



Rechtsgutachten

zur Verfassungsmäßigkeit eines gesetzlichen Provisionsdeckels für die

Vermittlung von Lebensversicherungen

von

Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier

München

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

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt und Fragestellung.....	3
B. Wesentliche Rechtsgrundlagen.....	7
I. Artikel 12 [Berufsfreiheit] GG.....	7
II. Artikel 3 [Gleichheit vor dem Gesetz] GG.....	7
III. § 48a VAG Vertriebsvergütung und Vermeidung von Interessenkonflikten.....	7
IV. § 1a VVG Vertriebstätigkeit des Versicherers.....	8
V. § 59 VVG Begriffsbestimmungen.....	8
VI. Art. 8 Delegierte Verordnung (EU) 2017/2359 v. 21.09.2017 in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Wohlverhaltensregeln.....	8
VII. § 50 Abs. 1 S. 1 VAG Entgelt bei der Vermittlung substitutiver Krankenversicherungsverträge.....	10
C. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	11
I. Relevante Grundrechte.....	11
1. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).....	11
2. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).....	13
a) Der gebundene Vertreter.....	15
b) Der Mehrfachvertreter.....	15
c) Der Versicherungsmakler.....	16
d) Der Versicherungsberater.....	17
II. Rechtfertigung einer Beschränkung der Berufsfreiheit.....	18
1. Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls.....	20
a) Der Evaluierungsbericht des Bundesfinanzministeriums.....	20
b) Kein Maßstab für die Gefährdung des Gemeinwohls erkennbar.....	21
c) Keine Bestandsgefährdung der Lebensversicherung.....	22
d) Keine Gefährdungsabschätzung ‚ins Blaue hinein‘.....	25
e) Fehlanreize.....	26
2. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	33
a) Grundsätze.....	33
b) Kein Sachgrund für alle Vertriebswege.....	34
c) Qualitätsabwärtsspirale.....	35
d) Zielverfehlung.....	36
3. Verletzung der Wettbewerbsfreiheit.....	37
III. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).....	37
1. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.....	37
2. Strengere Gleichheitsprüfung.....	38
3. Schwere des Gleichheitsverstößes.....	40
4. Unverhältnismäßigkeit der Gleichheitswidrigkeit.....	45
IV. Der Provisionsdeckel in der substitutiven Krankenversicherung.....	46
D. Wesentliche Ergebnisse.....	47

A. Sachverhalt und Fragestellung

1. Das Bundesministerium der Finanzen prüft nach einer Verlautbarung der Parlamentarischen Staatssekretärin Christine Lambrecht vom 06.12.2018 (GZ VII B4-WK8038/18/10002:008) die Einführung eines Provisionsdeckels beim Abschluss von Lebensversicherungen und Restschuldversicherungen. Danach wäre es in der deutschen Lebensversicherung nicht mehr zulässig, für die Vermittlung und Betreuung von Lebensversicherungen aller Art – einschließlich von Restschuldversicherungen – eine Provision über die Gesamtlaufzeit der Versicherung oberhalb des Provisionsdeckels 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 („Evaluierung des Lebensversicherungsreformgesetzes“ des Bundesministeriums der Finanzen, Juni 2018, Seite 25 Ziffer 7). Ein gesetzlicher Provisionsdeckel, der insbesondere auch sogenannte Restschuldversicherungen umfasst, würde, so der Bericht, 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 Provisionsde-

ckels 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 Evaluierungsberichts, 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 Fehlanreize 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 ent-*

sprechend beteiligt. Ausschüttungen an Aktionäre sind aufgrund der Ausschüttungssperre des LVRG bis zur Höhe des Sicherungsbedarfs gesperrt.“

Auf eine weitere Kleine Anfrage mehrerer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE (Drucks. 19/3884) hat die Bundesregierung am 19.09.2018 geantwortet, dass noch keine Entscheidung zur konkreten Ausgestaltung eines gesetzlichen Provisionsdeckels getroffen sei (S. 7). Dies stimmt mit dem eingangs zitierten Brief der Parlamentarischen Staatssekretärin Christine Lambrecht im BMF überein, wonach das BMF einen Provisionsdeckel in der Lebensversicherung prüfe. Es werde, so formuliert die Parlamentarische Staatssekretärin, im Ergebnis darauf ankommen, dass eine gesetzlich zu regelnde Begrenzung der Provisionen sich proportional einerseits zur Qualität der dem Versicherungsnehmer angebotenen Dienstleistung und andererseits zur Höhe der Provision verhält. Mit anderen Worten, es gehe in jedem Fall darum, die Versicherungsnehmer vor exzessiven Provisionen zu schützen.

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass sich der deutsche Gesetzgeber entschließt, die Gesamtvergütung für die Vermittlung und Betreuung einer Lebensversicherung in Deutschland mit einem Provisionsdeckel zu versehen.

Erfasst wären alle Formen der Lebensversicherung, 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 des Deckels 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).

Sachlogisch müsste zugleich den (potentiell) Versicherten untersagt werden, Honorare und/oder Provisionen oberhalb des Provisionsdeckels zu entrichten, denn anderenfalls entstünden massive Wettbewerbsverzerrungen zwischen Versicherungsvertretern und Versicherungsmaklern gegenüber Versicherungsberatern.

2. Ausgehend von diesem (möglichen) gesetzgeberischen Szenario wird im Folgenden zu der Frage Stellung genommen, ob eine solche Provisionsdeckelung bei der Vermittlung von Lebensversicherungen mit dem deutschen Grundgesetz in Einklang stünde. Im Kern wird es

um die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) auf der einen und um den Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 GG) auf der anderen Seite gehen. Das Bild wird durch einen Blick auf den Provisionsdeckel in der privaten Krankenversicherung (§ 50 VAG) abgerundet.

B. Wesentliche Rechtsgrundlagen

I. Artikel 12 [Berufsfreiheit] GG

(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

II. Artikel 3 [Gleichheit vor dem Gesetz] GG

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

III. § 48a VAG Vertriebsvergütung und Vermeidung von Interessenkonflikten

(1) Die Vertriebsvergütung von Versicherungsunternehmen und deren Angestellten darf nicht mit ihrer Pflicht, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, kollidieren. Versicherungsunternehmen dürfen keine Vorkehrungen durch die Vertriebsvergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise treffen, durch die Anreize für sie selbst oder Versicherungsvermittler geschaffen werden könnten, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl sie ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnten.

IV. § 1a VVG Vertriebstätigkeit des Versicherers

- (1) Der Versicherer muss bei seiner Vertriebstätigkeit gegenüber Versicherungsnehmern stets ehrlich, redlich und professionell in deren bestmöglichem Interesse handeln.

V. § 59 VVG Begriffsbestimmungen

- (1) ...die §§ 1a... gelten für Versicherungsvermittler entsprechend.

VI. 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 betreffen-

den 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 Versicherungsprodukt ... 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, in welche die Erfüllung der geltenden Verordnung, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen sowie die Kundenzufriedenheit einfließen;
- c) den Wert des gezahlten oder entgegengenommenen Anreizes im Verhältnis zum Wert des Produktes und der Dienstleistungen;

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 Rückforderung 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 wert erhöhender Mechanismus besteht, der bei Erreichung eines bestimmten Verkaufsvolumens oder -werts ausgelöst wird.

VII. § 50 Abs. 1 S. 1 VAG Entgelt bei der Vermittlung substitutiver Krankenversicherungsverträge

(1) Die Versicherungsunternehmen dürfen Versicherungsvermittlern für den Abschluss von substitutiven Krankenversicherungen in einem Geschäftsjahr keine Abschlussprovisionen oder sonstigen Vergütungen gewähren, die insgesamt 3 % der Bruttobeitragssumme des Neuzugangs übersteigen.

C. Verfassungsrechtliche Beurteilung

I. Relevante Grundrechte

1. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Nach Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Da Provisionsleistungen durch die Versicherungsunternehmen aufgrund eines mit dem Versicherungsvermittler geschlossenen Vertrags gewährt werden, beschränkten gesetzliche Begrenzungen der Provisionshöhe die Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmen.

Historisch wurde der Begriff ‚Provision‘ für die Vergütung des gebundenen Vermittlers eingeführt und der Begriff ‚Courtage‘ für die Vergütung des Versicherungsmaklers (Ruß/Schiller/Seyboth, Regulierung von Provisionen, Ziele, Risiken und Nebenwirkungen provisionsbegrenzender Regulierung der Lebensversicherung in Deutschland, Institut für Finanz- und Aktuarwissenschaften [ifa] Juli 2018, S. 27 m. w. N.). Im Folgenden wird, wie heute üblich, der Begriff *Provision* als Oberbegriff für beide Arten von Vermittlervergütungen verwendet.

Da die an die Versicherungsunternehmen gerichteten gesetzlichen Verbote der Gewährung höherer Geldleistungen als der gesetzlich zugelassenen zur Unwirksamkeit entsprechender Provisionsvereinbarungen führen würden, würde in die Vertragsfreiheit der Versicherungsvermittler eingegriffen werden. Das Gleiche gilt mit Blick auf die Vertragsfreiheit der Versicherungsnehmer, die durch den vom Gesetz-

geber geplanten Provisionsdeckel gehindert wären, individuelle Honorarvereinbarungen oberhalb des Provisionsdeckels mit den Vermittlern zu schließen. Schließlich würde der Provisionsdeckel aber auch in die Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit der deutschen Lebensversicherer eingreifen, die durch diesen Deckel gehindert wären, Qualitätsanreize oberhalb des Provisionsdeckels auszuloben.

Da es hier ausnahmslos um die Privatautonomie auf dem Feld beruflicher Betätigungen und um die Vertragsfreiheit in Ausübung unternehmerischer beziehungsweise gewerblicher Betätigungen geht, ist die Privatautonomie hier Ausdruck und Bestandteil der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und nimmt an der Garantiefunktion dieses Grundrechts teil (vgl. auch BVerfGE 142, 268 Rn. 49 m. w. Nachw.). Art. 12 Abs. 1 GG schützt neben der Berufswahlfreiheit auch die Freiheit der Berufsausübung. Die hier betroffenen privatautonomen Interessen der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler erstrecken sich zugleich auf die Ausübung beruflicher Tätigkeiten. Daher muss vorrangig der Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler aus Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung getragen werden. Die Privatautonomie der Betroffenen ist in den vorliegenden Fallgestaltungen mithin durch die speziellen freiheitsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt.

Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, das auch die Vertragsfreiheit und die Privatautonomie umfasst, tritt hinter den speziellen Gewährleistungen des Art. 12 Abs. 1 GG zurück (vgl. BVerfGE 68, 193, 223 f.; 77, 84, 118; 95, 173, 188; 117,

163, 181; 126, 286, 300; 142, 268 Rn. 49.). Denn nach allgemeiner Auffassung ist das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein Auffanggrundrecht, das nur zur Anwendung kommt, wenn die speziellen Freiheitsrechte des Grundgesetzes tatbestandlich nicht greifen.

Auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG können sich im Übrigen nach Art. 19 Abs. 3 GG auch Vermittler, die die Rechtsform der juristischen Person oder einer Personengesellschaft gewählt haben, berufen (s. etwa BVerfGE 50, 290, 363, st. Rspr.).

Soweit es um die Vertragsfreiheit der Versicherungsnehmer geht und diese als Privatpersonen außerhalb beruflicher und gewerblicher Betätigungen betroffen sind, kommt Art. 2 Abs. 1 GG zur Anwendung. Der durch ihn vermittelte Schutz der Vertragsfreiheit geht aber keinesfalls weiter als der Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG, so dass er im Folgenden unberücksichtigt bleibt.

2. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Gesetzliche Regelungen über die Deckelung der Provisionen können ferner gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Grundsätzlich können Freiheitsgrundrechte – wie hier die Berufsfreiheitsgarantie aus Art. 12 Abs. 1 GG – und die Gleichheitsgewährleistungen des Art. 3 GG nebeneinander bestehen und zur Anwendung gelangen. Nicht selten führen sie aber letztlich zu gleichen verfassungsrechtlichen Ergebnissen.

Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Da dieses Grundrecht ebenso wie die Freiheitsgrundrechte auch den Gesetzgeber binden (Art. 1 Abs. 3 GG), gewährleistet Art. 3 Abs. 1 GG neben der Rechtsanwendungsgleichheit auch die Rechtsetzungsgleichheit, die sich an den Gesetzgeber selbst richtet (s. auch Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 3). Ihm ist eine unsachgemäße und ungerechtfertigte Differenzierung von Personen oder Personengruppen ebenso verboten wie die unsachgemäße und ungerechtfertigte Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Auch die gesetzgeberische Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Tatbestände und die Gleichbehandlung sich in wesentlicher Hinsicht unterscheidender Personen und Personengruppen bedürfen also vor Art. 3 Abs. 1 GG der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (s. auch Jarass/Pieroth, aaO, Art. 3 Rn. 12 m. Nachw. aus der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts).

Die hier zur Diskussion stehende gesetzliche Regelung eines Provisionsdeckels würde ausnahmslos und undifferenziert für alle Versicherungsvermittler im Bereich der Lebensversicherung gelten. Darunter fielen sehr unterschiedliche Berufsgruppen und Berufsbilder mit sehr unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern, Aufgaben und Pflichten. Stand 01.10.2018 (Versicherungsvermittlerregister DIHK) waren 204.148 Versicherungsvermittler registriert. Davon waren 123.525 gebundene Versicherungsvertreter. 29.232 Vertreter verfügten über eine eigene Erlaubnis. 46.698 Versicherungsmakler waren zugelassen. Eingetra-

gen waren zudem 4.201 produktakzessorische Vertreter und 143 produktakzessorische Versicherungsmakler. Daneben gab es 349 Versicherungsberater.

Würde sich der Gesetzgeber entschließen, einen einheitlichen Provisionsdeckel für die Lebensversicherung einzuführen, so läge darin eine gesetzgeberische Gleichbehandlung höchst unterschiedlicher Sachverhalte und Personengruppen. Eine solche Gleichbehandlung bedürfte vor dem Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG der besonderen Rechtfertigung.

a) Der gebundene Vertreter

Ein gebundener Vertreter (§ 59 Abs. 2 VVG) ist von einem Versicherer oder einem anderen Versicherungsvertreter damit betraut, gewerbsmäßig Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen. Er wird häufig als *Handelsvertreter* (§ 84 HGB) für den Versicherer tätig. Er vertreibt somit die Produkte des Versicherers, an den er sich gebunden hat. Er ist an die Weisungen ‚seines‘ Versicherers gebunden, insbesondere auch an die Prämien, die dieser Versicherer für die Produkte, die vertrieben werden, vorgibt.

Die Provision des Versicherungsvertreter ist regelmäßig Teil der Prämie für den Versicherungsvertrag (Bruttoprämienprinzip), das heißt, die Prämie umfasst auch das Vermittlerentgelt.

b) Der Mehrfachvertreter

Auch der von mehreren Versicherern betraute Mehrfachvertreter mit eigener Erlaubnis ist Versicherungsvertreter im Sinne des § 59 Abs. 2

VVG. Er darf für mehrere Versicherer unabhängig davon, ob ihre Versicherungsprodukte zueinander in Konkurrenz stehen, tätig sein. Ansonsten gelten die gleichen Grundsätze wie beim gebundenen Vertreter. Das bedeutet, der Mehrfachvertreter ist ebenfalls an die Weisungen ‚seiner‘ Versicherer gebunden. Auch seine Provision ist regelmäßig Teil der Prämie für den Versicherungsvertrag (Bruttoprämienprinzip).

c) Der Versicherungsmakler

Während der gebundene Vertreter und der Mehrfachvertreter im Lager des Versicherers stehen, also dessen Interessen wahrnehmen und vertreten, handelt der Versicherungsmakler als Sachwalter auf Seiten des Versicherungsnehmers. Der Versicherungsmakler (§ 59 Abs. 3 VVG) vermittelt Versicherungsverträge, ohne von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein. Er hat als Vertrauter und Berater des Versicherungsnehmers individuellen, jeweils passenden Versicherungsschutz zu besorgen. Dem entspricht es, dass der Versicherungsmakler von sich aus das Risiko untersucht, das Objekt prüft und den VN als seinen Auftraggeber ständig, unverzüglich und ungefragt über die für ihn wichtigen Zwischen- und Endergebnisse seiner Bemühungen, das aufgegebenes Risiko zu platzieren, unterrichten muss (BGH v. 22.05.1985 - IV ZR 190/83 VersR 1985, 930). Zu den Aufgaben des Versicherungsmaklers gehört es regelmäßig auch, den Versicherungsnehmer nach Abschluss des Vertrages weiter zu betreuen, etwa indem er den Vertrag auf etwaigen Anpassungsbedarf sowie Verlängerungen hin überprüft und den Versicherungsneh-

mer rechtzeitig darauf hinweist (BGH v. 14.01.2016 - I ZR 207/14 juris Rn. 19; so schon BGH v. 16.07.2009 - II ZR 21/09, einschränkend BGH 28.07.2018 - I ZR 77/17 juris Rn. 17).

Damit unterscheidet sich das Berufsbild des Versicherungsmaklers grundlegend von dem des Handelsmaklers (§ 93 HGB) und auch beispielsweise des Immobilienmaklers (§ 652 BGB). Anders als diese Maklertypen darf der Versicherungsmakler nicht für beide Seiten tätig sein – er ist ausschließlich Sachwalter des Versicherungsnehmers.

d) Der Versicherungsberater

Der vierte im Versicherungsvertrieb gebräuchliche, wenn auch seltene, Vermittlertyp ist der Versicherungsberater (§ 59 Abs. 4 VVG). Er ist ebenfalls auf Seiten des Versicherungsnehmers für diesen tätig. Im Unterschied zum Versicherungsmakler darf er aber von einem Versicherer keinen wirtschaftlichen Vorteil, also keine Provision erhalten. Er ist ausschließlich auf eine Honorierung durch den Versicherungsnehmer angewiesen. Die vom Gesetzgeber geplante Provisionsdeckung würde somit zu der Frage führen, ob der Versicherungsberater berechtigt wäre, gegenüber dem Versicherungsnehmer ein Honorar oberhalb des ‚Provisionsdeckels‘ zu berechnen. In gleicher Weise könnte im Übrigen auch ein Versicherungsmakler argumentieren, der ebenfalls gegen Honorar beraten und vermitteln darf (BGH vom 12.12.2013 - IIIZR124/13; BeckRS 2014, 01033; BGH vom 12.03.2014 - IVZR285/13 NJW 2014, 1658 m. w. N.). Hinzukommt, dass sachlich kein Unterschied zwischen einem ‚Honorar‘ und einer ‚Provision‘ besteht – die Begriffe sind austauschbar.

Der in der Lebensversicherung geplante Provisionsdeckel würde somit sachlogisch alle Formen der Honorierung bei der Vermittlung von Lebensversicherungen erfassen, ganz gleichgültig, ob sie den Namen Provision, Courtage oder Honorar tragen. Konsequenterweise wären damit auch die Versicherungsberater erfasst. Alles andere würde zu einer massiven Wettbewerbsverfälschung zwischen Versicherungsberatern einerseits und Vertretern/Versicherungsmaklern andererseits führen. Ein Sachgrund für eine derartige Differenzierung ansonsten gleicher Sachverhalte ist nicht erkennbar.

Angesichts der höchst unterschiedlichen Pflichten und Aufgaben der Versicherungsvermittler, die sich sowohl aus dem Gesetz selbst als auch aufgrund einzelner vertraglicher Abreden ergeben oder ergeben können, erscheint eine vom Gesetzgeber vorgenommene, diese Unterschiede ignorierende und daher undifferenzierte Deckelung der Provisionen auch vor dem Gleichheitssatz als verfassungsrechtlich besonders rechtfertigungsbedürftig.

II. Rechtfertigung einer Beschränkung der Berufsfreiheit

Die gesetzlichen Begrenzungen der Provisionsleistungen wirken sich grundsätzlich nicht auf den Zugang und den Verbleib in einem Beruf, sondern auf die Berufsausübung der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler aus. Daher sind gesetzliche Beschränkungen an der Freiheit der Berufsausübung, die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG neben der Freiheit der Berufswahl gewährleistet ist, zu messen.

Als gesetzliche Beschränkung des Grundrechts der freien Berufsausübung sind Regelungen zur Provisionsdeckelung nach dem zu beurteilen, was auf der Grundlage des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an Grundsätzen und Anforderungen zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bestimmt und entwickelt worden ist. Danach müssen Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (grundlegend BVerfGE 7, 377, 405 f.; s. ferner BVerfGE 94, 372, 390; 101, 331, 347; 121, 317, 346).

Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen der freien Berufsausübung stehen überdies unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit; die Eingriffe müssen mithin zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was die Gemeinwohlbelange erfordern (s. BVerfGE 101, 331, 347; 104, 357, 364; 121, 317, 346).

Die Eingriffsmittel dürfen überdies nicht übermäßig belastend sein (s. BVerfGE 19, 330, 337; 121, 317, 346); bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe müssen also die Grenzen der Proportionalität und der Zumutbarkeit noch gewahrt sein (s. BVerfGE 103, 1, 10; 106, 181, 192; 121, 317, 346).

1. Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls

Die angestrebte gesetzliche Einführung eines Provisionsdeckels in der Lebensversicherung und die damit verbundene Beschränkung der berufsspezifischen Privatautonomie würden auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Fraglich ist indes, ob der Gesetzgeber mit den Begrenzungen der Privatautonomie Gemeinwohlziele verfolgen würde, die auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhen und daher die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit grundsätzlich zu legitimieren vermögen.

a) Der Evaluierungsbericht des Bundesfinanzministeriums

In dem Bericht an den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages „*Evaluierung des Lebensversicherungsreformgesetzes*“ des Bundesministeriums der Finanzen vom Juni 2018 wird ein Provisionsdeckel in der Lebensversicherung damit gerechtfertigt, dass etwaigen Fehlanreizen entgegengewirkt und eine weitere Senkung der Abschlusskosten unterstützt werden solle (S. 21 des Berichts). In diesem Kontext wird darauf hingewiesen, dass die Abschlusskosten bislang nur um rund 5 % zurückgegangen seien und dass die Vergütungen für Vermittler die größte Komponente der Abschluss- und Vertriebskosten darstellten und über zwei Drittel der Abschluss- und Vertriebskosten ausmachten (S. 13 Ziff. 2.14.1 Abs. 1). Auch wird darauf hingewiesen, dass die Zahlungen an Ausschließlichkeitsvermittler um 2,89 %, die an Versicherungsmakler und Mehrfachvermittler um 7,21 % gesunken seien (S. 13). Die Vergütungen in der letztgenannten Gruppe

seien aber auch nach der Senkung weiterhin höher als bei den Ausschließlichkeitsvertretern.

b) Kein Maßstab für die Gefährdung des Gemeinwohls erkennbar
Soweit es um die Senkung der Vertriebskosten als gesetzgeberischen Eingriffsgrund geht, ist ein Grund des Gemeinwohls zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit nicht ersichtlich. Denn es ist völlig offen, ab welcher Höhe Provisionen als nicht mehr angemessen und als Gefährdung des Gemeinwohls zu gelten haben. Es fehlt mit anderen Worten jeder Maßstab, der zur verfassungsrechtlichen Legitimation eines solchen Eingriffs in die grundrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit herangezogen werden könnte. Ein näher begründbarer Vergleichsmaßstab zur Beurteilung der Frage, ob Provisionen im Einzelfall zu hoch sind, ist nicht ersichtlich. Auffällig ist auch, dass das Bundesministerium der Finanzen in diesem Zusammenhang davon spricht, dass die Vertriebskosten „gegebenenfalls“ zu hoch seien. Teilweise wird davon ausgegangen, dass Provisionen allenfalls bis zu 40 % erlaubt sein sollen, wobei ab 25 % bestimmte Qualitätskriterien, beispielsweise Storno- oder Beschwerdequoten, zu erfüllen wären. Gründe dafür, warum gerade diese Grenzen maßgeblich sein müssen, werden allerdings nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Unabhängig davon, welche Grenze der Gesetzgeber letztlich festlegen würde, sachliche Gründe des Gemeinwohls sind bisher in keinem Fall erkennbar, warum diese oder jene Grenze notwendig sei und keinesfalls überschritten werden dürfe.

Sachliche Gründe sind nach dem Evaluationsbericht zum LVRG aber auch deshalb nicht erkennbar, weil die Tarifgeneration, die seit 2017 im Neugeschäft angeboten wird, mit deutlich niedrigeren Kosten kalkuliert wird, als dies bei den bis Ende 2014 angebotenen Tarifen der Fall war (Bericht Ziff: 2.11). Die Kosten sind um 10,1 % geringer als vor dem LVRG. Die Abschlusskosten wurden sogar um 21,8 % gesenkt (Bericht Ziff: 2.11; vertiefend und differenzierend Ziff: 2.14.1). Die Maßnahmen, die der Gesetzgeber mit dem LVRG ergriffen hat, haben also zu erheblichen Kostensenkungen (auch) bei den Abschluss- und Vertriebskosten geführt. Der Evaluationsbericht betont deshalb gleich zu Beginn (S. iii), dass die Maßnahmen des LVRG das System der Lebensversicherung „langfristig auf eine stabile Grundlage“ gestellt haben. Anhaltspunkte dafür, in das System der Lebensversicherung aus Gründen des Gemeinwohls eingreifen zu müssen, sind angesichts dieses Befundes nicht erkennbar.

c) Keine Bestandsgefährdung der Lebensversicherung

aa) Kein Notstand (§ 140 VAG)

Auch eine Bestandsgefährdung der Lebensversicherung ist weder dargelegt noch ist sie objektiv ersichtlich. In diesem Zusammenhang ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber für etwaige Notstände in der Lebensversicherung bereits ein gesetzliches Instrumentarium geschaffen hat. Nach § 140 Abs. 1 VAG dürfen in Ausnahmefällen bestimmte Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde im Interesse der Versicherten herangezogen werden, um einen drohenden Notstand abzuwenden.

Sollte es also einmal einen solchen Notstand geben, von dem derzeit keine Rede sein kann, steht das gesetzliche Instrumentarium zur Abwendung dieses Notstands bereits ausdifferenziert in § 140 VAG zur Verfügung. Es bedarf mit anderen Worten keiner weiteren ergänzenden Sonderregelungen im Sinne eines Provisionsdeckels mehr, da die Regelungen des VAG zur Bekämpfung etwaiger Notstände in der Lebensversicherung bereits angemessen und hinreichend zur Verfügung stehen.

bb) Keine Bestandsgefährdung

Hiervon abgesehen gibt es keinerlei Hinweise für eine Bestandsgefährdung in der Lebensversicherung, im Gegenteil, der Evaluationsbericht zum LVRG des BMF betont, dass sich die Maßnahmen des LVRG überwiegend bewährt hätten, um „das System der Lebensversicherung langfristig auf eine stabile Grundlage zu stellen“ (Bericht S. iii Abs. 2). Die Neuregelung der Beteiligung an den Bewertungsreserven habe nicht gerechtfertigte Vermögensabflüsse begrenzt und gleichzeitig die Generationengerechtigkeit bei der Überschussbeteiligung der Versicherten erhöht (Bericht S. iii Abs. 3). Die Mindestbeteiligung der Versicherten am Überschuss sei sogar höher ausgefallen, weil Risikoüberschüsse mit 90 % (statt bislang 75 %) berücksichtigt werden (Bericht S. iii Abs. 4). Die Lebensversicherer hätten die in ihren Produkten einkalkulierten Kosten deutlich gesenkt (Bericht S. iii Abs. 8).

Folgerichtig hat die Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der GRÜNEN geantwortet und mitgeteilt, dass die Eigenkapitalisierung

der Lebensversicherer insbesondere auch derjenigen, die unter einer stärkeren Aufsicht der BaFin stehen, sich deutlich verbessert habe (Bundesdrucksache 19/439)

Ganz besonders interessant ist die Tatsache, dass sich der Jahresüberschuss der Lebensversicherer, der im Jahre 2016 bei etwa 250 Mio. Euro lag, im Jahre 2017 auf etwa 725 Mio. Euro erhöht und sich damit verdreifacht hat (Evaluierungsbericht S. 4 oben). Noch interessanter sind die Zahlen für jene Lebensversicherungsunternehmen, die in den zurückliegenden Jahren (2014-2017) trotz des Niedrigzinsumfeldes an ihre Muttergesellschaften Gewinne, und zwar unter Berücksichtigung zugleich verrechneter Verluste, abgeführt haben. Jene etwa 30 Lebensversicherungsunternehmen, die auf Grund von Gewinnabführungsverträgen von der Ausschüttungssperre nicht betroffen waren, haben in den Jahren 2014-2017 jährlich etwa 1 Mrd. Euro an ihre Muttergesellschaften als Gewinne aus der Lebensversicherung abgeführt. Im gleichen Zeitraum sind nur 18 Mio. Euro Verluste angefallen – diese sind allesamt durch die Muttergesellschaften ausgeglichen worden (Evaluierungsbericht S. 4).

Dies bedeutet, in den Jahren 2014-2017 haben die deutschen Lebensversicherer trotz des Niedrigzinsumfeldes und trotz des freien, unverfälschten Wettbewerbs um Provisionen und Kosten erhebliche Jahresüberschüsse erzielt. Von diesen Überschüssen wurden etwa 1.75 Mrd. Euro zu Gunsten der Versicherten thesauriert (Evaluierungsbericht S. 4). Hintergrund ist die Ausschüttungssperre, die den Bilanzgewinn bis zur Höhe des Sicherungsbedarfs betrifft (§ 139 Abs. 2 S. 3 VAG).

Allerdings wurden Jahr für Jahr etwa 1 Mrd. Euro an Gewinnen an die Muttergesellschaften der Lebensversicherer und damit an die Aktionäre dieser Unternehmen abgeführt (Evaluierungsbericht S. 4).

Auf der Grundlage dieser Zahlen schlussfolgert der Bericht zur Evaluierung des LVRG, dass sich die Maßnahmen des Lebensversicherungsreformgesetzes überwiegend bewährt hätten. Obwohl das Zinsniveau am Kapitalmarkt zwischenzeitlich weiter zurückgegangen sei, sei die Branche stabilisiert. Damit sei die Grundlage geschaffen worden, dass auch künftig die Ansprüche der Lebensversicherungskunden zuverlässig erfüllt werden können.

Warum sich vor diesem Hintergrund die gegenwärtige Höhe der Vertriebskosten in der Lebensversicherung als Gefährdung des Gemeinwohls erweisen könnte, erschließt sich sachlich nicht.

Bei dieser Sachlage erscheint ein gesetzlich eingeführter Provisionsdeckel unabhängig von der letztlich gewählten Höhe als willkürlicher gesetzgeberischer Aktionismus. Das gesetzgeberische Ziel einer weiteren Senkung der Vertriebskosten kann somit einen normativen Provisionsdeckel und den damit verbundenen Eingriff in die berufsspezifische Vertragsfreiheit der Vermittler nicht legitimieren.

d) Keine Gefährdungsabschätzung ‚ins Blaue hinein‘

Dem Gesetzgeber steht bei der Feststellung, Beurteilung und Gewichtung der Gemeinwohlbelange, die seine Grundrechtseingriffe rechtfertigen sollen, sowie der Annahme einer Gefährdung dieser Belange ein gewisser Einschätzungs-, Bewertungs- und Prognosespielraum zu.

Dieser Beurteilungsspielraum bezieht sich also auch auf die dem Gemeinwohl drohenden Gefahren oder Nachteile, wenn die gesetzgeberischen Eingriffe unterbleiben (vgl. BVerfGE 121, 317, 360; 142, 268 Rn. 64 allgemein zum Spielraum des Gesetzgebers bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Der Gesetzgeber muss allerdings seine Bewertungen, Gewichtungen und Prognosen auf einer verlässlichen Tatsachengrundlage und aufgrund einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials treffen. Er darf seine Nachteils- und Gefährdungsabschätzung nicht einfach ‚ins Blaue hinein‘ treffen (zum Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers vgl. auch BVerfGE 121, 317, 350). Genau dies wäre aber der Fall, wenn und soweit sich der Gesetzgeber – wie hier bei der Einführung eines Provisionsdeckels – allein von dem diffusen Gefühl leiten ließe, Provisionszahlungen seien vielfach unangemessen oder ‚unanständig‘ hoch. Er ginge damit einem vagen ‚Gerechtigkeitsgefühl‘ ohne jede tatsächliche Fundierung und ohne Beachtung der komplexen Gestaltungen im Bereich der Lebensversicherungsvermittlung nach.

e) Fehlanreize

Als Rechtfertigungsgrund für einen gesetzlichen Provisionsdeckel wird in dem Bericht des Bundesministeriums der Finanzen „Evaluation des Lebensversicherungsreformgesetzes“ weiterhin angeführt, durch einen solchen Provisionsdeckel solle etwaigen Fehlanreizen (S. 25 Ziff. 7) entgegengewirkt werden. Dass dieser Aspekt wiederholt in

einem ‚Atemzug‘ mit dem Ziel der Senkung der Abschlusskosten genannt wird, ist missverständlich. Denn es geht insoweit nicht um identische Zielsetzungen, sondern um zwei verschiedene Legitimationsstränge.

aa) § 48a VAG

Mit der Eindämmung von Fehlanreizen soll offenbar an die Regelung des § 48a Abs. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) angeknüpft werden, wonach die Vertriebsvergütung von Versicherungsunternehmen und deren Angestellten nicht mit ihrer Pflicht, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, kollidieren dürfe. Versicherungsunternehmen dürfen keine Vorkehrungen durch die Vertriebsvergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise treffen, durch die Anreize für sie selbst oder Versicherungsvermittler geschaffen werden könnten, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl sie ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnten.

Mit dieser Vorschrift setzt der Gesetzgeber Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 (IDD) in deutsches Recht um. Im Erwägungsgrund 46 der sogenannten Vermittlerrichtlinie heißt es, 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. Im Art. 17 Abs. 1/3 der Richtlinie wird dieser Gedanke mit der Formulierung

ausgedrückt, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Versicherungsvertreiber nicht in einer Weise vergütet werden, die mit ihrer Pflicht, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert. Für Versicherungsanlageprodukte wird dies in Art. 29 Abs. 2b und Abs. 4b IDD erneut betont.

Nach dem europäischen Richtlinienrecht haben die Mitgliedstaaten also gegenüber den Versicherungsvertreibern für eine Vergütungspolitik zu sorgen, die deren Verpflichtung, im besten Interesse der Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln, sicherstellt. In diesem Sinne heißt es dann im Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie, dass ein Versicherungsvertreiber keine Vorkehrungen durch Vergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise treffe, 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.

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. Dies ist im Art. 8 der delegierten Verordnung (EU) 2017/2357 vom 21.09.2017 erfolgt. Diese Vorschrift enthält Bewertungskriterien für Anreizregelungen.

bb) §§ 1a, 59 VVG

Vertragsrechtlich hat der deutsche Gesetzgeber diese Grundsätze in die §§ 1a, 59 Abs. 1 VVG übernommen und auf diese Weise sichergestellt, dass sich auch die Versicherten auf diese Grundsätze vor den ordentlichen Gerichten als vertragsgestaltend berufen und bei ihrer Verletzung Schadensersatz verlangen können (§§ 6 Abs. 5, 63 VVG). Aus alledem kann man zunächst einmal schlussfolgern, dass das europäische Richtlinienrecht durchaus das allgemeine legislatorische Ziel, mögliche Fehlanreize beim Vertrieb (auch) von Lebensversicherungen zu vermeiden, als Handlungsziel vorgibt. Es ist damit grundsätzlich auch ein verfassungslegitimes Gemeinwohlinteresse, das der deutsche Gesetzgeber zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen heranziehen darf. Die Verwirklichung der durch EU-Richtlinien vorgegebenen Ziele und Zwecke stellt auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten einen legitimen Gemeinwohlbelang dar.

cc) Keine Fehlanreize erkennbar

Fraglich ist indes, ob die gesetzliche Einführung eines Provisionsdeckels überhaupt mit dem anerkennungswürdigen Zweck der Vermeidung oder Entgegenwirkung von etwaigen Fehlanreizen legitimiert werden kann. Dies würde voraussetzen, dass aufgrund der bestehenden Rechtslage, also ohne einen gesetzlichen Provisionsdeckel, in dieser Hinsicht Missstände festzustellen sind. Es gibt jedoch empirisch keine Hinweise darauf, dass Versicherer ihre schlechteren Produkte prinzipiell mit höheren Provisionen ausstatten. Es gibt mit anderen Worten keine Anhaltspunkte dafür, dass sich Produkte, die im Ver-

gleich zu anderen Produkten ähnlich, aber für Verbraucher schlechter sind, in signifikanter Weise stärker am Markt durchsetzen, weil höhere Provisionen für diese Produkte ausgelobt werden.

Selbst wenn solch eine Entwicklung im Einzelfall nachweisbar wäre, würde dies nach dem Konzept des europäischen Rechts und auch des deutschen Aufsichtsrechtes bei der BaFin die Verpflichtung auslösen, individuell gegen den jeweils einzelnen Versicherer vorzugehen. Dieses individuelle Vorgehen ist konzeptionell in § 48a VAG in Verbindung mit der Missstandsaufsicht nach § 298 Abs. 1 VAG angelegt. Die BaFin wäre nach diesen Normen aufgerufen, einem solchen Vertriebsmissstand im Einzelfall entgegenzuwirken.

Sie hätte dafür zu sorgen, dass die Anreize für den Versicherungsvermittler, dem Kunden ein Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl ein anderes seinen Bedürfnissen besser entspräche, aufgehoben oder verändert werden. Die BaFin würde dabei die in Art. 8 Delegierte Verordnung (EU) 2017/2359 aufgestellten Grundsätze beachten, insbesondere, ob der Anreiz ausschließlich oder vorwiegend auf wirtschaftlichen Kriterien beruht oder ob er auch angemessene qualitative Kriterien berücksichtigt, wie etwa die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen und die Kundenzufriedenheit.

Schon dieser Kerngedanke der DVO zeigt, dass der europäische Verordnungsgeber rein quantitative Vertriebsanreize (je mehr Versicherungsabschlüsse, desto höher der Provisionssatz) tendenziell ablehnt.

Demgegenüber sind Vertriebsanreize, die die Beratungsqualität und die Kundenzufriedenheit erhöhen, gewünscht und unterstützenswert.

Dies bedeutet, der europäische Gesetzgeber geht ebenso wie das neue nationale Recht davon aus, dass ein Vermittler, der eine besonders intensive, komplexe und den Kunden zufriedenstellende Beratung durchführt, für seine Dienstleistung auch eine höhere Provision/Honorierung verdient. Es wäre widersinnig, einem solchen Vermittler mit einem Provisionshöchstdeckel zu begegnen. In diesem Provisionshöchstdeckel läge vielmehr der umgekehrte Fehlanreiz, den Kunden womöglich mit einer kurzen, nichtssagenden Standardberatung ‚abzuspeisen‘. Der vom deutschen Gesetzgeber geplante Provisionsdeckel würde also genau das Gegenteil dessen bewirken, was der europäischen DVO als Ziel vorschwebt.

Das gilt auch im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2d DVO, wonach der Vermittler dafür belohnt werden soll, dass der Kunde die gesamte Laufzeit des Vertrages ausnutzt, also nicht vorzeitig storniert. Mit diesen Regelungen will der europäische Gesetzgeber erreichen, dass die Provisionssysteme der Vertreiber den auf Langfristigkeit ausgelegten Charakter von Altersvorsorgeprodukten unterstützen (Art. 8 Abs. 2d) und Abs. 2e) DVO). Genau dieses Ziel lässt sich durch Absenkung absoluter Provisionssätze gerade nicht erreichen.

Der vom deutschen Gesetzgeber ins Auge gefasste Provisionsdeckel würde diese Regelungsziele konterkarieren, weil der Provisionshöchstdeckel ganz unabhängig von der jeweiligen Laufzeit des Vertrages wirkt. Die Einführung eines Provisionsdeckels würde somit Fehlanreize hervorbringen, die mit Art. 8 DVO nicht in Einklang zu

bringen sind, so dass es schon aus diesen Gründen keine verfassungsrechtliche Legitimation für einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit unter dem Aspekt der Vermeidung von Fehlanreizen gibt.

dd) Zwischenresümee

Als Zwischenresümee kann festgehalten werden: Die gesetzliche Einführung eines Provisionsdeckels im Bereich der Vermittlung von Lebensversicherungsverträgen bedeutet einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der Versicherungsunternehmer und Versicherungsvermittler aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Ein solcher Eingriff wäre verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn er durch verfassungslegitime Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt und zur Durchsetzung dieser Gemeinwohlgründe geeignet und erforderlich wäre. Die Vermeidung von exzessiven Vergütungen, die zu gravierenden Marktineffizienzen führen sowie von Fehlanreizen, die durch eine fehlerhafte Beratung entstehen, sind an sich verfassungslegitime Gründe, die einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu rechtfertigen vermögen. Das Vorliegen solcher Gründe ist derzeit indes empirisch nicht belegbar, noch wäre ein gesetzlicher Provisionsdeckel ein geeignetes Mittel, Fehlanreize beziehungsweise Fehlberatung zu bekämpfen. Der Gesetzgeber überschritte seinen von der Verfassung eingeräumten Einschätzungs-, Bewertungs- und Prognosespielraum, wenn er diese Voraussetzungen ohne jede tatsächliche Fundierung unterstellte.

2. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

a) Grundsätze

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs des Gesetzgebers gehört schließlich, dass der betreffende normative Eingriff angemessen, das heißt verhältnismäßig im engeren Sinne, ist. Die Schwere des Eingriffs darf mit anderen Worten bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht des damit verfolgten Zwecks stehen. Die vom Gesetzgeber gewählten Eingriffsmittel dürfen nicht übermäßig belastend sein, so dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 102, 197, 220; 112, 255, 267; 121, 317, 355; st. Rspr.).

Die von einer Deckelungsregelung ausgehenden Beschränkungen des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG und der darin garantierten Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler hängen in ihrem Ausmaß davon ab, wie eine solche Regelung im Einzelnen aussehen wird. Das gilt in besonderem Maße für die vom Gesetzgeber festgelegte Höhe des Provisionsdeckels. Abschließende Aussagen zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne lassen sich daher zu diesem Zeitpunkt noch nicht treffen.

b) Kein Sachgrund für alle Vertriebswege

Im Rahmen der vom Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangten Gesamtabwägung zwischen den Eingriffsnachteilen und den Eingriffsvorteilen ist zu berücksichtigen, dass die offenbar angestrebte einfache Lösung eines einheitlichen Provisionsdeckels für alle Vertriebswege als offenkundig nicht sachgerecht angesehen werden muss. Wie bereits erwähnt, werden hierdurch bestimmte Vertriebswege unangemessen stark benachteiligt. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die unabhängige Beratung durch Versicherungsmakler und Versicherungsberater, die durch eine Deckelung der Provision finanziell besonders benachteiligt werden.

Mit Blick auf die gebundenen Vertreter, die mit über 120.000 die größte Zahl aller Versicherungsvermittler ausmachen, ist der Provisionsdeckel schon deshalb unverhältnismäßig, weil er nicht erforderlich ist. Jeder Versicherer ist völlig frei, mit dem an ihn gebundenen Vertreter die in die Prämie einkalkulierte Provision zu vereinbaren. Sollte einem Versicherer die vereinbarte Provision zu hoch erscheinen, so kann er sie im Rahmen des Agenturvertrages absenken. Dies ist, wie der Evaluationsbericht zum LVRG belegt (Ziff: 2.14.1), in den Jahren ab 2017 auch vielfach geschehen und hat zu erheblichen Kostensenkungen geführt. Die Kostensenkungen sind bei Versicherungsmaklern und Mehrfachvertretern stärker ausgefallen (7,21 %) als bei Ausschließlichkeitsvertretern (2,89 %: Bericht Ziff. 2.14.1). Diese Zahlen belegen, dass der Wettbewerb um Vertriebsentgelte bei Versicherungsvermittlern funktionsfähig ist. Sie belegen aber auch, dass es in der Hand des jeweiligen Versicherers liegt, Kostensenkungen gegen-

über den an ihn gebundenen Vertreter in dem Umfang durchzusetzen, der ihm sinnvoll und erforderlich erscheint. Es ist jedenfalls nicht Aufgabe des Gesetzgebers, den Versicherern durch einen Provisionsdeckel vorzugeben, welche Vermittlungsentgelte im Einzelfall sachgerecht und leistungsangemessen sind. Würde der Gesetzgeber insoweit eingreifen, so würde er damit zugleich den Wettbewerb zwischen den Versicherern ohne jeden Sachgrund unzulässig beschränken.

Es bleibt festzuhalten, dass ein einheitlicher pauschaler Provisionsdeckel im Bereich der Versicherungsvermittlung in jedem Falle völlig unsachgemäß ist.

c) Qualitätsabwärtsspirale

Ein gesetzlich eingeführter Provisionsdeckel im Bereich der Lebensversicherungsvermittlung würde darüber hinaus auch dysfunktional wirken. Es kann davon ausgegangen werden, dass eine solche legislatorische Deckelung in der Praxis dazu führen wird, dass nicht nur Überschreitungen, sondern auch Unterschreitungen des Deckels nicht mehr stattfinden. Der gesetzliche Provisionsdeckel wäre dann nicht nur eine normative Obergrenze, sondern faktisch auch eine Untergrenze, also in der Praxis die maßgebliche ‚Norm‘ bei der Vereinbarung der Provisionshöhe. Eine solche Regelung eine Qualitätsabwärtsspirale und das Problem einer abnehmenden Beratungsintensität und Beratungsqualität in Gang setzen beziehungsweise hervorrufen, weil es dann an Anreizen fehlte, im bestmöglichen Kundeninteresse tätig zu werden.

d) Zielverfehlung

Gesetzliche Begrenzungen der Vermittlervergütungen, die dem teils gesetzlich geforderten, teils vertraglich vereinbarten und tatsächlich geübten Betreuungsaufwand des Versicherungsvermittlers nicht mehr Rechnung tragen, stellen mithin nicht nur schwerwiegende Eingriffe in die individuelle Berufsfreiheit der betroffenen Berufsgruppen dar, sondern auch beachtliche Konterkarierungen der vom europäischen Recht und dem folgend auch vom deutschen Recht getroffenen Grundentscheidungen für einen angemessenen Verbraucherschutz. Nach diesen Grundentscheidungen des europäischen und nationalen Rechts wird auf eine qualifizierte Versicherungsvermittlung Wert gelegt. Eine pauschale und undifferenzierte Provisionsdeckelungsregelung des nationalen Rechts würde dem in keiner Weise Rechnung tragen. Wenn der Gesetzgeber mit einer rigiden und undifferenzierten Deckelungsregelung eine Nivellierung der Vermittlungsvergütungen herbeiführt, werden gerade die höher qualifizierten und nach dem Gesetz oder nach einzelvertraglichen Abreden umfänglicheren Vermittlungs- und Beratungsleistungen der Versicherungsvermittler auf Dauer ernsthaft behindert. Der Gesetzgeber würde mit einer solchen Deckelungsregelung mithin keinen Beitrag zum Verbraucherschutz im Lebensversicherungsbereich leisten, er würde im Gegenteil die selbstgesetzten und vom europäischen Recht vorgegebenen Ziele und Aufgaben der Versicherungsvermittlung desavouieren.

3. Verletzung der Wettbewerbsfreiheit

Durch eine pauschale und undifferenzierte Deckelungsregelung im Hinblick auf die von den Versicherungsunternehmen zu leistenden Vergütungen wird nach alledem eine leistungsgerechte Ausgestaltung der Vermittlungstätigkeit ganz erheblich eingeschränkt. Damit griffen die Regelungen nicht nur in die zu den beruflichen Einzelfreiheiten zählende Vertragsfreiheit ein, sondern sie beeinträchtigten auch die ebenfalls als Teil der Berufsfreiheit geschützten Wettbewerbsfreiheit der Berufsträger (vgl. BVerfGE 31, 311, 317; 46, 120, 137 f.; 137, 185 Rn. 154), ohne dass dies in irgendeinem Zusammenhang mit der gesetzgeberischen Zielsetzung stünde. Im Gegenteil widersprechen diese Einschränkungen – wie im Zusammenhang mit den Ausführungen zu Art. 12 GG im Einzelnen ausgeführt – gerade dem legislatorischen und europarechtlich vorgegebenen Ziel eines verbesserten Kunden- beziehungsweise Verbraucherschutzes.

III. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

1. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem

Soweit eine gesetzliche Regelung zur Provisionsdeckelung ausnahmslos und undifferenziert alle Versicherungsvermittler im Bereich der Lebensversicherung trafe, wären sehr unterschiedliche Berufsgruppen und Berufsbilder mit sehr unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern, Aufgaben und Pflichten betroffen. Im Einzelnen geht es um Versicherungsmakler, Mehrfachvertreter, gebundene Vertreter mit einer Ausschließlichkeitsklausel, produktakzessorische Vermittler, Bagatellvermittler und Versicherungsberater.

Auf die sehr unterschiedlichen Tätigkeitsfelder, Aufgaben und Pflichten, insbesondere zwischen der größten Gruppe der gebundenen Vertreter einerseits und der Versicherungsmakler andererseits, ist bereits hingewiesen worden. Eine gesetzliche Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte und Personengruppen bedarf vor dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG derselben Rechtfertigung wie eine gesetzgeberische Ungleichbehandlung im Wesentlichen gleicher Sachverhalte und Personengruppen. Art. 3 Abs. 1 GG schützt also nicht nur vor ungerechtfertigter Ungleichbehandlung, sondern ebenso vor ungerechtfertigter Gleichbehandlung (BVerfGE 98, 365, 385; 103, 310, 318; 112, 268, 279; 116, 164, 180; Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 12).

2. Strengere Gleichheitsprüfung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können“ (s. BVerfGE 129, 49, 68 unter Hinweis auf BVerfGE 117, 1, 30; 122, 1, 23; 126, 400, 416 m. w. Nachw.). Die Prüfung anhand des Gleichheitsgrundrechts erfolgt demnach in zwei Schritten: Zunächst ist die Intensität der Ungleichbehandlung zu ermitteln, anschließend ist anhand des jeweils einschlägigen Maßstabs die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu prüfen.

Eines der entscheidenden Kriterien, die eine stärkere Intensität einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem belegen und damit die Heranziehung des strengeren Maßstabs der Verhältnismäßigkeit erfordern, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die nachteilige „Auswirkung auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten“ (vgl. BVerfGE 82, 126, 146; 88, 87, 96; 129, 49, 69). Bei einer gesetzlichen, ausnahmslos geltenden Provisionsdeckelung wären nicht nur unterschiedliche Sachverhalte, sondern vor allem unterschiedliche Personengruppen betroffen. Diese unterschiedlichen Personengruppen wären auch – wie die vorausgegangenen Ausführungen des Gutachtens belegen – in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen. Die auf dem Prüfstand stehende gesetzliche Regelung einer Provisionsdeckelung hätte mit anderen Worten zweifelsohne „Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten“. Damit läge eine Gleichbehandlung unterschiedlicher Personengruppen von besonderer Intensität vor.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre die Wahrung des Gleichheitsgrundrechts mithin nicht nur nach Maßgabe des Willkürverbots, sondern anhand der strengeren Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Die vom Gesetzgeber verfügte Gleichbehandlung wäre mit anderen Worten auch vor dem Gleichheitsgrundrecht nur gerechtfertigt, wenn sie der Erreichung eines verfassungslegitimen Zwecks diene beziehungsweise aus einem hinreichend gewichtigen Grund des gemeinen Wohls erfolgte und in einem angemess-

senen Verhältnis zu dem Gewicht jenes Regelungszweckes oder Regelungsziels stünde.

3. Schwere des Gleichheitsverstoßes

Bei der Beurteilung der Schwere der Gleichheitswidrigkeit fällt vor allem ins Gewicht, dass sich – wie bereits mehrfach betont – die Belastungswirkungen auf die einzelnen Berufsgruppen der Versicherungsvermittler sehr unterschiedlich auswirken würden oder auswirken könnten. Die Belastungswirkungen sind vor allem dort besonders hoch, wo sich die vom Versicherungsunternehmen gezahlte Courtage aus einem Vermittlungs- und einem hohen Betreuungsanteil zusammensetzt. Das ist insbesondere bei den Versicherungsmaklern der Fall, die nach Gesetz, Rechtsprechung und Rechtspraxis Interessenvertreter der Kunden und deren treuhänderische Sachwalter sind.

Der typische Zweck eines Versicherungsmaklervertrages ist die ‚Erledigung der Versicherungsangelegenheiten‘ des Kunden im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses. Die Betreuungspflichten des Versicherungsmaklers gehören zu dessen ‚Kardinalpflichten‘ (BGH v. 22.05.1985 – Iva ZR 190/83 VersR 1985, 930; BGH 06.11.2013 – I ZR 104/12 GROR 2014, 88; BGH 14.01.2016 – I ZR 107/14 juris Rn. 19; BGH 30.11.2017 – I ZR 143/16 BeckRS 2017, 141818, einschränkend BGH 28.07.2018 - I ZR 77/17 juris Rn. 17), der Betreuungsanteil ist neben dem Vermittlungsanteil typischer eigenständiger Bestandteil der vom Versicherungsunternehmen gezahlten Courtage.

Der Versicherungsmakler nimmt auch vielfach Pflichten wahr, die ansonsten vom Versicherer selbst zu erfüllen wären und bei deren Nichterfüllung jener schadensersatzpflichtig wäre. Davon geht im Übrigen auch der Gesetzgeber aus, der im § 6 Abs. 5 VVG bestimmt, dass der Versicherer, der Beratungspflichten nach den Absätzen 1, 2 oder 4 verletzt, dem Versicherungsnehmer zum Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verpflichtet ist, dass dies aber gemäß Absatz 6 des § 6 VVG nicht gelte, wenn der Vertrag mit dem Versicherungsnehmer von einem Versicherungsmakler vermittelt worden ist.

Demgegenüber sind gebundene Versicherungsvertreter von einem Versicherer mit dem Vertrieb der Produkte des jeweiligen Versicherers betraut (§ 59 Abs. 2 VVG). Sie sind Interessenwahrer des Versicherers – regelmäßig in der Rechtsform des Handelsvertreters (§ 84 HGB). Infolgedessen können sie, anders als der Versicherungsmakler, keine Produkte konkurrierender Versicherer anbieten – sie können auch die verschiedenen am Markt angebotenen Versicherungen nicht miteinander vergleichen und mit den Wünschen und Bedürfnissen der jeweiligen Kunden abgleichen. Daraus folgt, dass ein Versicherungsvertreter nach seiner Rechtsstellung und seiner Natur gar nicht in der Lage ist, einem Kunden Versicherungen eines anderen Versicherers zu empfehlen, auch wenn dort für ihn die Provision womöglich höher wäre, als bei seinem eigenen Haus.

Anders formuliert: Die Gefahr, durch unterschiedlich hohe Provisionsgestaltung der verschiedenen Versicherer am Markt den Kunden Produkte anzubieten, die ihren Bedürfnissen und Wünschen nicht oder nicht optimal entsprechen, besteht – unter Provisionsaspekten – beim

gebundenen Vertreter nicht. Ihm gegenüber würde der vom deutschen Gesetzgeber geplante Provisionsdeckel von vornherein strukturell ‚leerlaufen‘.

Das Gleiche gilt aus der Perspektive der Versicherer, die mit gebundenen Vertretern arbeiten. Sie sind, wie erwähnt, nicht an die Provisionshöhen anderer, konkurrierender Versicherer gebunden. Wenn sie ihre Position im Wettbewerb stärken wollen, so können sie dies über die Provisionsgestaltung tun. Das gilt sowohl für Absenkungen als auch für Erhöhungen von Provisionszahlungen.

Der vom deutschen Gesetzgeber erwogene Provisionsdeckel würde somit bei gebundenen Vertretern ausschließlich dazu führen, dass der heute mögliche Wettbewerb über die Höhe der Provision beseitigt würde. Damit würde der Gesetzgeber entscheidend in den Preiswettbewerb auf den Märkten für Lebensversicherungen, und zwar zum Nachteil der Versicherer, der Vermittler und der Kunden, eingreifen.

Die Versicherer könnten ihre Produkte nicht mehr differenzieren – das heißt, es entstünde der Eindruck, als wäre jedes Produkt gleich, obwohl es in Wirklichkeit sehr unterschiedliche Leistungen bündelt. Es ist ein großer Unterschied, ob ein Versicherer eine Risikolebensversicherung, eine Sterbegeldversicherung, eine kapitalbildende oder eine fondsgebundene Lebensversicherung anbietet, um nur einige wenige Beispiele zu nennen. Die Beratungsleistung bei jedem dieser Produkte ist zeitlich höchst unterschiedlich, weil die Komplexität dieser Produkte stark differenziert. Der Vergleich zwischen einer Sterbegeldversicherung auf der einen Seite und der einer fondsgebundenen Renten-

versicherung auf der anderen Seite dürfte dies hinreichend verdeutlichen.

Der Gesetzgeber würde durch einen einheitlichen Provisionsdeckel die gravierenden Produktdifferenzierungen ohne jeden Sachgrund einbrennen. Zugleich würde er damit sowohl bei den gebundenen Vertretern als auch bei den Versicherungsmaklern und den Versicherungsberatern die Möglichkeit, je nach Produktkomplexität und nach Kenntnisstand des jeweiligen Kunden zu beraten, unterbinden.

Wie oben schon betont, entstünde auf diese Weise ein Fehlanreiz zu Lasten der Vermittler und der nachfragenden Kunden im Sinne einer möglichst standardisierten, stark vereinfachenden und schnellen Beratung, weil der Zeitaufwand, den der Vermittler für eine qualitätsvolle, umfassende, individuelle Beratung des Kunden aufwenden müsste, nicht honoriert wird. Es entstünde mit anderen Worten zu Lasten der Kunden eine Qualitätsabwärtsspirale und damit genau das Gegenteil dessen, was der deutsche Gesetzgeber (angeblich) plant.

Die individuelle Beratung der Kunden, insbesondere durch Versicherungsmakler und Versicherungsberater, würde durch einen solchen gleichförmigen, alle Produkte der Lebensversicherung umfassenden Deckel, gleichgeschaltet werden. Der Anreiz für eine qualitätsvolle Beratung durch Versicherungsvermittler wäre auf diese Weise nicht mehr gewährleistet.

Genau das Gegenteil wollte der Gesetzgeber aber im Zusammenhang mit der Umsetzung der IDD in § 34d Abs. 1 GewO verwirklichen. Dort war ursprünglich ein Honorarannahmeverbot vorgesehen (BT-Drucks. 18/11627, S. 6; zur Begründung S. 34/34). Dieses Honoraran-

nahmeverbot ist nach ausführlicher Diskussion und Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie aufgegeben worden, und zwar deshalb, um die Honorarberatung, insbesondere über die Versicherungsmaklerschaft, zu stärken.

Würde der deutsche Gesetzgeber den geplanten Höchstpreisdeckel in der Lebensversicherung einführen, so läge darin zugleich die Wiederbelebung der Idee des Honorarannahmeverbotes durch die Hintertür. Es gäbe für Versicherer und Vermittler keinen Sachgrund mehr, Provisionen unterhalb des Deckels zu vereinbaren. Damit aber gäbe es auch keinen Sachgrund mehr für irgendeine individuelle Honorarvereinbarung mit dem Kunden, denn diese dürfte ohnehin nicht höher sein als der Provisionsdeckel es vorgibt.

Es bleibt somit bei dem Befund, dass der Provisionsdeckel jeden Anreiz für eine individuelle, zeitaufwändige, qualitätsvolle Beratung des Kunden im Keim erstickt und damit letztlich eine Qualitätsabwärtsspirale zu Lasten der Kunden in Gang setzt, d. h. genau das Gegenteil dessen bewirken wird, was der Gesetzgeber sich (angeblich) wünscht. Für die Versicherungsmakler als Sachwalter ihrer Kunden wäre eine solche Gängelung geradezu existenzgefährdend. Sie hätten keine Möglichkeit mehr, gegenüber ihren Kunden ihrer *Sachwalterfunktion* Ausdruck zu verleihen, denn sie könnten dem berechtigten Wunsch des Kunden nach ausführlicher, intensiver und individueller Beratung letztlich nicht nachkommen, da sie dafür nicht entlohnt werden.

Das Gleiche gilt für Versicherungsberater. Der berechtigten Wunsch des Kunden nach einer ausdifferenzierten und qualitativ hochstehen-

den Beratung über eine Vielzahl von Versicherungsprodukten am Markt würde sich im Vermittlerentgelt nicht mehr auswirken können. Für den Kunden würden die grundlegenden und wichtigsten Unterschiede zwischen den Vermittlertypen verschwimmen, da jeder für seine Beratung und für die Vermittlung ein Entgelt in gleicher Höhe beanspruchen würde.

4. Unverhältnismäßigkeit der Gleichheitswidrigkeit

Schon diese beispielhaften Darlegungen machen deutlich, dass eine pauschale und undifferenzierte Kappungsregelung in Bezug auf Vermittlerprovisionen auf sehr unterschiedliche Sachverhaltsgestaltungen und auf verschiedene Personengruppen Anwendung fände, die sehr unterschiedliche Berufsbilder mit differenzierten Tätigkeitsfeldern, Aufgaben und Pflichten abbilden. Die gesetzgeberische Regelung stellte also eine sehr intensive Durchbrechung des grundrechtlichen Gleichheitsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG dar, die nicht durch die strenger Rechtfertigungsgründe, die das Bundesverfassungsgericht in derartigen Fällen aufstellt, gerechtfertigt wäre. Sie wäre weder zur Erreichung eines hinreichend legitimen Zwecks beziehungsweise eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes geeignet und erforderlich noch stünde sie in einem ausgewogenen und angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht des vom Gesetzgeber verfolgten Regelungsziels. Damit läge nicht nur eine verfassungswidrige Beschränkung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG vor.

IV. Der Provisionsdeckel in der substitutiven Krankenversicherung

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Provisionsdeckel in der substitutiven Krankenversicherung, der in § 50 Abs. 1 VAG geregelt ist, mit dem Provisionsdeckel, den der Gesetzgeber für die Lebensversicherung plant, rechtlich nicht vergleichbar ist. Nach § 50 Abs. 1 VAG dürfen Versicherungsunternehmen den Vermittlern für den Abschluss von substitutiven Krankenversicherungen in einem Geschäftsjahr keine Abschlussprovisionen oder sonstige Vergütungen gewähren, die insgesamt 3 % der Bruttobeitragssumme des Neuzugangs übersteigen.

Demgegenüber geht es dem vom Gesetzgeber geplanten Provisionsdeckel in der Lebensversicherung nicht nur um die Deckelung von Abschlussprovisionen, sondern um eine Provisionsdeckelung über die Gesamtlaufzeit des Versicherungsvertrages. Erfasst sind damit auch alle Betreuungsprovisionen während der Laufzeit des Vertrages. Alle Beratungsdienstleistungen, die ein Vermittler nach Abschluss des Vertrages, während der häufig sehr langen Laufzeit der Lebensversicherung, gegenüber dem Kunden erbringt, sind somit durch den Provisionsdeckel erfasst. Dies ist in der substitutiven Krankenversicherung nicht der Fall. Deshalb ist der Provisionsdeckel in der substitutiven Krankenversicherung mit dem vom Gesetzgeber in der Lebensversicherung geplanten rechtlich völlig unvergleichbar.

Es bedarf deshalb keiner vertiefenden Auseinandersetzung zu der Frage, ob der Provisionsdeckel in der substitutiven Krankenversicherung seinerseits verfassungsrechtlich legitimierbar ist. Insoweit bestehen

Zweifel, weil insbesondere auch hier die Nivellierung der Vermittlungsvergütung dazu führen könnte, dass gerade die höher qualifizierten Vermittlungs- und Beratungsleistungen auf Dauer unmöglich gemacht oder doch zumindest ernsthaft behindert werden.

Die Argumentation muss an dieser Stelle nicht vertieft werden, da die Ausgestaltung des Provisionsdeckels in der Lebensversicherung von derjenigen der substitutiven Krankenversicherung grundlegend abweicht. Zudem war die Ausgangslage eine andere, da zum Zeitpunkt der Einführung des Provisionsdeckels in der Krankenversicherung bei Teilen der Versicherer tatsächlich unangemessene Provisionsmodelle existierten, bei denen die Abschlussprovisionen insbesondere nicht mit angemessenen Stornohaftungszeiten abgesichert waren. Eine solche marktkritische Ausgangslage ist in der Lebensversicherung – wie der LVRG-Evaluierungsbericht zeigt – gerade nicht gegeben.

D. Wesentliche Ergebnisse

1. Die gesetzliche Einführung eines Provisionsdeckels bei der Vermittlung von Lebensversicherungsverträgen würde einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der Versicherungsunternehmer und der Versicherungsvermittler aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen.
2. Ein solcher Eingriff wäre nicht durch verfassungslegitime Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt. Das Vorliegen solcher Gründe ist empirisch nicht belegbar. Der Gesetzgeber überschreite seinen von der Verfassung eingeräumten Einschätzungs-, Bewertungs- und Prognose-

spielraum, wenn er solche Gründe und deren Voraussetzungen ohne jede tatsächliche Fundierung unterstellte.

3. Abschließende Aussagen zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne lassen sich zu diesem Zeitpunkt nicht treffen, weil noch nicht feststeht, wie eine solche gesetzliche Regelung im Einzelnen aussehen, insbesondere in welcher Höhe ein Provisionsdeckel vom Gesetzgeber festgelegt werden wird. Bewegte sich die künftige Gesetzgebung in der derzeit diskutierten Größenordnung, ergäbe eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Grundrechtseingriffe und der bei den betroffenen Grundrechtsträgern drohenden Nachteile auf der einen Seite und dem Gewicht, der Bedeutung und der Dringlichkeit der zu ihrer Rechtfertigung herangezogenen Gemeinwohlgründe auf der anderen Seite die Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

4. Unter eine gesetzliche Regelung eines Provisionsdeckels, die undifferenziert für alle Versicherungsvermittler im Bereich der Lebensversicherungen gelten würde, fielen sehr unterschiedliche Berufsgruppen und Berufsbilder mit sehr unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern, Aufgaben und Pflichten. Es läge also eine gesetzliche Gleichbehandlung höchst unterschiedlicher Sachverhalte und Personengruppen vor.

5. Das Gleiche gilt mit Blick auf höchst unterschiedliche Lebensversicherungsprodukte. Sterbegeldversicherungen oder Risikolebensversicherungen, die einen vergleichbar geringen Beratungsaufwand fordern, werden im Hinblick auf die Provisionshöhe in einen Topf mit

hochkomplexen Altersvorsorgeprodukten, wie etwa einer Fondsgebundenen Rentenversicherung oder einer Direktversicherung im Rahmen der betrieblichen Alterssicherung, geworfen. Restschuldversicherungen werden häufig als Annexversicherungen zu Ratenzahlungskäufen in Einkaufsmärkten angeboten. Sie dienen der Absicherung der Restkaufpreiszahlung und sind in ihrer Beratungsintensität mit Heirats- oder Geburtenversicherungen oder Kapitalisierungsgeschäften nicht annähernd vergleichbar. Schon aus diesem Grunde verbietet sich eine gesetzliche Gleichbehandlung im Bereich des Vermittlerentgelts.

6. Eine solche Gleichbehandlung bedürfte auch vor dem Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG der besonderen Rechtfertigung. Art. 3 Abs. 1 GG schützt nicht nur vor der Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte, sondern auch vor der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen.

7. Die gesetzliche Regelung einer Provisionsdeckelung hätte Auswirkungen auf die grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten, so dass die Wahrung des Gleichheitsgrundrechts nicht nur nach Maßgabe eines Willkürverbots, sondern anhand der strengen Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist.

8. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen diene nicht der Erreichung eines verfassungslegitimen Zwecks des gemeinen Wohls und stünde auch in keinem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der vom Gesetzgeber verfolgten

Regelungsziele. Es läge mithin auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

München, im Januar 2019

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hans-Jürgen Papier', written in a cursive style.

Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier