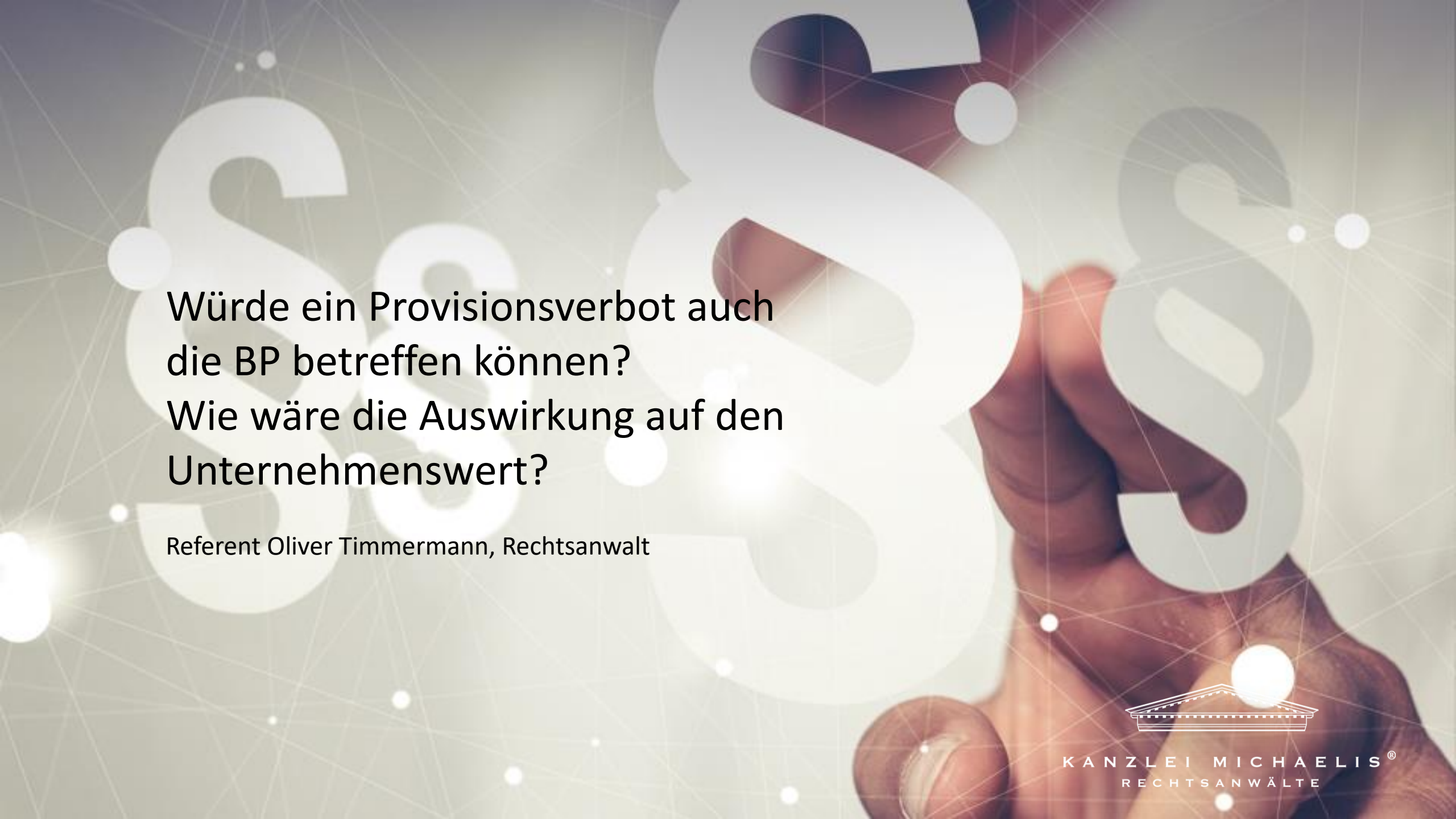




KANZLEI MICHAELIS®
RECHTSANWÄLTE

Fachtagung an der Bucerius Law School
20.02.2024



Würde ein Provisionsverbot auch
die BP betreffen können?
Wie wäre die Auswirkung auf den
Unternehmenswert?

Referent Oliver Timmermann, Rechtsanwalt



KANZLEI MICHAELIS®
RECHTSANWÄLTE

Gliederung

- 1.) Provisionsdeckelung;
- 2.) Provisionsverbot
 - a) Ursachen
 - b) Folgen
- 3.) Ergebnis



Provisionsdeckel/ Provisionsverbot

1.) Begrifflichkeiten

a) Der *Provisionsdeckel* ist ein Begriff aus dem Problemkreis des **Niedrigzinsumfelds**.

Das Zinstief erschwerte es den VR, die mit einem Höchstrechnungszins von max. 4 % gewährten Garantien bezogen auf das Vers.-Kollektiv zu erwirtschaften. Die 2008 in §153 VVG geregelte **Beteiligung des VN an den Bewertungsreserven** hat das Problem vergrößert. Die zur Absicherung der Garantien aufgebauten Bewertungsreserven mussten zugunsten der Überschussbeteiligung der abgehenden VN aufgelöst werden. Eine ähnlich renditeträchtige Anlage für neue Kapitalanlagen fehlt.

Vor diesem Hintergrund verschiedene versicherungsaufsichtsrechtliche Maßnahmen.

- 2011 DeckRV über der **Bildung einer Zinszusatzreserve**;
- 2013 Verordnung über Rückstellung für **Beitragsrückerstattung** und
- 2014 **LVRG**.

Diese gesetzl. Maßnahmen haben zu einer **Absenkung der Abschlusskosten** geführt und es den VR erlaubt, **Bewertungsreserven** unter bestimmten Voraussetzungen nicht auskehren zu müssen sowie Verluste aus dem Kapitalanlage-, dem Risiko-Ergebnis mit Gewinnen aus anderen Ergebnissen zu verrechnen.



Provisionsdeckel

Nach Evaluierung des LVRG durch das BMF 2018 neuer **Referentenentwurf** (vom 14.6.2019) **zum LVRG II.**

Danach sollte eine weitere Absenkung der Abschlusskosten u.a. durch eine **Deckelung der Provisionen** und sonstigen Vergütungen beim Abschluss von Lebensversicherungen erreicht werden. Der Entwurf sah vor, die Vermittlung nicht nur nach Volumen, sondern auch über Qualitätsmerkmale zu vergüten. Insb. soll bei kapitalbildenden Lebensversicherungen die Abschlussprovision an Versicherungsvermittler i.H. von 2,5 % der Bruttobeitragssumme gedeckelt werden.

Durch das Erfüllen v. Qualitätskriterien bei der Beratung sollte eine Anhebung auf 4% mögl. sein. Qualitätskriterien nach § 50a Abs. 2 VAG-Entwurf: Anzahl der Verbraucherbeschwerden, Stornoquote, Umfang der Beanstandungen der Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben durch den Versicherungsvermittler sowie Beratungsqualität sein.

Politisch war dieser Referentenentwurf in der großen Koalition aber nicht durchsetzbar, so dass in dieser Legislaturperiode lediglich der Provisionsdeckel in der Restschuldversicherung Gesetz geworden ist.



Provisionsdeckel

Ein Beispiel, bei dem die staatl. Intervention bzw. Provisionsbegrenzung klappte, ist die substitutive KV. Seit 2012 gilt eine Beschränkung in drei Stufen:

- an „*alle Vermittler*“ darf der VR in einem Geschäftsjahr nur 3% der Bruttobeitragssumme des Neuzuganges an Abschlussprov. zahlen, das entspricht 9 Monatsbeiträgen (vgl. § 50 Abs. 1 VAG);
- „*an den einzelnen Vermittler*“ darf der VR max. 3,3% der Bruttobeitragssumme zahlen, das sind 9,9 Monatsbeiträge (vgl. § 50 Abs. 1 S. 3 VAG und
- „*beim einzelnen Vertrag*“ dürfen diese 3,3% ebenfalls nicht überschritten werden, vgl. § 50 Abs. 1 S. 3 VAG.



Provisionsdeckel

Der ehem. Präsident des BVerfG H.-J. Papier (2002-2010) kam in seinem Gutachten aus 2019 bzgl. des LVRG II zu folgendem Ergebnis:

„Die gesetzliche Einführung eines Provisionsdeckels bei der Vermittlung von LV-Verträgen würde einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der VR und Vermittler aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Ein solcher Eingriff wäre nicht durch verfassungslegitime Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt.“

Gutachten abrufbar unter: https://login4.sitepackage.de/_media/votum-verband.de/2360-0-0-0.pdf; vgl. auch: Krause/Wolfsdorf, „Run-off in der Lebensversicherung“, 2021, S. 267 ff.

Grundsätzlich ist die Frage angesprochen, ob und inwieweit der Staat in das Kräftespiel der Marktbeteiligten Unternehmer (Produktgeber/ Vertreiber) eingreifen darf.



Provisionsdeckel

Die o.g. Regelungen in der substitutiven KV sollen dem Verbraucherschutz dienen. Angestrebt war, die zuvor statthabenden „*Vergütungsexzesse*“ (Stichwort Mehmet Göker) zu unterbinden und dem Vermittler den Anreiz zu nehmen, ein pKV Wechsel nur aus Profitinteresse anzuempfehlen.

Hier kann man nun sagen, dass der Staat sich aus dem Preismechanismus zw privatrechtlichen Teilnehmern herauszuhalten hat; es gilt Schmidt-Rimpler's These der Richtigkeitsgewähr des gegenseitigen Vertrages, vgl. ders., „*Zum Vertragsproblem*“, FS Raiser 1974, S. 3 ff.

Es sei denn ordo-politische Maßnahmen sind zum Schutz des Schwächeren angezeigt, weil die Kräfte des Marktes versagt haben, sog. „*Marktversagen*“, vgl. Starke, Verbraucherschutz und Grundgesetz, 2021, S. 8 ff.



Provisionsdeckel

Mit dem o.g. Satz griff der Verfassungsrechtlicher Papier in die Truhe der sog. **3-Stufen-Theorie** des Art. 12 GG; Grundrechtsdogmatik sieht vor

- SB des GR
- Eingriff in den SB und
- Rechtfertigung des Eingriffs (Verhältnismäßigkeit)

Bei dem Grundrecht der freien Berufsausübung wird nun bei den Eingriffen und der Rechtfertigung nun zw. Berufsausübungs- („Wie“) und subj. und objek. Berufszugangsregeln („ob“) unterschieden.

Bei der Frage, ob ein Eingriff durch od. aufgrund eines Gesetzes gerechtfertigt ist, muss dieser „geeignet“, „erforderlich“ und „verhältnismäßig i.e.S.“ sein; die Antwort des letzten Punktes variiert dann, je nachdem auf welcher „Stufe“ der Eingriff angesiedelt ist.

Gesetzl. Beeinträchtigungen der *Berufsausübung* – also 1. Stufe – setzen „*zweckmäßige Interessen des Allgemeinwohls*“ voraus.



Provisionsverbot

Mit der MiFID II aus 2014 wurde erstmals zwischen „*abhängiger*“ und „*unabhängiger*“ Anlageberatung unterschieden. Die Honorarberatung ist in Großbritannien, den Niederlanden oder USA bekannt.

Die klassische dt. Beratung ist dagegen grundsätzlich „*kostenlos*“. Hier wird die Gefahr eines *Interessenkonflikts* gesehen. Der entsteht, wenn der Anlagen-Vermittler hauseigene Finanzprodukte empfiehlt od. Rück-Vergütungen von dritter Seite erhält. Die Honorarberatung versucht, dies zu vermeiden.

Die MiFID II verlangt, darauf hinzuweisen, ob die Beratung *unabhängig* erbracht wird. Bei der Honorarberatung sind Drittvergütungen grundsätzlich untersagt und eine umfassende Marktanalyse ist geschuldet, vgl. Art. 24 Abs. 4, 7 MiFID II.



Provisionsverbot

Die Bezeichnungen „*unabhängiger Honoraranlageberater*“ darf nach § 94 Abs. 1 WpHG nur führen, wer einen Eintrag im entsprechenden BaFin-Register führt. Eine Bank, die behauptet, ihre Kunden „unabhängig“ zu Wertpapieren zu beraten, obwohl sie nicht im Honorarberater-Register eingetragen ist, verstößt gegen die Wohlverhaltenspflichten i.S. des § 63 Abs. 6 S. 1 WpHG.

Dort heißt es: *„Alle Informationen, die Wertpapierdienstleistungsunternehmen Kunden zugänglich machen, einschließlich Marketingmitteilungen, müssen redlich und eindeutig sein und dürfen nicht irreführend sein.“*

In diesem Sinne entschieden nun zuletzt auch die LG Bremen (vgl. Urt. v. 11.07.2023 – 9 O 1081/22) und LG Köln (vgl. Urt. v. 15.06.2023 – 33 O 15/23), dass Versicherungsmakler sich nicht als „*unabhängige Berater*“ bezeichnen können; es würde gegen das Trennungsprinzip zum Versicherungsberater i.S. des § 34d Abs. 3 GewO verstoßen, vgl. Timmermann, *„Wann ist ein Versicherungsmakler „unabhängig“*, ZfV 2024, S. 22 ff.



Provisionsverbot

Dreh- und Angelpunkt des aktuell diskutierten „**Provisionsverbots**“ für Versicherungsmakler ist diese „*Gefahr eines Interessenkonflikts*“, da er trotz seiner Leistungsbezogenheit für den VN durch den VR vergütet wird.

Für das Normalverständnis ist diese Argumentation nicht wirklich nachvollziehbar, da die Courtage-Zusage zw. Vers.-Makler und VR ein gewachsenes Institut ist und eine reine *Gefahr* eben auch noch kein Pflichtverstoß darstellt. Entsprechend lesen sich dann die Schriftsätze und Kommentare, die zu den o.g. LG Urteilen ergingen.

Die Urteile sind m.E. „*ambitioniert*“, jedoch nicht falsch. Das hat folgenden Grund:



Provisionsverbot

In der **dt. Übersetzung der RIS-Entwurfes** heißt es in **Art. 30 Abs. 5b**, wenn ein Versicherungsvermittler dem Kunden mitteilt, dass seine Beratung **„ungebunden“** erfolge, diese auf einer **hinreichenden Zahl** angebotener Versicherungsprodukte beruhen muss und er **keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre oder nicht-monetäre Vorteile durch eine dritte Partei** dafür annehmen darf.

Der **Vermittlerverband BVK** hat sich gegenüber dem europäischen Parlament dafür eingesetzt, **dass diese Übersetzung korrigiert** wird.

Statt **„ungebunden“** soll es wie in der englischsprachigen Fassung **„unabhängig“** („independent“) heißen.



Provisionsverbot

Im Kern geht es darum,

nach dem BGH-Urteil von 1985 ist ein **Versicherungsmakler zwar ein „treuhänderähnlicher Sachwalter“**, der im Auftrag des Kunden handelt, er darf dennoch für seine Dienstleistung eine Provision durch den Versicherer erhalten.

M.a.W.: Ein Versicherungsmakler kann zwar „ungebunden“ ggüb. den Versicherern sein, d.h. er nimmt seine Vertriebstätigkeit nicht im Auftrag eines VRs, sondern des VN wahr, **er ist aber dennoch nicht gänzlich „unabhängig“**, da er seine **Courtage vom VR** erhält.



Provisionsverbot

Die Vergütung aus der Sphäre des VR ist das Trennungsmerkmal zw. Makler und Berater; Argumente, die da lauten, dass der Makler doch „*immer unabhängig*“ war, übersehen diese Bezüglichkeit bzw. Vergleichsmaßstab.

Allein die „*Gefahr*“ einer Beeinflussung infolge der Vergütung durch den VR ist heutzutage bereits ausreichend, um weitere gesetzl. Regulierungen aufzulegen, da die „*risikoaverse Prävention*“ das Mittel des modernen **Gewährleistungs-Staates** ist.



Provisionsverbot

Immer mehr Anforderungen müssen bei immer weniger Durchsetzungskraft der Gesetze bewältigt werden (Steuerungskrise des Gesetzgebers). Die Lösung lautet: prinzipienbasierte Folgenorientierung

Ob eine Pflichtverletzung vorliegt, entscheidet sich nicht allein an der Regelung unter den Parteien, sondern auch nach der Folgewirkung der jeweiligen Handlung (Handlungstheorie).

In diesem Sinne sind auch die Regelungen Art. 17 IDD und § 1a VVG zu verstehen. Die Konzentrierung auf die „*bestmöglichen VN-Interessen*“ stellt ein Scharnier dar, über die geregelten „Pflichten“ auch die weiterreichenden Interessen zu haben, vgl. Rüsing, „*Handeln im bestmöglichen Interesse des VN*“, VersR 2023, 345 ff.



Provisionsverbot

Die RIS-Vorgaben sehen zwar kein **absolutes**, dennoch ein **partiell**es Provisionsverbot vor. Es wird folgendes vorgeschlagen:

Provisionen für Vermittlungen sind nur zulässig, wenn

- eine umfassende Beratung (d.h. persönliche Empfehlung und entsprechende Eignungsprüfung) erfolgt und (kumulativ)
- sofern die Zuwendungen die Einhaltung der Pflicht zu einem ehrlichen, und professionellen Handeln im besten Interesse des Kunden nicht beeinträchtigen und
- unabhängig davon gilt ein Anreiz- bzw. Provisionsverbot dann, wenn die Vermittlung ohne Beratung erfolgt sowie für Vermittlungen, bei denen die Beratung auf unabhängiger Basis (im englischen Text: „*independent*“) erfolgt.



Provisionsverbot

Geht's nicht auch eine Nummer kleiner? Viele von Ihnen werden jetzt sagen od. denken, ob es nicht mal langsam ausreicht und nicht ohnedies die Haftungsrisiken des Maklers schon auswuchern; warum dann noch so einen „*abstrakten Mist*“ zusätzlich?

Der Grund ist:



Provisionsverbot

In der *Principal-Agent*-Theorie untersuchten Beziehungen sind durch eine *asymmetrische Informationsverteilung* zwischen den Partnern gekennzeichnet.

Der Agent hat dabei ggüb dem Prinzipal einen Informationsvorsprung. Um Aufgaben nicht selbst zu erledigen, überträgt der Prinzipal Aufgaben und Entscheidungskompetenzen auf den Agenten. Die Handlungen des Agenten beeinflussen daher nicht nur sein eigenes Nutzenniveau, sondern auch das des Prinzipals.

Ziel des Ansatzes ist es, durch ein Arrangement von richtig gesetzten Anreizen, den Agenten dazu zu bewegen, im Interesse seines Prinzipals zu handeln. Da die Interessen des Prinzipals meist denen des Agenten entgegenstehen, bedarf es gezielter Anreizmechanismen.



Provisionsverbot

Ursache des partiellen Provisionsverbotes ist damit eine Rückbindung der Vermittler an die materiellen Verbraucherinteressen i.S. der modernen Handlungstheorie. Grund dafür ist das nach wie vor bestehende Misstrauen ggüb der Finanzdienstleistungsbranche.

Diese Maßnahmen sind auch „*verhältnismäßig*“ i.S. der 3-Stufen-Theorie sein, da mithin die Karte an den Vermittler weitergegeben wird; dessen Beratungsbemühungen werden zunehmend **materialisiert**.



Ergebnis

Im Ergebnis ist die Frage meines Vortrages also bereits falsch gestellt. Ein komplettes Provisionsverbot war nicht geplant und steht auch derzeit **nicht** bevor, allen gmx-pop-up „Experten“ oder youtube Hassadeuren zum Trotz. Der Druck auf die Vermittler wächst derzeit durch weitere Verwässerung der Pflichtenstruktur. Dies ist aber ein bekanntes dogmatisches Problem (vgl. § 241 Abs. 2 BGB). Ursache dafür ist die zunehmende Ausdifferenzierung des Markverhaltens und die Schwäche des Rechts, sich unbedingt an „*eindeutige*“ Begriffe klammern zu wollen.



Ergebnis

Ursache der IMD und der IDD war ein von der Politik ausgemachtes „*Marktversagen*“, d.h. die Marktteilnehmer (VR wie Vermittler) haben zu lange und zu stark ihre Verdienstmöglichkeiten den materialen Verbraucher-Interessen entgegengestellt. Dies soll bei der Produktherstellung (vgl. §§ 23a ff. VAG) wie bei der Beratung am „*point-of-sale*“ nun eingefangen werden.

Erst wenn diese gesetzlichen Maßnahmen der Regulierung nicht fruchten, wäre der Gesetzgeber wieder am Zug. Nach dem jetzigen handlungstheoretischen Ansatz würde aber nicht zw. Abschluss- oder Bestand-Provision zu unterscheiden. Anstoß wäre bereits die Vergütung durch den VR an sich.



Ergebnis

Das **volle Provisionsverbot** hält Art. 22 Abs. 3 IDD aber tats. als Option bereit; da heißt es:

„(3) Die Mitgliedstaaten können Versicherungsvertreibern die Annahme oder den Erhalt von Gebühren, Provisionen oder anderen monetären oder nichtmonetären Vorteilen, die ihnen ein Dritter oder eine Person, die im Namen eines Dritten handelt, zahlt oder gewährt, im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Versicherungsprodukten beschränken oder untersagen.“

Das ist „*nett*“, es stellt sich dann aber das Problem, ob das EU Recht über dem GG steht ... Die Frage ist jedoch zu verneinen.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihr,
Oliver Timmermann



KANZLEI MICHAELIS®
RECHTSANWÄLTE

Fragen?



KANZLEI MICHAELIS®
RECHTSANWÄLTE

