlich (jedenfalls im Bereich der Lebensversicherung) obsolet. Kein Versicherungsvertreiber könnte mehr provisionsgesteuerte Anreize schaffen um einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl ein anderes seinen Bedürfnissen besser entspräche. Im Gegenteil. Da alle Lebensversicherungen den gleichen Provisionsdeckel unterworfen wären, gäbe es keinen Anreiz mehr, dem Kunden qualitativ bessere Produkte anzubieten, da der Provisionsdeckel dazu führen würde, dass die Provision für alle, auch qualitativ unterschiedliche Produkte, gleich wäre. Der Provisionsdeckel würde zum **umgekehrten Anreiz** werden, nämlich dazu führen, dass den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden keine nennenswerte Bedeutung mehr beigemessen würde, und zwar deshalb, weil die Produktdifferenzierung nach den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden keinerlei Auswirkungen auf die Provisionshöhe mehr haben könnte. Es bestünde die Gefahr, dass der Wunsch- und Bedürfnistest der beim Vertrieb von Versicherungen stets geschuldet ist<sup>18</sup> zu einer bloßen Leerformel verkommen würde.

Ein Provisionsdeckel würde dazu führen, dass das Versicherungsunternehmen gegenüber den gebundenen Vertretern und Angestellten, keinerlei Anreize mehr schaffen könnte, um das den Bedürfnissen des Kunden am besten entsprechende Versicherungsprodukt anzubieten. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass ein Provisionsdeckel, der letztlich alle Lebensversicherungen aus der Perspektive der Vergütung gleich macht, genau das Gegenteil von den Zielen verwirklicht, die Art. 17 Abs. 3 vor Augen hat. Das Gleiche gilt mit Blick auf die Ziele für Versicherungsanlageprodukte nach Art. 29 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 DV 2017/2359.

---

<sup>18</sup> So Erwägungsgrund 44.

Ein Provisionsdeckel würde dazu führen, dass auch beim Versicherungsanlageprodukt kein Anreiz mehr bestünde, das zu den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden am besten passende Produkt zu vermitteln. Darin läge ein Verstoß gegen Art 8 Abs. 2a DV. Zugleich würde ein solcher Provisionsdeckel die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung nicht berücksichtigen, weil ein solcher Deckel allein auf wirtschaftlichen Kriterien beruht, die eine Differenzierung nach qualitativen Kriterien praktisch ausschließt. Damit würde gegen Art. 8 Abs. 2b DV verstoßen werden.

Dem könnte man entgegenhalten, dass ein Provisionsdeckel jedenfalls die Vermittlung eines den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden nicht entsprechenden Produkts mit höherer Provision ausschließt. Diesem Einwand ist zunächst einmal entgegenzuhalten, dass die Einführung eines Provisionsdeckels die Antwort auf die Frage, welches Produkt den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden am besten entspricht, nicht mehr erlaubt. Jedenfalls könnte man aus der Höhe der jeweiligen Provision (beim Versicherungsberater wäre es das Honorar) nicht mehr entnehmen, ob die Provision/das Honorar bei dem einen Produkt höher als bei dem anderen ist, und damit die Frage aufwirft, ob es möglicherweise nur wegen der Provision empfohlen wird, obwohl ein anderes Versicherungsprodukt den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechen würde. Diese nach den Zielsetzungen der Richtlinie grundlegende Intention der IDD würde durch einen Provisionsdeckel ins Gegenteil verkehrt werden. Die Vertriebsanreize wären bei jedem Versicherungsprodukt gleich, das heißt es bestünde für den Versicherungsvertreiber nicht einmal mehr die theoretische Möglichkeit unterschiedliche Anreizwirkungen aus unterschiedlich hohen Provisionen/Honoraren abzuleiten.

Vor allem aber würde ein Provisionsdeckel die Umsetzung der Wohlverhaltenspflichten der IDD in das deutsche Recht völlig konterkarieren. Während die IDD

und das deutsche Recht (seit dem 23.02.2018) davon ausgehen, dass es den Versicherungsvertreibern gelingen wird, eine Vergütungspolitik zu entwickeln, die mit ihrer Pflicht im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln nicht kollidiert, würde die Einführung eines Provisionsdeckels davon ausgehen, dass kein Versicherungsvertreiber in der Lage ist, diese Pflicht tatsächlich zu erfüllen. Der Gesetzgeber würde die Möglichkeit eine Vergütungspolitik zu konzeptionieren, die im bestmöglichen Interesse der Kunden läge, gar nicht erst zulassen. Der Gesetzgeber würde damit den erklärten Zielen der IDD (Art. 17/29) zuwiderhandeln, indem er nämlich unterstellte, dass es den Versicherungsvertreibern bei unterschiedlich hohen Provisionssätzen für unterschiedliche Lebensversicherungen nicht gelingen wird, stets ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln.

Auf die **zweite Frage** ist deshalb zu antworten, dass ein Provisionsdeckel für jede Art der Lebensversicherung, die in Art. 17/29 angelegten Grundziele der IDD konterkarieren würde. Ein solcher Provisionsdeckel würde es den Unternehmen letztlich unmöglich machen auf der Grundlage von Qualitätskriterien für ihre Produkte eine eigenständige Vergütungspolitik zu entwickeln. Es wäre nicht mehr möglich das beste Produkt mit einer attraktiven Vergütung zu versehen, um beispielsweise dafür zu sorgen, dass die Qualitätskriterien dieses Produktes den Kunden vom Vermittler/Berater in besonderer Weise näher gebracht werden. Die besten Produkte würden sich, mit anderen Worten, nicht mehr am Markt durchsetzen können, weil kein Anreiz dafür bestünde, sich mit den Qualitätskriterien der unterschiedlichen Produkte und ihren unterschiedlichen Wirkweisen bei verschiedenen Kundengruppen auch nur auseinander zu setzen. Das Verbraucherschutzniveau würde mit Blick auf Lebensversicherungen drastisch sinken.

Ein Provisionsdeckel würde somit eine Informationsasymmetrie in den Lebensversicherungsmarkt bringen, die letztlich dazu führen würde, dass die Produkte bei gleichbleibender Provisionsdeckelung immer schlechter würden – es würde eine Qualitätsabwärtsspirale entstehen – im schlimmsten Falle würden die Lebensversicherungsmärkte zusammenbrechen.<sup>19</sup>

**Im Ergebnis** ist festzuhalten, dass der von der deutschen Bundesregierung geplante Provisionsdeckel für Lebensversicherungen jeder Art die Grundziele der IDD durch eine anreizkompatible Vergütungspolitik den Verbraucherschutz zu verbessern ins Gegenteil verkehren würden. Sollte die Bundesrepublik Deutschland den Provisionsdeckel in der Lebensversicherung tatsächlich einführen, so würde dies **richtlinienwidrig** sein. Dies würde die Kommission berechtigen ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gegen die Bundesrepublik Deutschland einzuleiten. Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler, die sich weigern würden, dem Provisionsdeckel Folge zu leisten, würden in daraus möglicherweise resultierenden gerichtlichen Verfahren die Entscheidung des EuGH im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV verlangen können.

### 3) **Fehlende Kompetenznorm**

**Ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen:** Ein Provisionsdeckel, so wie er von der Bundesrepublik Deutschland geplant ist, wäre auch schon aus **formellen Gründen mit der IDD-Richtlinie nicht zu vereinbaren**. Diese Richtlinie richtet sich an die Versicherungsvertreiber, soweit es um ihre Vertriebstätigkeit geht. Sie zielt darauf, die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit von Versicherungsunternehmen in der Gemeinschaft und den freien Dienstleistungsverkehr zu erleichtern. Sie ist deshalb auf Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV gestützt. Ein Provisionsdeckel erleichtert aber nicht die Ausübung der Tätigkeit eines Versi-

---

<sup>19</sup> *George Akerlof, The Market for Lemons – Quality uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics, 1970, S. 488.*

cherungsunternehmens und den freien Dienstleistungsverkehr – im Gegenteil – beides wird erschwert und behindert.

Ob es überhaupt irgendeine Kompetenznorm gibt, die es erlauben würde, einen Provisionsdeckel für Versicherungsvertreiber und damit nicht nur für Vermittler sondern auch für Versicherungsunternehmen, zuzulassen, darf bezweifelt werden, denn Art. 114 AEUV lässt die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten dann und nur insoweit zu, als diese die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Davon kann bei dem hier diskutierten Provisionsdeckel allerdings keine Rede sein. Ganz im Gegenteil, ein Provisionsdeckel würde das Auseinanderbrechen des Binnenmarktes und eine erhebliche Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Binnenmarktes bewirken.

#### 4) **Strengere Regulierung?**

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die **IDD nur auf eine Mindestharmonisierung** abzielt. Sie sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, strengere Bestimmungen zum Zweck des Verbraucherschutzes beizubehalten oder einzuführen.<sup>20</sup> Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass diese (strengerer) Bestimmungen mit dem Unionsrecht, einschließlich der IDD, in Einklang stehen müssen.

Es wurde im Vorstehenden dargestellt, dass ein etwaiger Provisionsdeckel für alle Versicherungsvertreiber von Lebensversicherungen jeder Art mit den Grundzielen der IDD nicht in Einklang stünde. So gesehen erweist sich der geplante Provisionsdeckel auch nicht als strengere Bestimmung im Sinne der IDD, da er in Wirklichkeit das Verbraucherschutzniveau nicht erhöht, sondern mindert.

---

<sup>20</sup> So Erwägungsgrund 3 ausdrücklich.

Aus diesen Gründen ist auch eine Vereinbarung eines Provisionsdeckels mit anderen (primärrechtlichen) Bestimmungen des Unionsrechtes nicht naheliegend, denn die Grundziele der Richtlinie – Verbesserung des Verbraucherschutzniveaus und Verbesserung der Marktintegration in Europa – sind zugleich mit den Grundzielen des europäischen Primärrechts kompatibel.

## **II) Die Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit dem europäischen Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs und den Wettbewerbsregeln**

### **1) Grundsätze**

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind im Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet (Art. 119 Abs. 1 AEUV). Dadurch wird ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert (Art. 120 AEUV). Der Binnenmarkt, wie er in Art. 3 EUV beschrieben wird, umfasst folglich ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt (Protokoll Nr. 27).

Zur Um- und Durchsetzung des Prinzips eines freien, unverfälschten Wettbewerbs sorgen auch die **Wettbewerbsregeln** der Art. 101-108 AEUV. Freier unverfälschter Wettbewerb ist nur möglich, wenn Unternehmen den Wettbewerb nicht beschränken (Art. 101 AEUV) oder ihre beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt missbrauchen (Art. 102 AEUV). Infolgedessen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet auch öffentlichen Unternehmen keine Rechte zu gewähren, die den Wettbewerbsregeln widersprechen (Art. 106 Abs. 1 AEUV). Gewisse, eng begrenzte Ausnahmen bestehen für Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen (Art. 106 Abs. 2 AEUV). Um den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art verboten (Art. 107 Abs. 1 AEUV).

## 2) Der Schutz des freien, unverfälschten Wettbewerbs (Art. 119, 120 AEUV)

Der Schutz des freien, unverfälschten Wettbewerbs ist im Europäischen Gemeinschaftsrecht deshalb verankert und rechtlich geschützt, weil er für alle Beteiligten, auch für die Verbraucher, die besten, ihre Wünsche und Bedürfnisse optimierenden, Ergebnisse gewährleistet. Erst freier und unverfälschter Wettbewerb legt den Wert einer Marktleistung – zum Beispiel der Beratungsleistung eines Versicherungsvermittlers – offen. Als Folge hiervon kann der umworbene Kunde darüber entschieden, ob er Informationen und Beratungsdienstleistungen benötigt und welchen Preis er bereit ist dafür zu zahlen. Umgekehrt signalisiert der Preis dem Anbieter der Dienstleistung, ob er bereit ist dafür tätig zu werden. Angebot und Nachfrage und der aus der Knappheitssituation resultierende Preis sind somit die entscheidenden und unverzichtbaren Parameter, um die einer Marktwirtschaft immanenten Wohlfahrtssteigerungen sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager und für den Prozess des technischen Fortschritts auszulösen. Die Ökonomen sprechen in diesem Zusammenhang von den wohlfahrtssteigernden Funktionen des Wettbewerbs.<sup>21</sup>

Diese Erkenntnisse sind grundlegend für das Verständnis des Systems des unverfälschten Wettbewerbs im Europäischen Binnenmarkt. Sie belegen die über viele Jahrhunderte gewachsene Erfahrung, dass freier und unverfälschter Wettbewerb nicht nur die Anbieter, sondern auch die Verbraucher vor Diskriminierung und Ausbeutung schützt, jedenfalls dann, wenn es der Wirtschaftspolitik gelingt, die geeigneten Anreize zu setzen, sodass auch das Verhalten eigennützig motivierter Individuen im Marktprozess den jeweiligen Wertvorstellungen entspricht.<sup>22</sup> Hier liegt der Grund für die Wohlverhaltens- und Transparenzregelungen der IDD, die inzwischen, wie oben beschrieben, in das deutsche Recht umgesetzt wurden.

---

<sup>21</sup> *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Aufl., 2010, ab S. 13, unter Hinweis auf die grundlegende Arbeit von Adam Smith (1776), *An Inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*.

<sup>22</sup> *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Aufl., 2010, S. 17.

Deshalb müssen Versicherer und Vermittler bei ihrer Vertriebstätigkeit stets ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse der Versicherungsnehmer handeln. Dies können sie allerdings nicht, wenn der Preis für ihre Vermittlungstätigkeit gleichgeschaltet (gedeckelt) ist, denn dadurch wird der Wettbewerb um die Qualität der Vermittlungsleistung unmöglich. Ganz gleichgültig ob sich der Vermittler um die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden intensiv oder nur oberflächlich kümmert – er wird auch für jede unteroptimale, sogar schlechte Leistung, in gleicher Weise belohnt. Es gibt für ihn keinen Anreiz seine Leistungsfähigkeit gegenüber dem Kunden zu verbessern. Zugleich gibt es für die Versicherer keinen Grund besonders gute, den Wünschen und Bedürfnissen eines bestimmten Kunden entsprechende Produkte zu entwickeln, weil der Vermittlungserfolg in jedem Fall gleich vergütet wird. Es entsteht aufgrund dieser wettbewerblichen Gleichschaltung letztlich eine **Qualitätsabwärtsspirale**, die im Wettbewerb nicht die besten, sondern die schlechtesten Produkthanbieter belohnt.<sup>23</sup>

Preisregulierung, auch im Sinne eines Höchstpreisdeckels, entmachtet somit den Verbraucher, weil dieser nicht mehr durch seine Nachfrage und sein Verhalten die Bereitstellung des für ihn optimalen Angebotes steuern kann. Eine Preisregulierung ist in einer Marktwirtschaft deshalb dann und nur dann erlaubt, wenn der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist, etwa auf den Märkten für Energie- oder Wassernetze, weil es dort zu teuer wäre durch den Bau einer Vielzahl von Parallelnetzen Wettbewerb zwischen den Netzen zu eröffnen. Dies ist der Grund für die Regulierung der Wasser- und der Energienetznutzungspreise. Anhaltspunkte dafür, dass es ein vergleichbares Marktversagen bei Versicherungsvermittlungsleistungen gibt, bestehen nicht. Viele hundert Anbieter konkurrieren mit unterschiedlichsten Produktgestaltungen um den Kunden. Die Kunden ihrerseits haben die Wahl sich an mehr als 160.000 gebundene Vertreter oder an ca. 45.000

---

<sup>23</sup> George Akerlof, The Market for Lemons – Quality uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics, 1970, S. 488.

unabhängige Versicherungsmakler oder an ca. 330 Versicherungsberater zu wenden. Der Wettbewerb ist frei und funktionsfähig.

Die Tatsache, dass der Versicherungsvermittler die Produkte besser kennt als der Versicherungsnehmer ist unbestreitbar und hat in den letzten zwei Jahrzehnten zu einer Fülle von Informationspflichten geführt, die Versicherer und Vermittler gegenüber den Kunden zum Abbau der Informationsasymmetrie zu bewältigen haben.

Der Kunde muss beispielsweise vor Beginn des Beratungsgesprächs erfahren, ob der Vermittler ein gebundener Vertreter oder ein unabhängiger Versicherungsmakler oder Berater ist. Er muss über die Art und Höhe der Vergütung informiert werden. Er muss erfahren, ob der Vermittler vom Versicherer eine Provision erhält und diese Teil der „Bruttoprämie“ ist oder ob er möglicherweise eine Nettopolice erwirbt mit der Folge, dass er mit dem Vermittler für dessen Vergütung ein Honorar zu vereinbaren hat. Der Versicherungsmakler muss offenlegen, welchen Marktüberblick er hat und mit welchen Unternehmen er zusammenarbeitet. Der Versicherer muss gegenüber seinen Angestellten und an ihn gebundenen Vertretern eine Vergütungspolitik entwickeln, die keinen Anreiz bietet dem Kunden ein Produkt anzubieten, obwohl ein anderes den Bedürfnissen des Kunden besser entspräche. Versicherer und Vermittler müssen stets ehrlich, redlich und professionell in bestmöglichem Interesse des Versicherungsnehmers handeln. Tun sie es nicht, so sind sie zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 6 Abs. 5, 63 VVG).

Mithilfe dieser, teilweise durch die IDD mit Wirkung 23.02.2018 neu gestalteten rechtlichen Rahmenordnung, will der Europäische Gesetzgeber das Problem der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Kunden und Versicherungsvertreiber überwinden.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Vertiefend zu den konzeptionellen Möglichkeiten der Überwindung des Marktversagen bei asymmetrischer Information: *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Aufl., 2010, S. 247-286.

Eines jedenfalls ist ökonomisch gesichert – ein etwaiges Marktversagen durch asymmetrische Information, wie es zwischen Versicherungsvertreibern und Kunden bestehen könnte, ist nicht durch Preisdeckelung lösbar. Im Gegenteil: Preisregulierung würde die Informationsintransparenz deutlich verschärfen, weil nunmehr der Preis als Indikator für gute, angemessene oder unteroptimale Vermittlungsleistungen wegfielen. Der Kunde hätte keinen Grund mehr, nach dem für ihn besten Berater zu suchen, da jeder Berater die gleichen Kosten verursachen würde. Aus der Sicht der Berater gäbe es überhaupt keinen Anreiz mehr die individuellen Wünsche und Bedürfnisse der Kunden in den Mittelpunkt ihrer Bemühungen zu stellen, da der Mehraufwand in keinem Falle belohnt würde.

Hiervon ausgehend kann es nicht verwundern, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) schon seit langem den Gedanken des freien, unverfälschten Wettbewerbs als **Rechtsprinzip** immer wieder betont. So verweist der EuGH am 21.02.1973 in der Entscheidung *Continental Can*<sup>25</sup> auf den damaligen Art. 3f des Europäischen Vertrages, der heute wortgleich in das Protokoll Nr. 27 überführt ist. Schon damals umfasste die Tätigkeit der Gemeinschaft die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützen sollte. Das Vorbringen der KlägerInnen, so der EuGH, diese Bestimmung enthalte nur einen allgemeinen, rechtlich unverbindlichen Programmsatz, verkenne, dass Art. 3f EGV die Verfolgung der Ziele, die er aufstelle, als unerlässlich für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft ansehe. Wenn aber Art. 3f EGV die Errichtung eines Systems vorsähe, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schütze, so fordere er erst recht, dass der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werde.<sup>26</sup> Dieses Erfordernis ist so wesentlich, dass bei seinem Fehlen zahlreiche Vertragsvorschriften gegenstandslos wären. Es entspricht überdies dem Gebot des Art. 2 EGV (heute

---

<sup>25</sup> EuGH v. 21.02.1973 – Rs. 6/72 BeckRS 2004, 37395; vertiefend *Birk*, Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Nomos, 2000, passim; *Schwintowski*, Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, *RablesZ* 58 (1994), 232, 241f.

<sup>26</sup> EuGH a.a.O. Rn. 24.

Art. 3 EUV) demzufolge die Gemeinschaft die Aufgabe habe „eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft ... zu fördern“.<sup>27</sup> Heute ist in Art. 3 Abs. 3 EUV von einer nachhaltigen Entwicklung Europas und einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft die Rede. Die Grundsätze der *Continental Can* Entscheidung hat der EuGH am 29.10.1980 im Fall *Maizena* bekräftigt.<sup>28</sup>

Ganz im Sinne dieser Grundsätze hat der EuGH in vielen Fällen die Unzulässigkeit von Höchstpreisen entschieden. Am 26.02.1976<sup>29</sup> ging es um national bestimmte Höchstpreise im Zuckersektor. Es ist zutreffend, dass es im Versicherungsbereich keine Regularien gibt, die der gemeinsamen Agrarpolitik ähnlich sind. Dennoch ist die generelle Aussage des Gerichtshofs von Bedeutung, dass sich jedenfalls keine strenge Unterscheidung zwischen Höchstpreisen für die Verbraucherebene und Höchstpreisen für vorhergehende Handelsstufen treffen lassen, weil die Gefahr bestehe, dass eine Preisregelung auf der einen Stufe auf die jeweils andere durchschlage.<sup>30</sup>

In der Entscheidung vom 29.11.1983<sup>31</sup> ging es um pharmazeutische Erzeugnisse, die in die Niederlande eingeführt wurden. Durch nationale Regelungen wurde den Importeuren untersagt die Arzneimittel zu einem höheren Preis zu verkaufen als vor einem bestimmten Datum im Ursprungsland. Eine solche nationale Regelung, so der EuGH, verstoße gegen die Freiheit des Warenverkehrs (heute Art. 34 AEUV) und sei deshalb nichtig. Das Urteil zeigt, dass der Gerichtshof Preisbeschränkungen, mit dem Ziel den Wettbewerb zu verfälschen, nicht duldet. Insofern besteht eine direkte Beziehung zum geplanten Preisdeckel in Deutschland.

---

<sup>27</sup> EuGH a.a.O. Rn. 24.

<sup>28</sup> EuGH v. 29.10.1980 – Rs. 139/79, BeckRS 2004, 71595, ab Rn. 22; erneut EuGH v. 07.02.1985 – Rs. 240/83, BeckRS 2004, 72561.

<sup>29</sup> EuGH v. 26.02.1976 – Rs. 88/75, BeckRS 2004, 73840 *Höchstpreise Zucker*.

<sup>30</sup> EuGH a.a.O. Rn. 12/14.

<sup>31</sup> EuGH v. 29.11.1983 – Rs. 181/82, BeckRS 2004, 72056 *Arzneimittelpreise*.

Auch eine nationale Regelung, nach der die Behörden Mindestpreise für den Einzelhandelsverkauf von Treibstoffen festsetzen, ist mit den Grundprinzipien des freien unverfälschten Wettbewerbs im Europäischen Vertrag nicht vereinbar.<sup>32</sup> Ebenso beschränkt eine nationale Regelung, die Importeuren deutschsprachiger Bücher untersagt, einen vom Verleger im Verlagsort festgesetzten oder empfohlenen Letztverkaufspreis zu unterschreiten, den Wettbewerb und verstößt gegen die Warenverkehrsfreiheit.<sup>33</sup>

Das gilt ferner für eine nationale Regelung nach der die Preise im gewerblichen Güterkraftverkehr nicht unter den Mindestbetriebskosten liegen dürfen, die von einer Stelle festgelegt werden, die sich im Wesentlichen aus Vertretern der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zusammensetzt.<sup>34</sup>

Umgekehrt sind nationale Regelungen erlaubt, wenn sie den Einzelhändlern **verbieten** Tabakwaren zu einem **Einheitspreis** zu verkaufen, der unter dem Preis liegt, der den Hersteller oder der Importeur auf dem an den Waren angebrachten Steuerzeichen angegeben hat.<sup>35</sup> Der Gerichtshof betont, dass die Vorschriften über die Verbrauchssteuer auf Tabakwaren nicht die Erfordernisse des freien Wettbewerbs beeinträchtigen dürfen.<sup>36</sup>

Schließlich ist eine nationale Regelung, die vorsieht, dass für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festgesetzt werden, wettbewerbswidrig und wegen Beschränkung des freien Warenverkehrs nichtig.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> EuGH v. 29.01.1985 – Rs. 231/83, BeckRS 9998, 99851; v. 25.09.1985 – Rs. 1/84, BeckRS 2004, 71240.

<sup>33</sup> EuGH v. 30.04.2009 – C-531/07, BeckRS 2009, 70467, *Buchpreisbindung Österreich*.

<sup>34</sup> EuGH v. 04.09.2014 – C-184/13, BeckRS 2014, 81725.

<sup>35</sup> EuGH v. 21.09.2016 – C-221/15, BeckRS 2016, 82351, *Höchstpreis von Tabakwaren*.

<sup>36</sup> EuGH a.a.O. Rn. 26.

<sup>37</sup> EuGH v. 19.10.2016 – C-138/15, juris.

### 3) Der Verstoß gegen Art. 101, 102 AEUV

Hierneben stehen jene Entscheidungen des EuGH, in denen nationale Regelungen Unternehmen begünstigen, ein nach dem Wettbewerbsregeln verbotenes Verhalten zu praktizieren. Genau dies würde der deutsche Gesetzgeber tun, wenn er einen Preisdeckel für die Vermittlung von Lebensversicherungen jeder Art durch Versicherungsvertreiber jeder Art einführen würde. Es würde nämlich durch einen solchen Preisdeckel ein gesetzlich quasi vorgeschriebenes Höchstpreiskartell (Art. 101 Abs. 1 AEUV) entstehen und zugleich würden die Verhaltensweisen von sämtlichen Versicherungsvertreibern durch einen solchen Preisdeckel gebündelt werden, das heißt es entstünde eine marktbeherrschende Position, die zulasten aller Marktakteure ausgenutzt werden würde (Art. 102 AEUV).

Bereits am 16.11.1977<sup>38</sup> hat der EuGH klargestellt, dass es den Mitgliedstaaten aus der Perspektive des freien, funktionsfähigen Wettbewerbs im Binnenmarkt verboten ist, den Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen zu begünstigen, sodass diese Unternehmen für den Verkauf an den Verbraucher festgesetzte Preise durchsetzen könnten. Genau diese Situation droht den deutschen Verbrauchern, wenn der Preisdeckel in der Lebensversicherung flächendeckend durchgesetzt würde.

Das gleiche gilt, wenn ein Arbeitsvermittlungsmonopol die tatsächliche Ausübung von Vermittlungstätigkeiten durch private Unternehmen unmöglich macht, insbesondere wenn sich die Vermittlungstätigkeit auch auf Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedstaaten erstrecken könnte.<sup>39</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der vom deutschen Gesetzgeber geplante Provisionsdeckel sich auf die Vermittlungstätigkeiten von Angehörigen anderer Mitglied-

---

<sup>38</sup> EuGH v. 16.11.1977 – Rs. 13/77, BeckRS 2004, 71500.

<sup>39</sup> EuGH v. 23.04.1991 – C-41/90, NZA 1991, 447.

staaten erstrecken würde. Ein Vermittler beispielsweise aus den Niederlanden, Österreichs oder Dänemarks, der grenznah tätig ist, wäre durch einen solchen Deckel in seiner Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt. Dabei würde es keine Rolle spielen, ob das Produkt, das der Vermittler anbietet möglicherweise im deutschen Markt von anderen Anbietern nicht angeboten wird, sodass die Nachfrage auf dem Markt nach diesem Produkt nur über ihn befriedigt werden könnte.

Schließlich hat der EuGH am 09.09.2003<sup>40</sup> entschieden, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde, die das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) zu überwachen hat, nationale Rechtsvorschriften nicht anwenden darf, wenn diese den Kartellverstoß vorgeschrieben oder erleichtert haben– dies gilt ganz besonders mit Blick auf die Festlegung von Preisen.

Wendet man diese Gedanken auf den vom deutschen Gesetzgeber geplanten Provisionsdeckel an, so zeigt sich, dass er den Versicherungsvertreibern damit ein gesetzliches Höchstpreiskartell für Vermittlerentgelte in der Lebensversicherung vorschreiben würde. Dieses Kartell würde den Wettbewerb zwischen den Versicherern um Vermittlerdienstleistungen ebenso beschränken wie den Wettbewerb zwischen den Vermittlern und den Wettbewerb im Verhältnis zu den Verbrauchern. Die darin angelegte Wettbewerbsbeschränkung dürfte, so der EuGH, von den nationalen Wettbewerbsbehörden nicht beachtet werden. In gleicher Weise dürften die gebundenen Unternehmen diese kartellrechtswidrigen nationalen Vorschriften nicht beachten, das heißt der geplante deutsche Provisionsdeckel wäre von vornherein nach Art. 101 Abs. 2 AEUV **nichtig**.

### **III) Die Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit Art. 4 Abs. 3 EUV**

Nach Art. 4 Abs. 3 EUV unterlassen die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten (**Standstill Gebot**).

---

<sup>40</sup> EuGH v. 04.09.2014 – C-198/01, BeckRS 2004, 74876, *Fiammiferi*.

Wie eben schon betont, entspricht es einer langen Rechtsprechungstradition des EuGH, wonach es den Mitgliedstaaten verboten ist, Maßnahmen auch in Form von Gesetzen und Verordnungen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.<sup>41</sup>

Es liegt eine Verletzung von Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV vor, wenn ein Mitgliedstaat, wie hier Deutschland, gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder, wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.<sup>42</sup> Der Gerichtshof zitiert in diesem Zusammenhang weitere Entscheidungen, bei dem der Mitgliedstaat (Italien) versucht hatte den Regelungen ihren staatlichen Charakter zu nehmen, indem er die Entscheidung über die Kartellierung Vertretern der Wirtschaft überließ.

Fragen dieser Art würden sich in vorliegendem Falle mit Blick auf den von Deutschland geplanten Provisionsdeckel nicht stellen. Der deutsche Provisionsdeckel würde unmittelbar zu einem Vermittlungshöchstpreiskartell für alle Versicherungsvertreiber im Bereich der Lebensversicherung führen. Zugleich wären alle Verbraucher gebunden und dem Kartelldeckel ausgesetzt. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass ein Höchstpreisdeckel variierende Preise unterhalb des Deckels zulässt. Dieser (theoretisch) mögliche Wettbewerb ändert nichts an der Deckelung zum Höchstpreis. Der Wettbewerb ist in jedem Falle oberhalb des Deckels beschränkt. Tatsächlich ist er auch unterhalb des Deckels

---

<sup>41</sup> EuGH v. 04.09.2014 – C-184/13, C-185/13, BeckRS 2014, 81725, *Minimaltarife im Straßengütertransport*, unter Hinweis auf die Urteile *Cipolla* u. a. C-94/04 und C-202/04, *ECLI:EU:C:2006:758*, Rn. 46 und *Sbarigia* C-393/08 *ECLI:EU:C:2010:388*, Rn. 31, EuGH v. 21.09.1988 – Rs. 267/86, *Slg.* 1988, 4769, Rn. 16, *Van Eycke*; EuGH v. 17.11.1993 – C-2/91, BeckRS 2004, 74898, *Meng*.

<sup>42</sup> EuGH v. 04.09.2014 – C-184/13, C-185/13, BeckRS 2014, 81725, Rn. 29, unter Hinweis auf weitere Entscheidungen.

beschränkt, weil es für die beteiligten Verkehrskreise keinen nachvollziehbaren wirtschaftlichen Anreiz gibt, Preise unterhalb des Höchstpreises festzulegen.<sup>43</sup>

Festzuhalten ist, dass der EuGH maßgeblich auf einen Verstoß des Staates gegen Art. 4 Abs. 3 EUV zumindest dann abstellt, wenn den Unternehmen – wie hier – ein Verhaltensspielraum verbleibt. Der Verhaltensspielraum ergibt sich vorliegend aus der Höchstpreisbindung, die es zulässt, unterhalb des Höchstpreises individuelle Preisregelungen zu treffen.<sup>44</sup> Es kann deshalb mit Blick auf den Provisionsdeckel, den die deutsche Bundesregierung plant, offen bleiben, ob der Europäische Vertrag, wegen der Grundprinzipien auf denen er beruht, insbesondere den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen (Protokoll Nr. 27) überhaupt eine einschränkende Auslegung von Art. 4 Abs. 3 EUV erlaubt.<sup>45</sup>

#### **IV) Vereinbarkeit eines Provisionsdeckels mit der Europäischen Dienstleistungsfreiheit**

##### **1) Grundsätze**

Nach Art. 56 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union verboten. Die Konzeptionierung von Versicherungsprodukten und ihr Vertrieb beruht auf kaufmännischen und gewerblichen Tätigkeiten – deshalb fallen diese Tätigkeiten unter Art. 57 AEUV.<sup>46</sup>

Der Gerichtshof betonte im Urteil vom 04.12.1986, das Grundlage für die marktöffnenden Richtlinien des Jahres 1994 wurde, zunächst, dass die Vorschriften

---

<sup>43</sup> EuGH v. 30.01.1985 – Rs. 123/83, Slg. 1985, 391, Rn.22, *BNIC/CLAIRE*; Kommission, Entscheidung v. 30.07.1992, ABl. 1992, Rn. L 246/37, Rn. 20; v. 30.06.1993, ABl. 1993 Nr. L 203/27, Rn. 45.

<sup>44</sup> Vertiefend *Wagner*, Die Verantwortlichkeit des Staates für Wettbewerbsbeschränkungen durch Gesetz in föderalen Systemen, WuW 2003, 454, 472.

<sup>45</sup> Zweifelnd und ablehnend *Wagner*, a.a.O., WuW 2003, 454, 472; ähnlich *Schwintowski*, a.a.O., *RabelsZ* 1994, 232, 245f.

<sup>46</sup> EuGH v. 04.12.1986 - Rs 205/84, *VersR* 1986, 1225; dazu *Schwintowski*, Europäisierung der Versicherungsmärkte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, *NJW* 1987, 521.

über die Dienstleistungsfreiheit nach Ablauf der Übergangszeit der Europäische Verträge (31.12.1969) *unmittelbar* anwendbar geworden sind, ohne dass ihre Anwendbarkeit von der Harmonisierung oder Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten abhängig sei. Eingeleitet wurde die Doktrin der **unmittelbaren Wirkung** der Europäischen Grundfreiheiten bereits durch die Entscheidung *van Gend&Loos* vom 05.12.1963.<sup>47</sup> Erstmals wurden den Unternehmen und natürlichen Personen eigenständige *subjektive* Unionsrechte auf der Grundlage des damals noch sog. EWG-Vertrages eingeräumt. Diese Rechtsprechung vertiefte der EuGH bereits im Jahre 1964 im Fall *Costa/ENEL*<sup>48</sup>. Mit Blick auf die Grundfreiheiten stellte der Gerichtshof unmittelbar nach Ablauf der Übergangszeit (31.12.1969) klar, dass diese zugunsten der Marktbürger *unmittelbar anwendbar* sind.<sup>49</sup> Seither können Unternehmen und natürliche Personen der Union geltend machen, durch nationale Vorschriften – zum Beispiel durch einen Provisionsdeckel in der Lebensversicherung – in ihren europäischen Freiheitsgrundrechten unzulässig beschränkt zu sein. Damit ist der **Vorrang des Gemeinschaftsrechts** konzeptionell, auch für die Dienstleistungsfreiheit zu entwickeln.

Dabei herrscht Einigkeit darüber, dass Versicherungsunternehmen das Geschäft im Wege der *echten Korrespondenzversicherung* ohne Wenn und Aber erbringen dürfen.<sup>50</sup>

## 2) Grenzen der Dienstleistungsfreiheit – Gebhard-Formel

Im Jahre 1995 hat der EuGH im Fall *Gebhard* eine Formel entwickelt, wonach nationale Maßnahmen (hier: Provisionsdeckel), die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten hindern können in nicht-diskriminierender Weise

---

<sup>47</sup> EuGH v. 05.02.1963 - Rs. 26/62, NJW 1963, 974, *van Gend&Loos*.

<sup>48</sup> EuGH 15.07.1964 - Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251.

<sup>49</sup> Beginnend für die Warenverkehrsfreiheit EuGH v. 11. Juli 1974, Slg. 1974, 837, juris, *Dassonville*.

<sup>50</sup> So ausdrücklich §§ 57 Abs. 1, 59, 61 VAG.

angewandt werden dürfen, wenn (a); sie zwingenden Gründen des allgemeinen Interesses entsprechen (b); sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten (c) und sie nicht über das hinausgehen, was zu Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (d).<sup>51</sup>

#### **a) Nicht-Diskriminierung**

Es wird für die folgenden Überlegungen davon ausgegangen, dass der vom deutschen Gesetzgeber geplante Provisionsdeckel für die Lebensversicherung jeder Art, die im Inland zugelassen sind und solchen, die vom EU-Ausland aus agieren **nicht** differenzieren wird. So gesehen würde der nationale Provisionsdeckel in- wie ausländische Versicherungsunternehmen gleichermaßen treffen. Niederländische, französische, österreichische oder auch dänische Versicherungsunternehmen, die Lebensversicherungen für das deutsche Publikum entwickeln und anbieten würden, dürften Vermittlern keine Provisionen oberhalb des Deckels offerieren. In- und EU-ausländische Versicherer, würden ebenso gleichermaßen vom Provisionsdeckel betroffen sein wie In- und EU-Ausländische Vermittler dieser Lebensversicherungen.

Insoweit würden deutsche und EU-ausländische Versicherer/Vermittler gleichbehandelt, also nicht diskriminiert sein.

#### **b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses**

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein; es handelt sich um einen ungeschriebenen aber allgemein anerkannten Rechtfertigungsgrund.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> EuGH v. 30.11.1995 - Rs I-4165, NJW 1996, 579, *Gebhard*; seither vielfach bestätigt, vergleiche die umfassenden Nachweise bei *Callies/Ruffert*, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, ab Rn. 71.

<sup>52</sup> EuGH v. 04.12.1986 – 205/84, Slg. 1986, 37, 55, Rn. 33 *Kommission Deutschland*; EuGH v. 25.07.1991 – C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rn. 15 *Säger*; EuGH v. 28.04.1998 – C-118/96, Slg. 1998, I-1897, Rn. 22, *Safir*;

Grundsätzlich liegt es im Ermessen eines jeden Mitgliedstaats, die von ihm verfolgten Allgemeininteressen zu definieren. Allerdings darf dadurch die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, die nach Art. 56 AEUV garantiert ist, nicht aufgehoben werden.<sup>53</sup> So hat der EuGH 1986 mit Blick auf die Versicherungsmärkte klargestellt, dass der Zwang, Bedingungen und Tarife einer aufsichtsbehördlichen *Zulassungskontrolle* zu unterwerfen angesichts der bestehenden Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Allgemeininteresse erforderlich sei, um so den notwendigen Verbraucherschutz vor allem in den Massensparten zu gewährleisten. Für die Mitversicherung – eine Form der gewerblichen Versicherung – galt dies nicht mehr. Hier seien die Beteiligten in der Lage, die ihnen angebotenen Versicherungspolice selbst zu beurteilen und über sie zu verhandeln.<sup>54</sup>

Schon damals hat aber der EuGH eingeräumt, dass das seit 1994 europaweit überwundene Zulassungserfordernis nur insoweit und deshalb aufrechterhalten werden dürfe, als es aus *Gründen des Schutzes der Versicherten* gerechtfertigt sei. Der Gerichtshof verlangt folglich eine Schutzprüfung im Einzelfall und zwar immer aus der Perspektive der Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer.<sup>55</sup>

Hierauf aufbauend ist heute allgemein anerkannt, dass zwingende Allgemeininteressen aus dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes die Dienstleistungsfreiheit auch auf Versicherungsmärkten einschränken können.<sup>56</sup> Demgegenüber rechtfertigen *rein wirtschaftliche Gründe* die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht.<sup>57</sup> Es handelt sich in diesen Fällen um Zielsetzungen, die etwa

---

*EuGH v. 21.03.2002 – C -451/99, Slg. 2002, I-3193, Rn. 29, Kura Anlagen; EuGH v. 08.06.2017 – C-580/15, ECLI :EU:C :2017:429, Rn. 39, Vanderweegen u. a.*

<sup>53</sup> EuGH v. 04.12.1986 – 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 30-33, *Kommission/Deutschland*.

<sup>54</sup> Vertiefend *Schwintowski*, a.a.O. NJW 1987, 522, 523 unter IV 1 (2).

<sup>55</sup> Vertiefend *Schwintowski*, a.a.O. NJW 1987, S. 521, 525 unter V II m.w.N.

<sup>56</sup> EuGH v. 04.12.1986 – Rs-205/84, Slg. 1986, 37, 55, Rn. 30-33 *Versicherungen*; weitere Nachweise bei *Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 56, Rn. 107 in Fn. 538.

<sup>57</sup> *Müller/Graff* a.a.O. Rn. 108 m.w.N.

einen Schutz vor Konkurrenz oder Konkurrenten bezwecken oder ken.<sup>58</sup> Aus diesen Gründen ist auch ein Schutz von Arbeitnehmern vor Konkurrenz, auch nicht zur Erhaltung des Arbeitsfriedens, rechtfertigungsfähig.<sup>59</sup>

Festzuhalten ist damit, dass aus Sicht des EuGH der vom deutschen Gesetzgeber geplante Provisionsdeckel jedenfalls nicht deshalb zu rechtfertigen wäre, weil auf diese Weise der Wettbewerb zwischen den Versicherern und zwischen den Vermittlern um die jeweilige Vertriebsmarge ausgeschlossen wäre. Eine solche Zielsetzung wäre mit den Grundsätzen des freien Dienstleistungsverkehrs nicht zu vereinbaren. Damit stellt sich die Frage, welche verbraucherschützende Zielsetzungen eine solchen Provisionsdeckel in der Lebensversicherung rechtfertigen könnten.

Aus der Sicht des deutschen Gesetzgebers könnte es darum gehen den Fehlreiz zu vermeiden, Lebensversicherungen nicht im bestmöglichen Interesse der Kunden, sondern stattdessen im Provisionsinteresse des Vermittlers zu vertreiben. Dafür müsste es Anhaltspunkte im deutschen Versicherungsmarkt geben, wonach Lebensversicherungen, bei denen eine höhere Vermittlungsprovision ausgelobt wird, Policen mit einer geringeren Vermittlungsprovision generell vom Markt verdrängen würden.

Anhaltspunkte für eine solche generelle Fehlberatung von Kunden gibt es hingegen **nicht**. Im Gegenteil, brancheninterne Hinweise belegen, dass sich im Bereich Risikoleben die Policen mit den höchsten Provisionen (etwa von der Allianz) **nicht** gegen die Policen, etwa der Hannoverschen Leben oder Cosmos oder anderer Direktversicherer durchsetzen, einfach deshalb, weil die Prämien

---

<sup>58</sup> EuGH v. 26.04.1988 – 352/85, Slg. 1988, 2085, Rn. 34 *Bond Fun Adverteerders* (zu Art. 52 Abs. 1 AEUV); EuGH v. 25.07.1991 – C -288/89, Slg. 1991, I -4007 Rn. 11 *Gouda*; EuGH v. 25.07.1991 – C-353/89 Slg. 1991 I – 4069, Rn. 15 *Mediawet*; EuGH v. 14.11.1995 – C -484/93, Slg., I -3955, Rn. 15, *Svensson und Gustavson*.

<sup>59</sup> EuGH v. 05.06.1997 – C -398/95, Slg., 1997, I -3091, Rn. 23 *SETTGI*; ähnlich EuGH v. 16.01.2003 – C -3088/01, Slg. 2003 I -721, Rn. 22, *Dogen Palast*; EuGH 23.10.2010 – C – 338/09, Slg. 2010 I – 13927, Rn. 51, *Yellow Cab*; vertiefend *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, § 7 Rn. 155.

für die Lebensversicherungen bei den Direktversicherern niedriger sind und das Leistungspaket gut sei. Das heißt, der Wettbewerb funktioniert, der Versicherungsmakler nimmt seine Sachwalterposition zugunsten der Kunden ernst und empfiehlt ihnen das beste Produkt, obwohl er dafür eine niedrigere Provision bekommt.<sup>60</sup>

Hiervon unabhängig, können **Vertreter**, die an ein bestimmtes Unternehmen **gebunden** sind, ohnehin nur die Produkte dieses Unternehmens anbieten. Für sie ist es irrelevant, ob ein Vermittler eines anderen Versicherungsunternehmens dort eine höhere oder eine niedrigere Provision bekommt. Provisionsdifferenzierungen dieser Art können sich somit weder auf den gebundenen Vertreter noch auf den von ihm umworbenen Verbraucher auswirken, da ohnehin nur die Produkte angeboten werden können, die der Gebundene aus seinem eigenen Hause beziehen kann. Mit Blick auf diese – in Deutschland mit Abstand größte Vermittlergruppe<sup>61</sup> – kann ein Provisionsdeckel keine Fehlanreize vermeiden, denn die Vermittler dieser Gruppe können andere Versicherungspolice anderer Anbieter mit möglicherweise höherer Provision nicht anbieten. Das ist der Grund, warum die IDD eine hausinterne Vergütungspolitik einfordert, bei der es möglich bleibt, trotz unterschiedlicher hausinterner Produkte im besten Interesse des Kunden diejenigen zu vermitteln, die seinen Wünschen und Bedürfnissen am nächsten kommen, auch dann, wenn die Provision für den Vermittler möglicherweise niedriger ausfällt. Dieser Gedanke ist heute in §§ 1a, 59 VVG in das deutsche Recht umgesetzt.

Aus der Perspektive der umworbene Verbraucher ist ein Schutzdefizit durch unterschiedlich hohe Vermittlungsentgelte nicht auszumachen. Kein Verbraucher ist gezwungen seine Police bei einem der ca. 170.000 gebundenen Vertreter zu

---

<sup>60</sup> Der Brancheninsider, der diese Informationen geliefert hat, ist dem Verfasser namentlich bekannt.

<sup>61</sup> Die Anzahl der gebundenen Vertreter schwankt um 170.000, die der Versicherungsvertreter mit Erlaubnis um 30.000, die der Versicherungsmakler um 45.000, die der produktakzessorischen Vertreter liegt bei etwa 2900, die der produktakzessorischen Versicherungsmakler um 130 und die der Versicherungsberater um etwa 300 (Schätzungen anhand der Registrierungen anhand des Versicherungsvermittlerregisters 2018).

erwerben. Tut er es trotzdem, so weiß er, dass dieser Vertreter nur die Produkte seines eigenen Hauses vertreiben kann. Außerdem weiß er, dass dieser Vertreter mit einer Vielzahl anderer Vertreter und einer Vielzahl anderer Versicherer, die Vermittler an sich binden, konkurriert. Die Konsequenz ist, dass dieser Verbraucher davon ausgehen kann, dass sich die Höhe der Vermittlerentgelte im Wettbewerb bilden.

Eines ist für ihn gewiss: Der Vermittler kann ihm keine Police “empfehlen“, die seinen Bedürfnissen nicht entspricht, demgegenüber aber das Provisionsinteresse des Vermittlers optimiert und zwar deshalb, weil der Kunde weiß, dass der Vertreter die Produkte anderer Versicherer, die möglicherweise eine höhere Provision ausloben, nicht vertreiben kann. Es **fehlt** mit anderen Worten an einem **Schutzbedürfnis** für einen **einheitlichen** Provisionsdeckel.

Aus der Perspektive der die Produkte entwickelnden Versicherer würde eine Provisionsdeckelung dazu führen, den Anreiz zu nehmen, besonders gute, qualitativ hochwertige, individuelle Wünsche und Bedürfnisse von Kunden befriedigende, Policen zu entwickeln und anzubieten. Dies würde sich aus der Sicht des Versicherers wenig lohnen, da er nicht berechtigt wäre, für eine solche besonders hochwertige und möglicherweise beratungsintensive Police eine angemessene, den Beratungsaufwand des Vermittlers berücksichtigende, Provisionierung auszuloben. Aus dieser Perspektive erweist sich der geplante Provisionsdeckel als Eingriff in die Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit, sowohl der ausländischen als auch der inländischen Versicherer, für die es keinerlei Sachgrund gibt. Im Gegenteil, der Wettbewerb um das jeweils bessere Produkt, würde durch einen solchen Deckel grenzüberschreitend zum Erliegen kommen. Dies liegt nicht im Interesse der Verbraucher, die an guten, qualitativ hochwertigen, ihre individuellen Wünsche und Bedürfnisse abbildenden Produkte interessiert sind.

Auch die Versicherungsberater können durch unterschiedlich hohe Provisionen die von Versicherern für ihre Produkte ausgelobt werden, nicht zu Fehlanreizen verführt werden. Sie sind nämlich – aufgrund ihres Status verpflichtet, Provisionen von Versicherern nicht anzunehmen, sondern sich allein vom Kunden direkt honorieren zu lassen. Für einen Versicherungsberater ist es folglich irrelevant, ob Versicherer für ihre Produkte höhere oder niedrigere Provisionen ausloben – diese Provisionen sind den Kunden ohnehin weiterzugeben. Das gilt auch im grenzüberschreitenden Vermittlungsverkehr.

Der Versicherungsberater lässt sich unmittelbar vom Kunden honorieren. Aus seiner Perspektive wäre ein Provisionsdeckel in keinem Falle im Kundeninteresse, denn ein solcher Deckel würde dazu führen, dass auch er individuelle Honorarvereinbarungen nur noch bis zu Grenze des Provisionsdeckels schließen dürfte und zwar auch dann, wenn der Beratungsbedarf für Kunden sehr viel höher läge und der Kunde mit dem Berater einig darüber wäre, dass diese Honorierung sachgerecht ist.

In diesen Fällen hätte ein Provisionsdeckel nicht nur keinen Kundennutzen, sondern würde geradezu das Gegenteil bewirken. Der Berater könnte seine Beratungsdienstleistung dem Kunden nicht mehr anbieten, weil er nicht mehr angemessen honoriert wird. Der Kunde würde für ihn wichtige und von ihm auch gewünschte Beratungsleistungen nicht vereinbaren dürfen, weil der gesetzliche Provisionsdeckel ihn daran hindern würde. Infolgedessen würde der Provisionsdeckel das Gegenteil davon auslösen, was der Kunde benötigt, nämlich eine interessengerechte, seinen individuellen Bedürfnissen und Wünschen entsprechende, sachgerechte Beratungsdienstleistung.

Sehr **ähnlich** ist die Situation auf den **Maklermärkten**. Versicherungsmakler, von denen in Deutschland ca. 45.000 registriert sind – sind unabhängige Sach-

walter des Kunden. Solche unabhängigen Sachwalter gibt es nicht nur in Deutschland sondern auch in anderen Ländern der Europäischen Union.<sup>62</sup>

Makler, die als Sachwalter des Kunden mit einer Vielzahl von Versicherern Courtagevereinbarungen unterhalten, können auf die individuellen Wünsche und Bedürfnisse des Kunden in besonderer Weise deshalb eingehen, weil sie auf eine große Produktvielfalt zurückgreifen können. Der Versicherungsmakler als Sachwalter des Kunden hat gegenüber dem gebundenen Vertreter den Vorteil zugunsten seines Kunden die besten Produkte am Markt vergleichen und dem Kunden anbieten zu können. Dabei kann er, wie der Berater, mit dem Kunden eine Honorarvereinbarung treffen. Sollte er vom Versicherer eine Provision beziehen, so darf er diese ganz oder teilweise dem Kunden zur Leistungserhöhung oder zu Prämienreduktion abgeben (§ 48b Abs. 4 VAG).

Anhaltspunkte dafür, dass die Versicherungsmakler bei Lebensversicherungen den Kunden immer nur die Policen empfehlen, die für sie zur höchsten Provision führen, bestehen nicht. Im Gegenteil, aus brancheninterner Quelle wurde schon oben berichtet, das sich Policen in der Risikolebensversicherung mit der höchsten Provision gegenüber Policen bestimmter Direktversicherer nicht durchzusetzen vermögen, einfach deshalb, weil diese Policen einen besseren Versicherungsschutz bieten.

Hinzukommt, dass Versicherungsmakler, die ihre Kunden fehlerhaft beraten, nach § 63 VVG auf **Schadensersatz** haften. Sie riskieren außerdem, dass der Kunde das Vertrauen in ihre Kompetenz verliert. Das sind zwei Argumente, die für den Versicherungsmakler von existenzieller Bedeutung sind. Er umwirbt den Kunden nicht nur für einen einzigen Versicherungsvertrag und nicht nur ein ein-

---

<sup>62</sup> Zu den Strukturen in anderen europäischen Staaten, wie etwa Skandinavien, Dänemark, den Niederlanden oder Norwegen, vergleiche *Icha*, die Nettopolice, Berliner Reihe Band 43, 2014, ab S. 243; *Schafstädt*, Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt, Berliner Reihe band 46, 2015, ab S. 297; sowie übergreifend *Sonnenberg*, Vertriebskostentransparenz bei Versicherungsprodukten, Berliner Reihe Band 44, 2013, passim.

ziges Mal im Leben, sondern er betreut ihn dauerhaft. Eine solche dauerhafte Betreuungsbeziehung setzt voraus, dass der Versicherungsmakler seinem Kunden seine besondere Marktcompetenz immer wieder vor Augen führt und insbesondere ihn darauf hinweist, dass es besonders gute aber auch weniger gute Produkte gibt und er, der Versicherungsmakler, deshalb dem Kunden Empfehlungen gibt, weil er von der besonderen Qualität des jeweiligen Produktes aus der Sicht des Kunden überzeugt ist.

Sollte der Kunde auch nur ansatzweise bemerken, dass der Versicherungsmakler in Wahrheit provisionsgetrieben beriete, so würde er die Beziehung zu ihm auflösen und dem Versicherungsmakler damit seine Existenzgrundlage – mittelfristig – entziehen.

Würde man dennoch einen **Provisionsdeckel** einführen, so würde dies dem **Kunden** nicht nur nicht nützen, sondern ihn **schädigen**. Zunächst einmal würde der Provisionsdeckel dazu führen, dass es für Versicherer keinen Anreiz mehr gäbe, besonders gute Produkte zu entwickeln und diese mit einer erhöhten Provision den Vermittlern zu Verfügung zu stellen. Der gesamte – oft sehr hohe – Aufwand zur Entwicklung eines neuen an modernen Kundenbedürfnissen orientierten Versicherungsprodukts würde sich nicht refinanzieren, weil der Versicherer für die bestehenden ebenso wie für die neuen Produkte immer nur die gleichen Provisionen ausloben dürfte. Es entstünde die oben schon beschriebene Qualitätsabwärtsspirale, die der amerikanische Ökonom *Akerlof* 1970 beschrieben hat – später ist diese Arbeit mit dem Nobelpreis ausgezeichnet worden.<sup>63</sup>

Auch aus der Perspektive des Versicherungsmaklers selbst würde der Provisionsdeckel nicht etwa dazu führen nunmehr das beste, dem Kundennutzen am stärksten entsprechende, Produkt zu empfehlen. Vielmehr würde ein Provisions-

---

<sup>63</sup> *George Akerlof*, The Market for Lemons – Quality uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, S. 488.

deckel dazu anreizen über diese Frage sehr viel weniger als zuvor nachzudenken, denn unterschiedlich starke Bemühungen um den Kunden, die unterschiedlich viel Zeitaufwand erfordern, würden für den Versicherungsmakler nicht belohnt werden. Da die Provisionen über die gesamte Lebensversicherung prozentual immer gleich wären, gäbe es eine zunehmende Intransparenz bei der Frage, welche Produkte eigentlich passend und gut und welche weniger passend und vielleicht sogar nicht zu empfehlen sein könnten. Diese Intransparenz würde mit der Qualitätsabwärtsspirale einhergehen und letztlich dazu führen, dass der Kunde nicht mehr sicher sein könnte eine seinen individuellen Bedürfnissen entsprechende Beratung zu bekommen. Besonders problematisch wäre es dabei, dass der Kunde noch nicht einmal mit dem Versicherungsmakler über eine unabhängige Honorierung sprechen dürfte. Der Versicherungsmakler könnte also nicht dem Kunden die vom Versicherer ausgelobte (gedeckelte) Provision über § 48b VAG zuweisen und ansonsten ein der Höhe nach individuelles Honorar mit dem Kunden vereinbaren. Daran wäre er durch den Provisionsdeckel, der alle Seiten gleichermaßen binden würde, gehindert.

Diese Wirkungen hätte der Provisionsdeckel für alle Versicherer und alle Vermittler und alle Arten der Lebensversicherungen und zwar nicht nur in Deutschland sondern auch grenzüberschreitend. Das heißt, ein niederländischer oder dänischer Versicherer, der beispielsweise seinen Vermittlern (im Inland) eine höhere Provision als in Deutschland zulässig gewähren würde, dürfte dies mit Blick auf Policen, die in Deutschland vermittelt würden, nicht mehr tun. Er wäre daran gehindert, seine Neuentwicklungen mit Provisionen auszustatten, die einen Anreiz gewähren, interessante, kundengerechte Produkte in den Beratungskorb aufzunehmen, auch wenn der Beratungsaufwand möglicherweise dadurch höher wird.

Diese Erwägungen zeigen, dass ein Provisionsdeckel wettbewerbliche Behinderungen vielfältigster Art aufwirft. Die Versicherer verlieren einen Anreiz neue,

innovative, kundengerechte Produkte zu entwickeln und diese über unterschiedlich hohe Vertriebsprovisionen im Markt zu bewerben. Es entsteht eine Qualitätsabwärtsspirale. Die Vermittler verlieren das Interesse an neuen kundenorientierten Produkten, weil sie für den komplexer werdenden Beratungsaufwand nicht entlohnt werden. Die Kunden selbst wissen nicht mehr, ob ihre Wünsche und Bedürfnisse irgendeine nennenswerte Rolle aus Sicht der Versicherer und der Vermittler spielen, da sie umgekehrt wissen, dass ein Provisionsdeckel sämtliche Produktentwicklungs- und -vermittlungsanreize zunichte macht.

Hinzu kommt, dass der Provisionsdeckel mit Blick auf Kunden, die über gebundene Vertreter beraten werden, völlig leerläuft, weil ein gebundener Vertreter ohnehin nur die Produkte des eigenen Hauses anbieten kann. Wie man es dreht und wendet: Ein auch nur ansatzweise überzeugender Sachgrund zur Einführung eines Provisionsdeckels einschließlich der darin liegenden Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, ist nicht sichtbar.

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die breit angelegte Arbeit von *Christian Schafstädt*, die im Jahre 2015 veröffentlicht wurde.<sup>64</sup> In Europa setzen sich zunehmend unterschiedliche Entgeltsysteme für Versicherungsvermittler durch. Im Kern tritt das für Deutschland tradierte Bruttoprämien(provisions-)system, stärker in einen Wettbewerb zu einer Honorierung durch den Kunden direkt (Nettoprämien-system). Beide Systeme haben Vor- und Nachteile. Entscheidend, so *Schafstädt*, sei eine Offenlegung der Vergütung, die der Vermittler erhalte und die Möglichkeit den Kunden an Provisionen, die vom Versicherer käme, zu beteiligen.<sup>65</sup> Zugleich wird es, so *Schafstädt*, dem Nachfrager überlassen, welche Vergütungsvariante sich am Markt für welche Bereiche oder welche Versicherungssparte langfristig durchsetzen wird.<sup>66</sup> Vor allem Geringverdiener hätten

---

<sup>64</sup> Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt – eine rechtsvergleichende und ökonomische Analyse, Berliner Reihe, Band 46.

<sup>65</sup> *Schafstädt* a.a.O. S. 419.

<sup>66</sup> a.a.O. S. 419.

weiterhin die Möglichkeit Informations- und Beratungsleistungen zu erhalten, ohne dafür bereits im Vorfeld zahlen zu müssen.<sup>67</sup>

Die Möglichkeit einen generellen Provisionsdeckel für alle Arten von Lebensversicherungen und für alle Vermittlertypen einzuführen, zieht Schafstädt nicht in Erwägung, da er Mechanismen für ein Vergütungssystem analysiert und erkannt hat, die für eine angemessene, am Kundeninteresse orientierte, zielgerechte Informations- und Beratungsdienstleistung im Einzelfall sorgen.

Ein Provisionsdeckel, wie in Deutschland geplant, wäre genau das Gegenteil dessen, was auf Lebensversicherungsvermittlermärkten notwendig ist. Das Ergebnis der bisherigen Überlegungen zeigt, dass ein Provisionsdeckel in der Lebensversicherung über alle Arten von Lebensversicherungsprodukten für alle Typen von Versicherungsvermittlern diametral gegen zwingende Allgemeininteressen verstoßen und nach Art. 59 AEUV nichtig wäre.

### **c) Erforderlichkeit**

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass der Provisionsdeckel gegen zwingende Allgemeininteressen verstößt und deshalb auf gar keinen Fall erforderlich ist.

### **d) Eignung**

Aus den gleichen Gründen wäre der Provisionsdeckel in keinem Fall ein angemessenes Mittel, um ein (nicht erkennbares) Marktversagen auf Lebensversicherungsvermittlermärkten zu beheben. Es wäre darüber hinaus in keinem Falle angemessen, alle Vermittlertypen gleich zu behandeln, obwohl alle in sehr unterschiedlicher Art und Weise am Vermittlerwettbewerb teilnehmen. Es wäre eben-

---

<sup>67</sup> Schafstädt, a.a.O., S.419.

so nicht angemessen, alle Versicherer, mit sehr unterschiedlichen Vertriebssystemen, über einen Provisionsdeckel gleich zu behandeln, um auf diese Weise unter anderem eine Qualitätsabwärtsspirale auszulösen. Es wäre schließlich nicht angemessen, alle Sparten der Lebensversicherung gleich zu behandeln, da es ganz offensichtlich funktionsfähigen und nachhaltigen Wettbewerb im Kundeninteresse auf den unterschiedlichen Produktmärkten für Lebensversicherungen gibt.

Ein Gesetzgeber der dennoch flächendeckend einen Provisionsdeckel in der Lebensversicherung für alle Vermittlertypen gleichermaßen einführen würde wollen, müsste den Schutzbedarf der Kunden darlegen und beweisen können. Der Gesetzgeber müsste zeigen, dass die Vermittler auf den Lebensversicherungsmärkten den Kunden, unabhängig von ihren Wünschen und Bedürfnissen, immer jene Policen vermitteln und empfehlen würden, die ihnen, den Vermittlern, die höchsten Provisionen einbringen. Wenn es Tendenzen dieser Art tatsächlich innerhalb des deutschen Lebensversicherungsmarktes geben sollte, so müssten sie vom Gesetzgeber beschrieben, benannt und bewiesen werden. Solange dies nicht der Fall ist, gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein Provisionsdeckel, wie vom deutschen Gesetzgeber geplant, in angemessener Weise Probleme des Verbraucherschutzes auf den Lebensversicherungsmärkten lösen könnte.

Im Gegenteil, ein solcher Provisionsdeckel würde eine Vielzahl von Verbraucherschutzproblemen erst entstehen lassen, insbesondere das Problem der Qualitätsabwärtsspirale und das Problem der abnehmenden Beratungsintensität und Qualität, weil es keinerlei Anreize mehr dafür gäbe, im Kundeninteresse tätig zu werden.

## D. Zusammenfassende Ergebnisse

- 1) Die IDD enthält eine Vielzahl von Verbraucherschutzvorschriften, die darauf gerichtet sind, dass Versicherungsvertreiber den Kunden in seinem bestmöglichen Interesse, ehrlich, redlich und professionell behandeln.
- 2) Die IDD sorgt dafür, dass Interessenkonflikte vermieden werden und
- 3) dafür, dass Kunden über Art und Höhe der Vergütung für die Vermittlung von Lebensversicherungen vor Abschluss des Vertrages informiert werden.
- 4) Die IDD enthält keinerlei Regelungen, die es rechtfertigen würden, die Vertriebsentgelte für alle Vermittlertypen bei Lebensversicherungen jeder Art der Höhe nach zu deckeln.
- 5) Im Gegenteil, die IDD verbietet eine solche Provisionsdeckelung, weil damit die Informationsintransparenz auf Versicherungs- und Vermittlermärkte zunehmen würde. Die Konsequenzen wären eine Qualitätsabwärtsspirale auf beiden Märkten zulasten der Kunden. Eine solche, den Verbraucher schädigende, Vergütungspolitik ist nach der IDD dem Gesetzgeber eines Mitgliedstaates nicht erlaubt.
- 6) Dieser Befund wird durch einen Blick auf die Prinzipien des freien und unverfälschten Wettbewerbs im Primärrecht gestärkt. Das Primärrecht verlangt von den Mitgliedstaaten ein System des freien unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt (Protokoll Nr. 27). Dieses ist ein Rechtsprinzip, wie der EuGH in einer Vielzahl von Entscheidungen bestätigt hat.

- 7) Der freie und unverfälschte Wettbewerb auf den Märkten um die Höhe von Vermittlerentgelten würde durch eine Preisdeckelung praktisch aufgehoben werden. Kein Versicherungsvertreter, Versicherungsmakler oder Berater dürfte mehr oberhalb des Provisionsdeckels vergütet werden.
- 8) Durch einen solchen Provisionsdeckel würde der Wettbewerb zwischen den Lebensversicherungsunternehmen im Binnenmarkt erheblich eingeschränkt und der Wettbewerb auf den Vermittlermärkten in der Lebensversicherung quasi zum Erliegen kommen. Einen wie auch immer gearteten Sachgrund für eine solche massive Preisregulierung, wie sie etwa in den Märkten für Energie- oder Wassernetze üblich ist, ist nicht erkennbar.
- 9) Der deutsche Gesetzgeber, der einen solchen Provisionsdeckel einführen würde, würde damit zugleich gegen das Stand-Still-Gebot des Art. 4 Abs. 3 EUV verstoßen, wonach die Mitgliedstaaten aufgefordert sind, keine Maßnahmen zu ergreifen, die den Zielen des Binnenmarktes widersprechen. Zu diesen Zielen gehört der freie und unverfälschte Wettbewerb.
- 10) Außerdem würde der geplante Preisdeckel gegen die in Art. 56 AEUV garantierte Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Anhaltspunkte dafür, dass ein solcher Preisdeckel im zwingenden Allgemeininteresse notwendig sein sollte, sind nicht erkennbar. Im Gegenteil: Der Preisdeckel selbst würde gegen zwingende Allgemeininteressen verstoßen, da er in die Produktgestaltungsfreiheit der Versicherer ohne Sachgrund eingreifen würde und zugleich eine Qualitätsabwärtsspirale sowohl bei den Versicherern als auch bei den Vermittlern auslösen würde. Ei-

ne Preisdeckelung, wie sie von der deutschen Bundesregierung geplant ist, wäre somit nichtig.

- 11) Der Preisdeckel würde aber auch schon deshalb nicht erforderlich sein, weil auf den verschiedenen Märkten für Lebensversicherungen sehr unterschiedliche Wettbewerbs- und Vermittlungsbedingungen herrschen. In jedem einzelnen Marktsegment müsste individuell untersucht werden, ob und in welchem Umfang tatsächlich Marktversagen vorliegt. Anhaltspunkte dafür sind nicht erkennbar.
- 12) Darüber hinaus würde sich ein Preisdeckel auf alle Typen von Vermittlern gleichermaßen auswirken, obwohl die Wettbewerbsbedingungen für die verschiedenen Vermittlertypen völlig unterschiedlich sind. Gebundene Vertreter würden mit unabhängigen Versicherungsmaklern und Beratern gleichbehandelt werden, obwohl die Wettbewerbsbedingungen für alle drei Vermittlertypen nicht vergleichbar sind.
- 13) Aus der Perspektive des Europäischen Gemeinschaftsrecht, insbesondere der IDD und der großen Grundprinzipien des Primärrechts, erweist sich der von der deutschen Bundesregierung geplante Provisionsdeckel für Lebensversicherungen aller Art als verbraucherschädlich. Sollte sich der deutsche Gesetzgeber entscheiden diesen Provisionsdeckel einzuführen, so wäre er von vornherein nichtig – keiner der Akteure wäre zu irgendeinem Zeitpunkt an diesen Provisionsdeckel rechtlich gebunden.