

## **Staffelprovisionen im Versicherungsvertrieb: Verbot oder Offenlegungspflicht?**

Zum Vorrang von Transparenzgeboten vor Verbotsregulierung durch EU-Richtlinien

von Harald Herrmann\*

### Inhalt

<u>I. Vermeidung von Fehlanreizen statt Re-Regulierung?</u> .....	1
<u>II. Gesetzgebungsstand und Umsetzung der EU-Vertriebsrichtlinie 2016</u> .....	5
<u>III. Brokerage englischen Rechts und Gefahren verzerrten Wettbewerbs</u> .....	9
1. Versicherungs- und Anlagevermittlung in der Tradition der suitability doctrine (9)	
2. Umsetzung der IDD und Grundsatz minimalen Wettbewerbseingriffs (11)	
<u>IV. Zulässigkeit transparenter Staffelprovisionen</u> .....	13
1. Höchstnormwirkung von EU-Richtlinien (13)	
2. Zur Bedeutung der Transparenzgebote in der Lebensversicherung (15)	
3. Zulassung der Nettopolice und Transparenzanforderungen (17)	
4. Verbesserung kompatibler Interessenwahrung durch Transparenz (18)	
<u>V. Verbotbarkeit</u> .....	20
1. Intransparente Staffelung und profilmfremde Empfehlungsanreize (20)	
2. Fehlanreize wegen überhöhter Provisionsstufen (22)	
<u>VI. Zusammenfassung und Ausblick</u> .....	22

*Der seit Dez. 2018 vorliegenden neuen VersicherungsvermittlerVO lässt sich entnehmen, dass künftig daran gedacht ist, Staffelprovisionen möglichst zu verbieten. Der folgende Beitrag zeigt einen europarechtlich abgestimmten Lösungsweg auf und zieht vergleichend das britische Recht heran, das keine Verbotsregulierung bejaht, sondern statt dessen die Transparenzlösung befürwortet. Staffelprovisionen werden unter der Voraussetzung zugelassen, dass sie dem Kunden offengelegt werden. Die Umsatzanreize der Staffelung bleiben erhalten; doch wer diese nutzt, muss selbst dafür sorgen, dass der Kunde weiß, welches Risiko er mit einem (auch) umsatzmotivierten Versicherungsvermittler eingeht, sollte dieser sein Vertrauen missbrauchen, um eigene Vorteile der Provisionsstaffelung zu optimieren. – Vorab wird der Leser um Verständnis für den einen oder anderen Formmangel gebeten. Das englische Anhörungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen und bleibt wohl wegen der BREXIT-Probleme vorläufig liegen. Updates folgen.*

### **I. Vermeidung von Fehlanreizen statt Re-Regulierung**

Weiterhin scheint beinahe jedes Bemühen angebracht, Ursachen der Finanzkrisen nach 2003/8 zu bekämpfen, wenn es nur nach Verstreichen so vieler Folgejahre endlich zum oder anderen Kern der Probleme vorstößt. Ein solches Kernprobleme dürfte darin zu sehen sein, dass die Vermittlung von Kapitalanlagen mit Derivaten und Versicherungsprodukten auf sog. grauen Märkten ohne hinreichende Regulierung erfolgt. Nicht nur, dass die Börsenordnungen

\* Prof. em. Universität Erlangen-Nürnberg und Rechtsanwalt in der Kanzlei THORWART, Nürnberg

und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nicht zufriedenstellend greifen,<sup>1</sup> sondern auch das geltende außerbörsliche Vertriebsrecht weist erhebliche Lücken auf, die es zu beheben gilt.<sup>2</sup> Dies zu tun, ohne in den Modus lähmender Überregulierung zu verfallen, wie er vor der Deregulierung der 70er/80er Jahre Gang und Gäbe war, ist ein erklärtes politisches Anliegen seit dem Koalitionsvertrag vom Herbst 2009.<sup>3</sup> Was kann die Wissenschaft des Wirtschaftsrechts und speziell des Versicherungsvertriebsrechts dazu beitragen?

Es wird den Leser vielleicht überraschen zu hören, dass wichtige Vorarbeiten zum Handelsmaklerrecht bereits auf das Jahr 1975 zurückgehen, als man entdeckte, dass die §§ 93 ff. HGB nicht nur auf die herkömmliche Vermittlung von Waren- und Wertpapierkäufen, sondern auch auf den Vertrieb von genormten Anteilen an Publikumpersonengesellschaften in sog. grauen Kapitalmärkten anwendbar sein sollte.<sup>4</sup> Zwar ist bis heute keine volle Einigkeit in dieser gesellschaftsrechtlichen Spezialfrage erzielt.<sup>5</sup> Wohl aber wurde damals schon ein erster Anfang gemacht, auch außerhalb des Börsenhandels wirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die dem unverantwortlich risikofreudigen Treiben kurzfristig gewinnorientierter Marktteilnehmer entgegenwirken konnten. Auch dieser Ansatz hat letztlich nicht verhindert, dass es viele Jahre später zu den schrecklichen Erfahrungen der besagten Finanzkrisen kam. Doch muss man das wohl primär grundlegendem Politikversagen<sup>6</sup> und nicht der Rechtswissenschaft anlasten. Jedenfalls ist aber auch die Forschung in vielfältiger Hinsicht zum Umdenken herausgefordert.

In rechtswissenschaftlicher Hinsicht wäre es passender, statt von Re-Regulierung<sup>7</sup> von informationsökonomisch steuernder Anreizregulierung<sup>8</sup>, „private governance“<sup>9</sup> oder von

---

<sup>1</sup> Überblick bei *Grunewald*, Einführung in das Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2014; *Herrmann/Roth*, Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen, 2008/18, S. 548 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Küstner/Thume*, Hdb. des gesamten Vertriebsrechts, Bd. 3 Vertriebsrecht, 4. Aufl. 2015; bahnbrechend insofern schon *M. Lutter*, in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, F Schr. Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, 1975 S. 605 ff.; *Grießenbeck*, BB 1088, 2188; zum heutigen Stand *Heymann/Horn/Herrmann* HGB-Komm. 3. Aufl. 2018, § 93 Rdn. 2a.

<sup>3</sup> Koalitionsvertrag 2009 Kap. 4.5: „Wir wollen ein konsistentes Finanzdienstleistungsrecht schaffen, damit Verbraucher in Zukunft besser vor vermeidbaren Verlusten und falscher Finanzberatung geschützt werden... Die Kunden müssen die wesentlichen Bestandteile einer Kapitalanlage, sämtliche Kosten und Provisionen einschließlich Rückvergütungen schnell erkennen können“; zit.n. Wikipedia zum Stichwort kick-back (download v. 28.7.2018).

<sup>4</sup> *M. Lutter*, a.a.O., Fn. 1; *Grießenbeck*, BB 1088, 2188.

<sup>5</sup> Wie *Lutter* OLG Frankfurt/M. WM 1979, 1396; offen gelassen aber noch in BGH WM 1984, 668; zum Börsen- und Kursmakler s. §§ 29 ff. BörsG.

<sup>6</sup> Schlagwort zur Überforderung politischer Instanzen mit sozialen Schutzaufgaben; zur neueren demokratietheoretischen Diskussion internationaler politischer Entscheidungsorganisation vgl. *Teubner*, Fragmente

<sup>7</sup> Statt vieler *H. Schmidt*, Die Zeit 25.9.2008: „... der „...profitbesoffene(n) Euphorie... von der Wall Street“ sei verstärkte „Rückkehr zur Regulierung“ entgegenzusetzen.

<sup>8</sup> Vgl. nur *Köndgen*, AcP 2006, 433 ff.; weiterführend *Herrmann*, Privatrecht, Bd. 2, 2008/DVD update, 2018, Bd.1 Kap1 II.1; Bd. 2 Kap. 5 m.w.Nachw.

<sup>9</sup> Nachw. s. vorige Fn.; vgl. auch *Hopt*, in *ders.* u.a. (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance Banken, 2012, S. 9, 23; *ders.*, A.J.C.L. 1 (2011), 15.

„edukativem“ Regulierungsprivatrecht<sup>10</sup> zu sprechen; und das Handelsrecht ist aufgerufen, die überkommenen Konzepte des Vertrauens- und Verkehrsschutzes<sup>11</sup> durch solche „materialer Verantwortungsethik“ und wettbewerbsadäquater Verantwortungsbereitschaft<sup>12</sup> i.S. dieser Konzepte zu ergänzen.<sup>13</sup> Die hier zu kommentierende Richtlinie zum Versicherungsvertrieb (Insurance Distribution Directive, IDD)<sup>14</sup> enthält naturgemäß keine Angaben, geschweige denn Vorgaben zur Regulierungsmethode; wohl aber wird auffällig explizit darauf abgestellt, dass zum Provisionsrecht kein Eingriff in den Wettbewerb von Maklerdienstleistungen i.S. von Preiskontrollen vorgenommen werden soll, sondern lediglich die „Identifizierung von Interessenkonflikten“<sup>15</sup> und die Vermeidung dies bezüglicher „Fehlanreize“ bezweckt ist.<sup>16</sup> Solche Fragestellungen gehören zum Instrumentarium regulierungsprivatrechtlicher Anreizsteuerung und werden deshalb auch im Folgenden vorwiegend verfolgt.

Dabei geht es inhaltlich um Überprüfung der Europafestigkeit der Umsetzungsnormen nach gewissen Vorgaben der Mindest- bzw. Höchstharmonisierung. Aktuell hat der RegE zum Umsetzungsgesetz der IDD<sup>17</sup> solche europarechtlichen Bedenken zur Geltungseinschränkung von Aufklärungspflichten des Versicherers (VR) gem. § 6 Abs. 6 alter und neuer Fassung des VVG angemeldet,<sup>18</sup> die der Bundestag bei Verabschiedung der VVG-Novelle vom Juli 2018 allerdings recht sorglos übergangen hat.<sup>19</sup> Dabei ging es um Grenzen der Mindestregulierung, die die meisten Richtlinien vorgeben, um den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit einzuräumen, zu Vieles beim Alten zu belassen und dadurch die Richtl.-Ziele

<sup>10</sup> Micklitz Regulierungsprivatrecht, GPR 09, 254 ff.; 10, 2 ff.; E. Schumann Vorwort in: dies. (Hrsg.) Das erziehende Gesetz, 2013; Hellgardt Regulierung und Privatrecht, 2016; Eidenmüller Regulierung und Privatrecht, Überblick <https://books/google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance> (download 12.9.2017); Wendehorst in Schumann (Hrsg.), Das erziehende Gesetz, 2013, S.133 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>11</sup> Zu diesem Paradigmenwechsel vgl. einerseits – grdl. – Canaris Vertrauenshaftung, 1971, S. 431 ff.; andererseits Bydlinski Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967 S. 66 ff., 126; vermittelnd Hönn Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 38 ff. mit w. N.

<sup>12</sup> Vgl. – grdl. – Mestmäcker, AcP 1968, 235 ff.; D. Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973; ders., AcP 1989, 199 ff.; zur Vielfalt der dazu gehörigen Bereiche des Privat, Handels- und Gesellschaftsrechts vgl. – trotz weitgehender Ablehnung des neuen Grundansatzes – K. Schmidt, in Kessler u.a. (Hrsg.), Formale Freiheitsethik und materiale Verantwortungsethik (Kolloquium Reuter 65. Geburtstag), 2006 S. 9 ff.; zur rechtsphilosophischen Grundlegung vgl. nur Mounk, The Age of Responsibility, 2017; Herrmann, JoME 2017 (i. Ersch.)

<sup>13</sup> Näher s.u. zu II.4 und Herrmann DZWIR 2019 (i. Ersch.).

<sup>14</sup> Richtl. (EU) 2016/97 v. 20.1.2016 über den Versicherungsvertrieb, ABIEU L 26 v. 2.2.2016, S. 19; dt. Umsetzungsg v. 20.7.2017, BGBl. I, S. 2789.

<sup>15</sup> IDD, a.a.O., Kap. VI, Art. 27, 28 Abs. 1

<sup>16</sup> So die Interpretation der Gesetzesbegr. Drs.-BT 18/ 11527 v. 22.3.2017, S. 40; dazu bes. Schwintowski, ZfV 2017, 714, 715.

<sup>17</sup> Richtl. (EU) 2016/97 v. 20.1.2016 über den Versicherungsvertrieb, ABIEU L 26 v. 2.2.2016, S. 19; dt. Umsetzungsg v. 20.7.2017, BGBl. I, S. 2789; dazu Rüll VuR 17, 128; Reiff, VersR 2018, 193.

<sup>18</sup> Drs.-BT 18/11627, S. 43 zu § 6 Abs. 2 VVG; a.A. allerdings schon Reiff/Köhne, VersR 2017, 649, 653; Reiff, a.a.O., vorige Fn., S. 198.

<sup>19</sup> Drs.-BT 18/13009, S. 52 zu § 6 Abs. 6 VVG.

zu verfehlen. Zur Höchstregulierung<sup>20</sup> fehlt es bisher, soweit ersichtlich an spezifisch europarechtlichen Beanstandungen. Doch gibt es Ansätze zur Diskussion, ob die IDD es trotz ihres unstreitigen Zwecks europaweite marktöffnender Rechtsangleichung zulässt, den Mitgliedstaaten übermäßig strenge Zusatzregulierungen zu Verbraucherschutz Zwecken zu belassen.<sup>21</sup> Das war schon bei der Vermittlerrichtl. v. 2003<sup>22</sup> nicht anders. Auch hier gab es überstrenge deutsche Regulierungsbefürworter, auf die man über das Argument der EU-Höchstregulierung mäßigend einzuwirken versuchte.<sup>23</sup> Ging es damals um die Informations- und Beratungspflichten i.S. der heutigen §§ 6, 61 ff. VVG, so geht es heute, bei Umsetzung der IDD, um Varianten des Provisionsabgabeverbots<sup>24</sup> und um das Verbot von Anreizen zu inkompatibler Interessenwahrung durch gestaffelte Umsatzboni für Makler und Agenten<sup>25</sup>, wie sie in der deutschen Praxis seit Langem als sog. Staffelprovisionen bekannt sind.<sup>26</sup>

Von den Befürwortern von Spielräumen für weiterhin geltende Staffelungsmöglichkeiten wird darauf abgestellt, dass ohne Zweifel ein Konflikt mit den Beratungsvorschriften vorliegen kann, wenn der Makler darauf hoffen darf, im Wege der Staffelprovision überproportional entlohnt zu werden, ganz gleich ob sein bestmöglich zu betreuender Kunde in das Risikoprofil des vermittelten Produkts hineinpasst oder nicht; aber man dürfe diese werbewirtschaftlich wohl unverzichtbare Gestaltungsform<sup>27</sup> nicht gänzlich verbieten, weil dadurch mehr als notwendig in die wettbewerblich begründete Privatautonomie eingegriffen würde, die das EU-Recht im Rahmen eines allgemeinen Übermaßverbots (als Obergrenze) vorgebe.<sup>28</sup> In erster Linie scheinen hierbei die besagte Anreizsteuerung im Wettbewerb sowie die Produkt- und Preistransparenz für Vermittlungsdienste und Maklerhonorare gefragt; nicht rigide Verbote und Preiskontrollen, sondern Steuerungsanreize durch Informationsvorschriften werden europarechtlich ermöglicht und sollten auch im deutschen Recht vorrangig umgesetzt werden.

Doch bevor dazu einige Argumente zusammengestellt werden, sei noch darauf verwiesen, dass nicht minder einschlägig schon die EU-Vermittlerrichtlinie von 2003 gewesen ist, die

<sup>20</sup> Zur allg. Unterscheidung von Höchst- und Mindestvorgaben v. Richtl. vgl. – grdl. EuGH v.5.3.2002, Rs. C-386/00, VersR 2002, 1011 „Axa Royal Belge SA/Georges Ochoa et al.“; *Langheid*, NJW 2003, 399; Bruck/Möller, Großkomm. VVG Bd. 1, 9. Aufl. 2009 Einl. B, Rdn. 17; ders., VersR 2003, 1333, 1337 f.

<sup>21</sup> Vgl. nur *Goretzky*, VersR 2018, 1, 2; *Reiff/Köhne*, VersR 2017, 649, 650.

<sup>22</sup> VersVermV v. 22.5.2007, zuletzt geändert 29.3.2017, BGBl. I, 626, 642.

<sup>23</sup> Vgl. die Hinweise unten bei Fn. 29 ff.; *Wambach/Herrmann*, ...m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. § 34d Abs. 1 S. 6GewO; dazu ausführl. *Heukamp/Stepanek*, VersR 2017, 193, 194 f.; *Reiff*, VersR 2018, 193, 199

<sup>25</sup> Art. 17 Abs. 3 IDD: kein Konflikt mit Grundpflicht zur Wahrung bestmöglichen Kundeninteresses.

<sup>26</sup> *Reiff*, VersR 2018 a.a.O., S. 198: „...nicht mehr verwendet werden dürfen“; zweifelnd *Schauer*, in: *Fenyves/Schauer*, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb, 2017, S. 69, 80; *Reiff*, VersR 2018, 193, 198; weniger streng *Beenken/Radtke*, ZfV 2017, 708, 710.

<sup>27</sup> Zur Verkehrsüblichkeit *Beenken/Radtke*, a.a.O., vorige Fn.

<sup>28</sup> Vgl. nur *Reiff*, VersR 2018 a.a.O., Fn. 26 m.w.N.

ebenfalls als Folge von Krisenerscheinungen nach dem *Enron*-Skandal zu begreifen ist.<sup>29</sup> Allem voran kam es aufgrund dieser Richtlinie schon seit dem VVG 2007/8 zur gesetzlichen Anordnung der sog. anlassbezogenen Aufklärungs- und Beratungspflichten, wie sie heute in §§ 6, 6a, 61 ff. VVG geregelt sind.<sup>30</sup> Spezielle Risikoprofile sind für jeden Kunden zu erstellen und darauf aufbauende Aufklärung und Beratung sind geboten. In der Folgezeit hat sich die Risiko-Neuverteilung dieser Vorschriften nicht nur auf Ergänzungen der sog. Wohlverhaltenspflichten des § 31 WpHG ausgewirkt,<sup>31</sup> deren Regulierung zuvor der eigentliche Schrittmacher der Entwicklung war,<sup>32</sup> sondern es kam zu echten Risikomanagement-Regeln der MaRisk-Banken/Versicherungen<sup>33</sup> mit vielfältigen Auswirkungen auf privatrechtliche Pflichten im risk management.<sup>34</sup> Darauf aufsetzend wirken die neuen Weiterbildungsvorschriften der IDD natürlich wie die Zündung einer Stufenrakete; denn je besser der Makler seine Märkte kennt und zu analysieren gelernt hat, umso effektiver fällt zwangsläufig auch seine nach §§ 61 ff. VVG und § 31 WpHG geschuldete Beratung aus, und umso umfassender muss zudem das risk management sein, das er aufgrund seiner Vertrauenswerbung mit Managementkompetenzen dem Kunden schuldet.

Analogien für das allgemeine Makler-Handelsrecht werden hier nicht ausführlicher mit behandelt.<sup>35</sup> Dennoch sei wenigstens der Forschungsaspekt vermerkt, wonach das Handelsrecht im Vertriebsrecht mehr und mehr von älteren Leitprinzipien des Vertrauens- und Verkehrsschutzes<sup>36</sup> abgeht und zum Modell regulierungsprivatrechtlicher Verhaltenssteuerung überwechselt.<sup>37</sup> Für den handelsrechtlich interessierten Leser darf insoweit auf eine Parallelveröffentlichung des Verf. verwiesen werden.<sup>38</sup>

## **II. Gesetzgebungsstand und Umsetzung der EU-Vertriebsrichtlinie 2016**

§ 32c Abs. 2 Gewerbeordnung (GewO) begründet einen Erlaubnisvorbehalt für bestimmte gewerblich tätige Makler, wie Immobilien, Darlehens- und Bauvorhabensmakler. Abs. 2

<sup>29</sup> Zu den Krisenursachen vgl. statt Vieler *Horsch/Rathmann*, Kreditrisikotransfer durch Kreditversicherung, 2012, S. 191 ff. mit w.N.; zu den Folgen für das Kreditversicherungsrecht vgl. Beckmann/Matusche-Beckmann/*Herrmann*, Hdb. Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2015, § 39 Rdn. 9 m.w.N.

<sup>30</sup> Ausführlich Bruck/Möller/*Schwintowski* Grobkomm. VVG, Bd. 2 9. Aufl. 2010, § 61 Rdn 3, 5 „suitability test“, „Vorfeldwirkung“; *Beenken/Sandkühler* Das neue Versicherungsvermittlerrecht im Umbruch, 2006, S. 72 ff.; *Herrmann* VersR 15, 275; ders., ZBB 2016, 260

<sup>31</sup> Vgl. – wenngleich mit deutlicher Zurückhaltung – *Schwarz/Zimmer/Rothenhöfer*, Kapitalmarktrecht-Komm., 4. Aufl. 2010, § 31 Rdn. 56

<sup>32</sup> Zur suitability-Doktrin mit U.S.-amerikanischer Herkunft vgl. *Kübler*, in Horn (Hrsg.): F Schr. Coing, Bd. 2 1982, S. 193, 197 ff.

<sup>33</sup> Vgl. §§ 25, 25a KWG i.V. Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement, abrufbar unter [http://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/Risikomanagement\\_node.html](http://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/Risikomanagement_node.html); dazu schon *K. Hopt*, in ders. u.a. (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance Banken, 2012, S. 9, 23; *ders.*, A.J.C.L. 1 (2011), 15; *E. Wymeersch*, ECFR 2010, 240; *P. Mülbert*, JZ 2010, 834, 836 ff. *Herrmann*, NWiR 2012/II; *ders.*, ZBB 2016, 260; *ders.*, VersR 2015, 275 m. Nachw. zur MaRisk-Versicherungen.

<sup>34</sup> Zum Ganzen s., *Herrmann*, ZBB 16, 260, 266 ff.

<sup>35</sup> S. aber *Herrmann*, DZWIR 2019 (i. Ersch.).

<sup>36</sup> Vgl. – grdl. – *Canaris* Vertrauenshaftung, 1971, S. 431 ff.; dagegen z.T. *Bydlinski* Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967 S. 66 ff., 126; vermittelnd *Hönn* Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 38 ff. mit w. N.

<sup>37</sup> Vgl. nochmals *Hellgardt* Regulierung und Privatrecht, 2016; *Eidenmüller* Regulierung und Privatrecht, Überblick [https://books/google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance](https://books.google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance) (download 12.9.2017).

<sup>38</sup> *Heymann/Horn/Herrmann*, HGB-Komm, 3. Aufl. 2019, § 89b und vor § 93 HGB (i. Ersch.).

regelt die Versagungsgründe, und nach Abs. 3 werden die gesetzlichen Grundlagen für eine Durchführungsverordnung mit den dem Parlamentsvorbehalt unterliegenden Eckpunkten geschaffen. Buchführungspflichten und Pflichten zur Weiterbildung erscheinen wichtig genug, um sie bereits in die Ermächtigungsgrundlage für die RVO aufzunehmen. Die Gewerbetreibenden selbst und die bei ihnen beschäftigten Personen unterliegen einer Verpflichtung zu „regelmäßiger“ Weiterbildung (Abs. 3 Nr. 3).

Die GewO v. 22.6.2017<sup>39</sup> hat sodann für Immobilienmakler einen verschärften Sachkundenachweis eingeführt, der vor der IHK zu erbringen ist. Zudem wird das sog. Bestellerprinzip, das für die Vermittlung von Mietwohnungen schon seit 2015 galt, jetzt auch für den Erwerb von Eigentumswohnungen vorgesehen, so dass der Käufer von den möglicher Weise überhöhten Nebenerwerbskosten teilweise entlastet wird. Zwingend wird vorgesehen, dass der Besteller die Maklerprovision zu zahlen hat und, falls es der Verkäufer ist, nicht den wohnungssuchenden Käufer damit belasten darf. Es gab und gibt rechtspolitische Gegenstimmen, die den Eingriff in die Vertrags- (und Wettbewerbs-) Freiheit nicht für hinreichend begründet ansehen.<sup>40</sup> Das muss hier dahingestellt bleiben, da die Immobilienmakelei nicht unter §§ 93 ff. HGB fällt.

Jedenfalls handelt es sich um eine stark schutzregulatorische Bestimmung, deren konzeptioneller Unterschied zu den in mehrfacher Hinsicht „edukatorisch“ ansetzenden Weiterbildungsregeln, soweit ersichtlich, nicht problematisiert worden ist. Einerseits ist Bildungsrecht schon vom Inhalt her erzieherisch i.w.S. aufzufassen. Zudem gehört aber die Regulierungstechnik in den edukativ-pädagogischen Zusammenhang, da sie – genau wie das bereits behandelte Regulierungsprivatrecht – nicht in erster Linie der Durchsetzung eines bestimmten Interessenausgleichs dient, sondern auf rechtspolitische Normzwecke und auf zweckentsprechende Normbefolgung abzielt.<sup>41</sup> Spezifisch edukatorisch ist dabei der nicht auf gesetzlichen Verbotszwang oder Gebotseffekte gerichtete Gesetzeseffekt, der statt dessen auf Engagement und Überzeugungskraft setzt und insofern geradezu das hauptsächliche Anliegen erkennen lässt.<sup>42</sup> In dieser Hinsicht dürfte es nicht nur regulationskonzeptionell unreflektiert, sondern sogar einigermaßen kontraproduktiv sein, das Bestellerprinzip mit dem Weiterbildungsrecht unvermittelt zu verbinden. Auch die Bildungsregeln selbst sind nicht mit Motivations- und Anreizeffekten ausgestattet, sondern als Bildungszwang normiert, so dass

<sup>39</sup> BGBl. I, 3562 v. 17.10.2017.

<sup>40</sup> Vgl. nur *D. Fischer*, IMR 2016, 446, 450.

<sup>41</sup> Dazu s.o. zu I unter Hinweis auf *Micklitz* Regulierungsprivatrecht, GPR 09, 254 ff.; 10, 2 ff.; *E. Schumann* Vorwort in: dies. (Hrsg.) Das erziehende Gesetz, 2013.

<sup>42</sup> *Wendehorst* in Schumann (Hrsg.), Das erziehende Gesetz, a.a.O., S.133 ff. mit w.N.

auch dadurch wertvolle pädagogische Normzwecke verloren zu gehen drohen oder zumindest relativiert werden dürften.

Interessant ist in dieser Hinsicht auch, dass nicht an werbliche Image-Motivation gedacht ist. Das ist bei den Weiterbildungsvorschriften der IDD-Umsetzung anders. Zwar gibt es auch hier keine finanziellen Anreize zu den neuartigen Bildungsgeboten, auch fehlt es an Zertifikats- und Titelanreizen, doch sind immerhin Registereintragungen vorgesehen, die ein gewisses „naming“ ermöglichen.<sup>43</sup> Dass dabei auch für die Weiterbildung von Versicherungsvermittlern mehr an ein „shaming“ gedacht ist, wenn die Weiterbildungspflichten nicht erfüllt werden, hängt ebenfalls mit konzeptionellen Mängeln zusammen. Schon zur Weiterbildung nach neuem Gewerberecht darf darauf hingewiesen werden, dass die Vergabe von Kurzbezeichnungen wie „IHK-geprüft“, „qual.“ oder dergl. Imageanreize mit sich bringen könnte, wie sie aus dem Recht freier Berufe seit Langem bekannt sind.<sup>44</sup> Darauf wird zurückzukommen sein.

Die Vermittlung von Versicherungsverträgen ist teils Maklertätigkeit und Tätigkeit von Handelsmaklern i.S. von § 93 HGB, wenn die vermittelten Vertragsinhalte Handelsgeschäfte betreffen,<sup>45</sup> teils aber auch Handelsvertretung i.S. von § 84 HGB. § 34d Abs. 1 S. 8 GewO n.F. (also i.d.F. des Versicherungsvermittlungs-Richtl.-Umsetzungsg v. 20.7.2017) gestattet Maklern, für Versicherungsberatung ein Entgelt zu verlangen, wenn ihre Kunden nicht Verbraucher sind. Das stimmt zwar wörtlich mit der Vorgängerversion des § 34 d Abs. 1 S. 4 a.F. überein, ist aber durch Verbindung mit der Lockerung des Provisionabgabeverbotes neu.

Das Abgabeverbot ist nämlich nach § 48b Abs. 1 S. 4 insofern aufgehoben, als es mit dauerhaften Leistungssteigerungen oder Prämienreduzierungen verbunden ist; und dieser Freigabe kommt nach § 48b Abs. 1 S.3 VAG ausdrücklich zivilrechtliche Wirkung zu, so dass die vom BGH schon früher wiederholt gebilligten Nettopolice nunmehr<sup>46</sup> eine zusätzliche gesetzliche Anerkennung erfahren.<sup>47</sup> Weiterhin gilt allerdings die schon vom BGH betonte Voraussetzung, dass die Nettoklausel für den Kunden hinreichend transparent ist.<sup>48</sup> D.h. es muss dem durchschnittlich informationsbereiten Kunden klar werden können, dass der Makler zwar keine Provision vom Versicherer erhält, aber dafür ein Beratungshonorar beim Kunden beanspruchen darf. Das ökonomische Äquivalenzverhältnis des Provisionswegfalls und Beratungshonorar muss durchschaubar sein. Allein die Bezeichnung als „Nettopolice“ steht

---

<sup>43</sup> Dazu s.o. zu I und *Wendt*, *VersR* 2016, 1277 ff.

<sup>44</sup> Vgl. schon *Akerloff*, *The Market for Lemmons*, *Qu.J.Ec.* 1979, 488 ff.; *Köndgen*, *Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, S. 210 ff.; zu Zertifikationsanreizen bei unverkammerten freien Berufen vgl. *Herrmann*, *Recht der Kammern und Verbände Freier Berufe*, 1996, S. 547 ff.

<sup>45</sup> *Heymann/Horn/Herrmann*, a.a.O., § 93 Rdn. 1 ff.

<sup>46</sup> *BGH NJW* 2014, 1685; *GRUR* 2014, 88..

<sup>47</sup> *Schwintowski*, *ZfV* 2017, 715.

<sup>48</sup> Vgl. *Sonnenberg*, *Vertriebskostentransparenz bei Versicherungsverträgen*, 2013.

dem zwar sprachlich bis zu einem gewissen Grade entgegen; doch hat der BGH darin in den zitierten Entscheidungen keine Beanstandung gesehen.

Inwiefern sind mit der Nettopolice gleichwohl „dauerhafte Leistungssteigerungen“ oder Prämienreduzierungen verbunden? Die Gründe können eigentlich nur darin liegen, dass bei Bezahlung der Kundenberatung als echter Gegenleistung eine Art wettbewerblicher Preissteuerung effektuiert wird und diese bei Vergütung der nach §§ 61 ff. VVG gesetzlich geschuldeten Raterteilung übers Dreieck via Prämie und Provision schlechter funktioniert. Ob das tatsächlich der Fall ist, ist in der wettbewerbsökonomischen Forschung,<sup>49</sup> soweit ersichtlich, nicht eindeutig belegt oder falsifiziert. Doch begnügt sich der Gesetzgeber damit, dass es ausreicht, wenn keine „Fehlanreize“ gegeben sind.<sup>50</sup> Allerdings muss man wohl ergänzen: das gilt nur bei hinreichender Transparenz, da diese vom BGH, wie gesagt, zwingend vorausgesetzt wird, wenn es sich um Nettopolice handelt. Auf die wettbewerbstheoretischen Hintergründe dieser Fehlanreiz-Doktrin wird sogleich zurückzukommen sein, weil sie sich von der herkömmlichen, aber höchst umstrittenen Marktergebniskontrolle maßgeblich unterscheidet. Doch muss von vornherein darauf hingewiesen werden, dass sich der Gesetzgeber insoweit auf ein recht ungesichertes Terrain begeben hat und erheblicher Nachholbedarf der Forschung besteht (s.u. zu IV.3/4).

Weitere Regelungen des neuen Versicherungsvermittlerrechts gehen dahin, dass unanfechtbare Sanktionen von Verstößen gegen das Berufsrecht im IHK-Register öffentlich bekannt zu machen sind. Das Register ist nach § 11a GewO bei jeder IHK zu führen und betrifft die nach § 34d GewO Eintragungspflichtigen. Zugang haben nur Versicherungsunternehmen, und Löschung erfolgt bereits 1 Monat nach Speicherung im Verzeichnis (§ 11a Abs. 2 Satz 3/4 GewO). Wie von der IDD erfordert, sind sämtliche unanfechtbare Sanktionen erfasst werden und Art und Charakter des Verstoßes erkennen lassen.

In der Literatur wird dagegen vorgebracht, es handele sich um ein öffentliches Anprangern, das dem mittelalterlichen Strafrecht des Pranger-Vollzugs zu vergleichen sei.<sup>51</sup> Doch zeigt diese Kommentierung weder Anschluss an strafrechtsgeschichtliche Forschungen noch an Pönalisierungsfragen des Wirtschaftsprivatrechts. Eine rechtshistorische tiefere Untersuchung müsste jedenfalls berücksichtigen, dass Registerpublizität ohne körperliche Folter abgeht, wie sie beim Prangervollzug die Regel waren, da der Publikumsverkehr berechtigt war, im Vorbeigehen menschenunwürdige Missachtung zum Ausdruck zu bringen, indem der Angeprangerte bespuckt und beleidigt werden durfte. Nicht Öffentlichkeitsanreize zur Normbefolgung waren bezweckt, sondern Vergeltung für gemeinschaftswidriges Handeln. Abschreckende Präventiveffekte mögen eine gewissen Rolle gespielt haben, waren aber allenfalls als untergeordnete Nebenwirkung bezweckt.

<sup>49</sup> Zu dieser Methodik vgl. – grdl. – *Dennis Mueller*, WuW 1986, 533, 541 ff.; *M. Neumann*, Wettbewerbspolitik, 2000 S. 91 ff. mit umfangreichem Beispielsmaterial aus der US-amerikanischen Praxis.

<sup>50</sup> Drs.-BT 18/11627 v. 22.3.2017 S. 40.

<sup>51</sup> Vgl. *Uwer/Rademacher* BKR 2015, 145; *Schmieszek/Langner* WM 2014, 1893.

Zudem fehlt es bei der Registeröffentlichkeit an der Allgemein zugänglichkeit der Registerdaten. Nicht jedermann kann das Verbotensein der öffentlich vorgestellten Normverletzung zur Kenntnis nehmen, sondern neben der Aufsichtsbehörde ist nur Versicherungsunternehmen nach § 11a Abs. 3 S.3 GewO der Zugang gestattet, um bei künftiger Zusammenarbeit verstärkt darauf zu achten, ob es bei den Zuwiderhandlungen der Vergangenheit geblieben ist. Pönalisierung i.S. weiterer Abstrafung spielt hingegen keine Rolle.

Man wird deshalb zur rechtssystematischen Einordnung eher an diejenigen Öffentlichkeitsregeln zu denken haben, die das Wirtschaftsrecht bei öffentlicher Rechnungslegung im Bilanzrecht von Kapitalgesellschaften nach § 325 ff. HGB vorsieht und für die corporate governance bei Befolgung des Kodex oder abweichendem Verhalten gem. § 161 AktG bereithält. Auch diese Parallelen sind allerdings nicht in jeder Hinsicht deckungsgleich. Vor allem kommt es bei der Registereinsicht nach § 11a GewO darauf an, dass die Normbefolgung lediglich aus der Tatsache gefolgert werden kann, dass der Registerinhalt im Hinblick auf den fraglichen Versicherungsvermittler negativ ist, d.h. kein Vorgang ersichtlich ist. Es wird nicht positiv festgestellt, dass den Anforderungen des Gewerberechts an die Weiterbildung, ordnungsgemäße Handhabung der Aufklärungspflichten und Dokumentation gem. §§ 61 ff. VVG entsprochen wird. Sondern nur rechtswidrige Abweichungen treten in Erscheinung. Dennoch spricht das „Schweigen“ des Registers dafür, dass jedenfalls keine auffälligen, schwerwiegenden und wiederholten Zuwiderhandlungen vorliegen. Ob damit eine hinreichende Publizitätssteuerung erreicht werden kann, die der des Bilanz- und Kodex-Rechts entspricht, mag bezweifelt werden. Doch ist die funktionelle Nähe und rechtssystematische Vergleichbarkeit bei weitem eher gegeben als die mit dem mittelalterlichen Pranger-Strafrecht.

### **III. Brokerage englischen Rechts und Gefahren verzerrten Wettbewerbs**

Doch kann die Einschätzung allgemeiner Publizitätseffekte und entsprechender Normzwecke hier nicht vertieft werden. Vielmehr soll, wie eingangs angekündigt, der englische Rechtsvergleich weiter helfen, die entscheidende Lösungsansätze für die Praxis von Staffelp Provisionen aufzuspüren.

#### **1. Versicherungs- und Anlagevermittlung in der Tradition der suitability doctrine.**

Das englische Versicherungsprivatrecht ist – trotz aller Angleichungstendenzen Verbraucherschützender Gesetzgebung der letzten Jahre<sup>52</sup> – weit mehr wettbewerbsorientiert als das deutsche VVG.<sup>53</sup> Zur Umsetzung der IDD besteht immer noch Anlass, solange nicht in Form des bis heute heftig umkämpften Austrittsvertrages<sup>54</sup> geklärt ist, wie das BREXIT Referendum vom Juli 2016 umgesetzt werden soll. Deshalb hat die für die Weiterentwicklung des Versicherungsvertragsrechts zuständige Aufsichtsbehörde Financial Conduct Authority

<sup>52</sup> Vgl. insbes. den Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012; aber auch den Insurance Contracts Act 2015 (2015 c.4, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/contents/enacted>; vgl. *Birds*, Insurance Law, 9.th ed. 2016, S.19 f.

<sup>53</sup> Rechtsvergleichend *Herrmann*, British Insurance Law, 2018, S. 3, 50 ff., passim.

<sup>54</sup> Zum Erfordernis s. Art. 50 Abs. 2 EUV.

(FCA) unlängst einen Verordnungsentwurf zur Umsetzung der IDD veröffentlicht (Propos.2018),<sup>55</sup> der den maßgebenden Interessenverbänden zur Stellungnahme zugeleitet worden ist. Unter Anderem ist auch die folgende höchst interessante Regulierung zur Staffelp provision vorgesehen:

Art. 5.39 Propos.2018 sieht zunächst die Interessenwahrungspflicht vor und ordnet an, dass Makler und Agenten (broker/agents) bestmöglich im Interesse ihrer Kunden zu handeln haben, wenn sie für diese tätig werden. Unter Nr. 5.20 ff. findet sich dennoch kein Verbot von Staffelp provisionen, sondern es heißt dazu wörtlich: “disclosure of remuneration of brokers and agents, which has a direct connection to the insurance contract being sold (e.g. bonuses for hitting a sales target, Staffelp provisionen). Offenlegung soll im Prinzip genügen. Sofern dennoch eine Verletzung von Art. 5.39 vorliegt, muss gegen diese auf Grundlage des allgemeinen Prinzips vorgegangen werden.

Zur näheren Beurteilung muss man vorab wissen, dass sowohl das Interessenwahrungsprinzip als auch die Beratungspflichten historische aus der suitability doctrine anglo-amerikanischen Börsenrechts hervorgegangen ist,<sup>56</sup> die nach und nach nicht nur in die deutsche Rspr.<sup>57</sup> bis hin zu §§ 61 ff. VVG Eingang gefunden hat,<sup>58</sup> sondern über die EU-Vermittlerrichtl. 2003<sup>59</sup> auch für das englische Versicherungsrecht maßgebend geworden ist. Danach war und ist der Kunde von Anlagevermittlern und Versicherungsmittlern passend zu seinem Risikoprofil (suitable) zu informieren und mit Anlagerat zu bedienen, soweit Anlageempfehlungen abgegeben werden. Doch soll er dadurch nicht marktfremd geschützt werden, sondern es geht um Erfassung seiner Risikolage und seiner Absichten zur Risikoeingehung.

Insbes. war immer zu prüfen, ob eine sichere Altersversorgung gewünscht war oder eine riskantere, aber dafür auch chancenreichere Anlage in Aussicht genommen werden sollte. Genau diese Erstellung eines Risikoprofils wurde schließlich durch die EU-Vermittlerrichtlinie 2003 mit Umsetzung ins englische Recht generell eingeführt und musste

<sup>55</sup> <https://www.fca.org.uk/publication/consulting/cp17-07.pdf> (download 8/8/2018); zur IDD s. ABl. L 26 v. 2.2.2016, p19; zur *Insurance Mediation Dir. (IMD)*, 2002/92/EC siehe die Umsetzung ins UK-law durch FSMA (Regulation Activities) Order 2001, novelliert durch die Financial Conduct Authority on 1 April 2013.

<sup>56</sup> Vgl. schon Kübler, in Horn (Hrsg.): Fschr. Coing, Bd. 2 1982, S. 193, 197 ff. in Anlehnung an Roach, The Suitability Obligations of Brokers, Hastings L.J. 1978, 1067 ff.; Leitentscheidung Charles Hughes&Co., Inc. Vs. SEC, 139 F 2d 434 (2nd Cir. 1943); zur Begrenzung von Verallgemeinerungen für das Versicherungsrecht vgl. allerdings Kieninger, AcP 99 (1999), 190.

<sup>57</sup> Zur sog. Bond-Rspr. vgl. nur BGHBGHZ 123, 126=NHW 1993, 2433; dazu Horn, ZBB 1997, 139, 143 m.w.N.; zum neueren Recht der sog. Wohlverhaltenspflichten des § 31 WpHG und zur Verallgemeinerung für § 311 BGB vgl. nur Schwark, in ders.(Hrsg.), Kapitalmarktrechtskomm., 3. Aufl. 2004, § 31 WpHG, Rdn. 39 ff.

<sup>58</sup> Näher schon Wambach/Herrmann, Zweiter Nürnberger Versicherungstag, 2004, S. 79, 80 f.

<sup>59</sup> A.a.O.

auch dann beachtet werden, wenn der Mittler – anders als nach deutschem Recht zulässig<sup>60</sup> – jeglichen Anlagerat ablehnte. Lediglich Offenlegung dieser Begrenzung von Mittlerdiensten war zwingend geschuldet.

**2. Umsetzung der IDD und Grundsatz minimalen Wettbewerbseingriffs.** Dieser einigermaßen extreme Marktliberalismus des Verbraucherschutzes wurde nunmehr durch die IDD und durch den schon erwähnten Art. 5 der Umsetzungsentwurfes (Propos. 2018)<sup>61</sup> erheblich abgemildert, aber nicht vollkommen aufgegeben. Unabhängig von einer übernommenen Raterteilungspflicht (“advised and non-advised sales”, Art. 5.19) muss die genaue Identität des- oder derjenigen VR angegeben werden, deren Angebote vom Mittler berücksichtigt werden (5.19). Mit Bezug auf diese ist sodann anzugeben, ob und auf welcher Rechtsgrundlage eine etwaige Honorierung erfolgt und welcher Rechtsnatur diese Honorarabrede ist (5.20: “disclose the nature and basis of remuneration”). Das gilt für alle Entgelte oder Vergünstigungen, die in direkter Verbindung mit dem vermittelten Versicherungsvertrag stehen (5.23: “direct connection to the insurance contract being sold”). Staffelp Provisionen müssen dabei besonders offengelegt werden: “...include bonuses for hitting a sales target” (5.23 S. 4).

Die Propos.2018 hält es bei alledem keineswegs für ausgeschlossen, dass trotz (offengelegter) Staffelp Provision in bestem Kundeninteresse gehandelt wird. Denn Art. 5.39 S. 2 schreibt insofern unterschiedslos vor, zu erläutern, warum ein Vertrag in bestem Kundeninteresse ist, wie es im Risikoprofil erfasst ist (“...must explain why a contract best meets the customer’s needs“). Allerdings gilt diese Erläuterungspflicht nur, soweit der Mittler eine Empfehlung abgegeben hat (“Where a firm provides advice...”, 5.39 S. 2”).

Da der Rücklauf auf die Versendung der Propos.2018 noch nicht veröffentlicht ist, besteht keine Sicherheit, dass diese Art und Weise der IDD-Umsetzung auch tatsächlich erfolgen wird. Dennoch ist der bloße Entwurf bereits für die Rechtsvergleichung ergiebig, zeigt er doch die Alternativen auf, die sich bei stärkerer Wettbewerbsorientierung als der der deutschen Regulierungsmachthaber bieten.

Ob man sich in der englischen FCA sogar an eine EU-Höchstharmomisierung gebunden sieht, nicht mehr als notwendig in den Wettbewerb auf den Versicherungs- und Mittlermärkten einzugreifen, bleibt unbekannt.<sup>62</sup> Die Propos. 2018 machen naturgemäß dazu

<sup>60</sup> Nach § 61 ff. VVG a.F. war es lediglich möglich, dem Kunden Begrenzungen auf Angebote eines VR oder bestimmter Versicherungsmärkte mitzuteilen.

<sup>61</sup> A.a.O. Fn. 88, engl: Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper; abrufbar unter [www.fca.org.uk/publication/consulting/cp17-07.pdf](http://www.fca.org.uk/publication/consulting/cp17-07.pdf).

<sup>62</sup> Zum europäischen und deutschen Recht s. in dieser Hinsicht die Nachw. zu IV.1.

keine Aussage; und auch ansonsten ist aus der englischen Literatur nicht bekannt, ob die im deutschen Recht so intensiv diskutierte Maximalwirkung überhaupt wissenschaftlich für erheblich gehalten wird. Das liegt aber vermutlich nicht etwa daran, dass diese europarechtliche Umsetzungsbegrenzung keine Bedeutung für das englische Recht haben könnte und als deutscher Sonderweg gelten müsste. Vielmehr handelt es sich um genau das selbe Problem, wenn gefragt wird, ob durch die Art und Weise der Umsetzung mehr als nötig in die nationalen und internationalen Marktverhältnisse und Wettbewerbsbedingungen eingegriffen wird. Dazu wimmelt es in der englischen Literatur an Umsetzungskritik.

Folgende Beispiele mögen dies verdeutlichen. So hat man sich im Fernabsatzrecht und beim Widerruf von Versicherungsverträgen etwa darauf beschränkt, die EU-Vorgaben ausschließlich für grenzübergreifende Geschäfte vorzusehen und es im Inlandsverkehr bei den herkömmlichen Anforderungen zu belassen. Das Recht auf calling back war hier schon lange vor der EU-Fernabsatzrichtlinie geregelt und hatte eine Widerrufsfrist von 10 Tagen vorgesehen (sog. cooling-off period). Da die Richtlinie 14 Tage vorschrieb, man aber nicht mehr als notwendig von der überkommenen Tradition abweichen wollte, ließ man es für Inlandsgeschäfte bei der 10-Tagesfrist und setzte die Fernabsatzrichtl. nur mit Geltung für grenzüberschreitende Vertragsschlüsse in Kraft.<sup>63</sup>

Im zentralen Punkt ähnlich ist bei der Umsetzung der EU-Mittlerrichtlinie 2003<sup>64</sup> gelaufen. Auch im Recht der Versicherungsmittler lagen die Wurzeln der EU-Richtl., wie gezeigt (oben zu 1), in lang gehegter anglo-amerikanischer Tradition, nämlich in der suitability doctrine amerikanischer Herkunft mit vorsichtigen Übertragungen in das britische Anlegerschutzrecht und das Recht kapitalbildender Lebensversicherungen. Man nahm an, die anleger- und objektgerechte Beratung sei auch ohne Beratungsvertrag und ohne erkennbare Fehlvorstellungen des Kunden geschuldet, wenn es sich nur um den Schutz des Vertrauens in die überlegene Sachkunde von Kapitalmarktexperten handelte. Nachdem dies im englischen Recht der Anlagevermittlung nach dem Muster der amerikanischen suitability doktrin fest verankert worden war, kam es zu vorsichtigen Übertragungen auf die Vertragsanbahnung im englischen Versicherungsrecht, soweit hierfür auf Analogien im Hinblick auf die Kapitalmarktverhältnisse abgestellt werden konnte. Noch bevor das englische Fallrecht eine weitere Ausdehnung auf alle Versicherungsverträge vornehmen konnte, kam ihm das Europarecht zuvor und schrieb die suitability doctrine für Versicherungsverträge allgemein und europaweit vor.

Wurde hierzu also zunächst eine Art Export in das Europarecht geliefert, so liegt es beim Rück-Transfer ins englische Recht nahe, sich auf das zu beschränken, was im inländischen Recht Tradition hat. Zwar musste nunmehr die Erstellung von Risikoprofilen und die darauf aufbauende Vermittlung auch für Versicherungsverträge ohne Kapitalmarktbezug vorgeschrieben werden. Aber man hat doch weit mehr auf Übermaßvermeidung geachtet als im deutschen Recht. Denn die Vermittler konnten nach dem bis zuletzt geltenden Recht jede Pflicht zur Weitergaben von Marktinformationen an den Kunden vermeiden, indem sie einfach offenlegten, dass sie sich dazu nicht verpflichten wollten. Offenlegung trat hier also an die Stelle von Erläuterungspflichten, wie sie nach §§ 61 ff. VVG a.F. vorgeschrieben waren.

Bei Umsetzung der IDD gehen die Mittlerpflichten zwar noch ein Stück weiter und schreiben, wie gezeigt, auch für “non-advised sales” vor, dass der Mittler seine Auftraggeber

<sup>63</sup> Näher s. *Birds*, a.a.O., S. 97 f.; *Herrmann*, Brit. Ins.Law, a.a.O., S. 33.

<sup>64</sup> A.a.O., oben zu II.2.

namentlich offen legt und die Art und Weise seiner Honorierung kenntlich macht (Nr. 5.19 f. Prop.2018). Aber ein Verbot von Staffelp Provisionen ist eben nicht generell vorgesehen, sondern lediglich bei Verletzung der Interessenwahrungspflicht i.S. Nr. 5.1 Prop.2018 gesetzlich geregelt.

Manches spricht sogar dafür, rechtsvergleichend besonders auf die Art und Weise der Umsetzung solcher Richtlinienvorgaben im Herkunftsland der rechtlichen Entwicklung zu achten. Zwar darf das selbstverständlich nicht so weit gehen, dem englischen Recht irgendeine Geltungskraft für das deutsche Recht beizumessen. Aber in rechtsvergleichender Hinsicht wird man den Besonderheiten englischer Richtlinienumsetzung besonders aufmerksam Rechnung zu tragen haben.

#### **IV. Zulässigkeit transparenter Staffelp Provisionen**

**1. Höchstnormwirkung von EU-Richtlinien.** Bereits im Vorigen wurde gezeigt, dass zur Klärung der offenen Fragen unabhängiger Versicherungsvermittlung und des Verbots von Staffelp Provisionenzusagen auf den Vorrang informationsrechtlicher Regulierung abgestellt werden kann. Dazu wird im Folgenden noch einmal genauer erläutert, wie der EuGH zum Prinzip der sog. Höchstharmonisierung von Richtlinien gelangt ist. Ausgangspunkt ist die Entscheidung im Fall *Axa Royal Belge SA/Georges Olchoa et al.* v. März 2002.<sup>65</sup> Das Gericht verwarf eine gesetzliche Regelung Belgiens wegen Verletzung der 3. Richtl. Leben v. 1992<sup>66</sup>, wonach vorgeschrieben war, dass der Versicherer (VR) den Versicherungsnehmer (VN) darüber aufzuklären hatte, dass „die Kündigung, die Herabsetzung oder der Rückkauf eines laufenden Lebensversicherungsvertrages im Allgemeinen nachteilig ist“. Ein solcher Warnhinweis habe in erster Linie die Wirkung, den VN anzuregen, seinen laufenden Vertrag beizubehalten, nicht aber darauf zu überprüfen, ob andere im Markt vorhandene Angebote etwa vorzugswürdig seien. Dadurch würde den im Inland tätigen VRn eher ein Marktvorteil verschafft, anstatt die der Richtl. entsprechende Anreize zur Europa-weiten Marktöffnung zu bewirken.<sup>67</sup> Verbraucherschutz i.S. einer Ge- und Verbotregulierung nationalen Rechts stand gegen wettbewerblichen Verbraucherschutz auf internationaler Ebene. Deshalb tat Begrenzung i.S. der Höchstnormwirkung der 3. Versicherungsrichtl. Leben not.

---

<sup>65</sup> EuGH v. 5.3.2002, Rs. C-386/00 VersR 2002, 1011

<sup>66</sup> Richtl. 92/96 EWG v. 10.11.1992, ABl. L 360/1.

<sup>67</sup> EuGH a.a.O., VersR 2002, 1011, 1012 und 1013; dazu *Herrmann*, VersR 2003, 1338

Naturgemäß war die Reaktion der Wissenschaft lebhaft kontrovers. Sie reichte von mehr oder weniger scharfer Kritik<sup>68</sup> bis zu entschiedener Befürwortung.<sup>69</sup> Teils betont man die Notwendigkeit national eigenständiger Verbraucherschutzbefugnisse, teils wird mehr auf übernationale Befugnisse abgestellt. Verf. hat sich schon vor langer Zeit der befürwortenden Ansicht angeschlossen und insbes. den informationswissenschaftlichen Aspekt unterstrichen, der nicht nur interdisziplinär-ökonomisch fundiert ist, sondern auch Argumente des Übermaßverbots für sich hat. Es ist eben ein geringerer Eingriff in die Privatautonomie und die Wettbewerbsfreiheit, wenn auf informationelle Anreize im Marktgeschehen abgestellt wird und Steuerungsfunktionen i.S. der corporate governance hervorgehoben werden, als auf Schutzvorschriften i.S. älterer government-Konzepte zu setzen.

Die dahin gehenden Aspekte sind andernorts ausführlich diskutiert, so dass hier darauf verwiesen werden kann. Aktuell kommt hinzu, dass sowohl die Rspr. des EuGH als auch der BGH zunehmend der informationsrechtlichen Vorzugslösung folgen. Wichtigster Beleg war bislang die Entscheidung des EuGH im Fall *Inspire Art*.<sup>70</sup> Anders als im etwas älteren und gesellschaftsrechtlich grundlegenden Fall *Centros*<sup>71</sup> ging es nicht um die Verlegung einer im Ausland eingetragenen Firma einer Gesellschaft, sondern um die Gründung einer Niederlassung. Niederländische Gesellschafter hatten eine limited company englischen Rechts in England gegründet und beantragten alsbald die Eintragung einer Zweigniederlassung in ihrem Heimatland. Hierfür sah das niederländische Recht vor, dass entweder die für eine Besloten Vennootschap (GmbH) geforderte Mindestausstattung eingezahlt und der Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ geführt wird oder eine Gesellschaft mit voller persönlicher Haftung der Gesellschafter begründet ist. Man erkennt deutlich die Parallele zur Warnpflicht des Verbraucherschutzes im Fall *Axa Royal Belge*;<sup>72</sup> nur dass es sich diesmal nicht um den Schutz von Verbrauchern handelte, sondern um den von Gläubigern und möglichen künftigen Gesellschaftern der Ltd.

---

<sup>68</sup> Für moderate Betonung von Vorzügen der Zillmerung für das Versicherten-Kollektiv vgl. nur E. Lorenz, *VersRdsch* 2005, 265, 274; für Verbot aus Äquivalenzgründen vgl. nur BAG ZIP 2009, 2401, 2406 f., betr. Schutzerwägungen der Entgeltumwandlung von Arbeitslohn; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Reiff, *Anh. § 310 V 160 f.*; Henkel, *Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie 93/13 EWG des Rates über die missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen*, Diss. 2004, S. 297 f.

<sup>69</sup> Vgl. nur Langheid, *NJW* 2003, 399; Präve, *VersR* 2008, 151 f.; ders., *VW* 2002, 1836, 1838; Bürkle, *EuZW* 2006, 685; Evers, *VW* 2009, 1523, 1524; Mattern, *Das Informationmodell*, a.a.O., S. 425 ff.

<sup>70</sup> EuGH *NJW* 2003, 3331 Rdn. 101 *Inspire Art*; zuletzt EuGH v. 1.6.2006 – Rs. C-453/04, Tz. 32 ff. *innoventif Limited*.

<sup>71</sup> EuGH, *Slg.* 1999, I-1459 = *NJW* 1999, 2027 „*Centros*“; dazu Mühlbert/Schmolke, *ZVglRWiss* 100 (2001), 233; Überblick über die weitere Rspr. b. Zimmer, *NJW* 2003, 3585 ff. m. w. Nachw.

<sup>72</sup> EuGH v. 5.3.2002, Rs. C-386/00 *VersR* 2002, 1011; näher s.o.

Der EuGH beurteilte die Warnpflicht auf Grundlage der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Zweigniederlassungsrichtl.).<sup>73</sup> Darin sind Angaben und Unterlagen über die Firma, Rechtsform, Personalien der zur Vertretung berufenen Personen und Unterlagen zur Rechnungslegung, nicht aber die Kennzeichnung als „ausländische Gesellschaft“ gefordert. Der Gerichtshof meinte, dass die in der Richtl. verlangten Informationen ebenso eine sog. Maximalregelung<sup>74</sup> darstellen wie in *Axa Royal Belge*, so dass in den Niederlanden keine weitergehenden Informationspflichten auferlegt werden dürften, um die persönliche Haftung zu vermeiden.<sup>75</sup> Auch sei man im Sitzland hinreichend vor etwaigen Haftungsabweichungen des ausländischen Gesellschaftsrechts dadurch gewarnt, dass die Firma in fremder Sprache formuliert sei.<sup>76</sup>

**2. Zur Bedeutung der Transparenzgebote in der Lebensversicherung.** Die Rspr. zur Maximalwirkung von EU-Richtlinien bei den Warnpflichten ist nicht ohne weitere Verallgemeinerungen geblieben. Zunächst ist dazu die Fallgruppe der sog. transparenten Zillmerung zu nennen. Dabei geht es darum, dass der Kunde die Vermittlungskosten für seinen Lebensversicherungsvertrag mit Zahlung seiner Prämie ratenweise aufbringt, und nicht gezwungen ist, das Honorar für den Vermittler mit einem Einmalbetrag zu entgelten (Finanzierungsfunktion). Der VR zahlt die Mittlervergütung aus, holt sich aber den Betrag durch Anrechnung auf den Rückkaufswert im Zeitablauf vom VN herein.

Der BGH hat zunächst in 2001 strenge Anforderungen zur Transparenz bei der Zillmerung entwickelt. In seinen ersten Zillmerungsurteilen von 9.5.2001 hatte das Gericht noch verlangt, dass der Anbieter gezillmerter Produkte dem Kunden deutlich macht, dass er bei kurzfristiger Kündigung nichts von seinen eingezahlten Prämien als Rückkaufswert ausgezahlt erhält, weil die überproportionale Zurechnung der Abschluss- und Vertriebskosten in der Anfangszeit Nullwerte verursacht.<sup>77</sup> Davon ist in den neueren Urteilen zur AGB-Kontrolle von Zillmerungsklauseln zwar keine Rede mehr, doch scheiterten die Klauseln hier bereits aus anderen, gleich noch näher zu behandelnden Gründen. Deshalb ist es wenig

---

<sup>73</sup> Richtl. des Rates v. 22.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsform errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ABl. EG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 36 ff.

<sup>74</sup> S.o. zum Fall *Axa Royal Belge*; vgl. nochmals *Herrmann*, VersR 2003, 1333, 1337 f.

<sup>75</sup> EuGH NJW 2003, 3331 Rdn. 101 (*Inspire Art*).

<sup>76</sup> Ebd. Rdn. 135.

<sup>77</sup> BGHZ 147, 345 = BGH VersR 2001 841 und BGHZ 147, 373 = VersR 2001, 839.

wahrscheinlich, dass das Gericht von seinen – damals allerdings reichlich überzogenen<sup>78</sup> – Transparenzanforderungen abgerückt ist. Dagegen spricht v.a. dass die spätere Rspr. zwar genaue Kontrollen des Mindestrückkaufwertes vorgenommen hat, wie sie heute § 169 Abs. 3 S. 1 VVG entsprechen, aber durchweg betont hat, dass dies nur für Fälle gelten soll, in denen der betr. Versicherungsvertrag bei Intransparenz der AVB zur Zillmerungsklausel zustande gekommen ist. „Der Eingriff in die Entschließungs- und Auswahlfreiheit (durch die Intransparenz) bliebe (sonst) unbeseitigt und bestünde...fort.“<sup>79</sup> Das ist zwar in der Literatur nicht ganz unbestritten,<sup>80</sup> doch spricht entscheidend für die ursprüngliche Ansicht des BGH, dass ohne Intransparenz ein zu weitgehender Eingriff in die inhaltliche Gestaltungsfreiheit von Versicherungsverträgen vorliegen würde.<sup>81</sup>

Schon vor der Deregulierung hat der BGH entschieden, dass das Transparenzgebot des heutigen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (§ 9 AGBG a. F.) auch auf Versicherungsprämien anwendbar ist.<sup>82</sup> Zugleich wird zwar betont, dass die Anforderungen des Transparenzgebots sowohl konkrete Festlegungen zu Referenzwerten für die Anpassung als auch verlangt, dass sie „inhaltlich angemessen“ sind.<sup>83</sup> Aber diese Ansicht steht in krassem Gegensatz zu § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach gem. h. M. keine Preiskontrollen und keine Kontrollen über das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zulässig sind. Wird bei Preisklauseln die inhaltliche Angemessenheit mit überprüft, so läuft das auf eine Preiskontrolle hinaus. Anerkannt ist allein, dass bei Intransparenz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Klauselnichtigkeit anzunehmen ist, und dass sodann die ergänzende Vertragsauslegung eingreift, diese aber so weit wie möglich an der Entwicklung der Marktpreise orientiert bleiben muss.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Dazu *Präve* VW **2002** 1836, 1838; *Herrmann* VersR **2003** 1333, 1337 f.

<sup>79</sup> BGH 12.10.2005 – IV ZR 162/03 Rn. 45; insoweit zustimmend *Herrmann* NWiR Herbstaussgabe 2008, abrufbar unter <http://www.nwir.de/>.

<sup>80</sup> Für Verletzung des Äquivalenzprinzips als eigentlicher Stein des Anstoßes vgl. *Basedow*, VersR 1999, 1045. 1050: für weites Verständnis des Transparenzgebotes vgl. auch *Mattern*, Informationsmodell im VVG unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die AGB-Kontrolle, 2011, S. 411 m.w.N.; deutlich weitergehende Deutung zudem in BVerfG 15.2 2006 – 1 BvR 1317/96 NJW **2006** 1783; VersR **2006** 489 Ls. 4; Anmerkungen von *Reiff*, ZIP 2001, 1058, 1059; *Schwintowsky*, NZVers 2001, 337, 338.

<sup>81</sup> Vgl. nochmals *Evers*, VW **2009**, 1523, 1524; *Herrmann* VersR **2003** 1333, 1337 f.; *Mattern*, Informationsmodell, a.a.O., S. 425 ff.

<sup>82</sup> BGHZ **119** 55, 59; auch OLG Hamm NJW-RR **1993** 1501; OLG Celle VersR **1993** 1343.

<sup>83</sup> Palandt/*Grünberg* § 309 Rn. 11.; zur Zweispurigkeit der Rspr. zum Transparenzgebot mit und ohne materielle Wertung s. schon *Wagner-Wieduwilt* WM **1989** 37 ff.

<sup>84</sup> Vgl. nur BGHZ **90** 69, 78 *Tagespreisklausel II*; BGHZ 97, 212, 213 *Zinsvorbehalt*; näher s. u., Rn. 29 ff.; ausführlich *Herrmann* DZWIR **1993** 54 ff., 95 ff.

**3. Zulassung der Nettopolice und Transparenzanforderungen.** Speziell zum Vergütungsrecht im Maklervertrieb für Versicherungen haben diese Ansicht auch jetzt mehrere aktuelle Urteile des BGH im Fall Netto-Police bestätigt.<sup>85</sup> Was sind Netto-Policen?

Im Wesentlichen geht es darum, dass der Mittler keine sog. Abschlussprovision vom VR erhält, dafür aber sich vom VN ein Beratungshonorar versprechen lässt. Dadurch wird zwar nicht ausgeschlossen, dass der Makler oder sonstige Vertragsmittler sich für die laufende Betreuung abgeschlossener Versicherungsverträge sog. Bestandsprovisionen vom VR zusagen lässt. Aber der Abschluss bleibt provisionsfrei, so dass der VN lediglich die Netto-Prämien zu zahlen hat und nicht über die erörterten Zillmerungsregeln für die Vertragsvermittlung im Zeitablauf des Vertrages oder im Wege des herabgesetzten Rückkaufswertes i.S. § 169 VVG Vermögensnachteile in Kauf nehmen muss, die wirtschaftlich als indirekte Bruttovergütung auf das Versicherungsprodukt anzurechnen wären.

Andererseits ist der Beratungsvertrag bereits mit dem Zustandekommen des vermittelten und beratenen Geschäfts seitens des Vertragsmittlers vollständig erfüllt, so dass das versprochene Beratungshonorar ebenfalls vollständig geschuldet sein soll.<sup>86</sup> Aber genauere Vergleiche mit den herkömmlich gezillmerten Brutto-Lebensversicherungen haben ergeben, dass die Nettopolice dennoch preisgünstiger als die Bruttopolice ist.<sup>87</sup>

Der BGH hat weder eine Umgehung des § 169 VVG noch einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 S. 1 gesehen. Dafür reichte es zwar nicht aus, dass die Netto-Klausel rechtlich selbständig neben dem Lebensversicherungsvertrag vereinbart waren; denn ihre Verbindung zum vermittelten Geschäft war so eng, dass „wirtschaftliche Einheit“ bestand,<sup>88</sup> die eine gemeinsame Loslösung von beiden Verträgen ermöglichen müsse. Ähnlich wie der Widerruf bei verbundenen Geschäften wegen wirtschaftlicher Einheit gem. § 358 Abs. 3 S. 1 BGB für beide Geschäfte möglich ist, so soll es für die Kündigung von Netto-Policen keine Bindung an die Honorarabrede mehr geben dürfen, wenn der Versicherungsvertrag gekündigt wird, bevor sämtliche Teilbeträge des Vermittlungshonorars bezahlt worden sind. Aber das war kein Grund, die Nettopolice insges. als nichtig anzusehen, sondern der BGH überließ es den

<sup>85</sup> BGH v. 12.3.2014, NJW 2014, 1658 m.Anm. *Schwintowski*, ebd. S. 1662 f.; Parallelurteil vom selben Tag IV ZR 295/13, BeckRS 2014,06894; ähnlich BGH v. 12.12.2013, Az. III ZR 124/ 13, NJW 2014, 1655.

<sup>86</sup> So das Urteil BGH v. 12.12.2013, a.a.O., vorige Fn. S. 1666 Tz. 16.

<sup>87</sup> Vgl. *Reiff*, VersR 2012, 645, 651; ders., r+s 2013, 525, 532.

<sup>88</sup> BGH IV. Senat v. 12.3.2014, IV ZR 295/13, a.a.O., Tz. 33.

Vertragsparteien, eine passende Lösung dafür zu finden, dass kein Honorar mehr für die Zeit nach einer Kündigung zu zahlen ist.<sup>89</sup>

Im Wesentlichen ebenso war das Verfahren beim 3. Senat (Urteil v. 12.12.2013, III ZR 124/13, NJW a.a.O. S. 1655) ausgegangen. Die Netto-Klausel war, wie in der damals gängigen Praxis üblich, als Kostenausgleichsvereinbarung bezeichnet worden. Doch konnte dadurch nicht vermieden werden, dass die gegen Preisabreden geltenden AGB-Kontrollbeschränkungen zur Anwendung gelangten. Das hinderte allerdings nicht, dass die Transparenzkontrolle zur Anwendung kommen konnte. Der VN müsse klar und verständlich darauf hingewiesen werden, dass ihm bei vorzeitiger Kündigung kein nach § 169 Abs. 3 VVG gezillmerter Rückkaufswert zustehen werde. Aber an der Transparenz der Klauseln in diesem Sinne waren keine Beanstandungen zu erheben, obgleich die Titulierung als Kostenklausel den eigentlichen Entgeltsinhalt nicht wirklich unverdeckt ließ.<sup>90</sup> Auch zur inhaltlichen Angemessenheit der begrifflich verschleierte Preisabrede hielt der BGH alle Einwände für unberechtigt. Zwar vermisst man einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass mangels Transparenzverbotsverletzung keine Preiskontrolle stattfinden darf. Aber genau dies liegt in der Konsequenz der Beschränkung auf Transparenzargumente.

**4. Verbesserung kompatibler Interessenwahrung durch Transparenz.** In der Literatur ist diese Entscheidung zu Recht als „Durchbruch für fairen und gleichgewichtigen Wettbewerb zwischen Versicherungsvertretern, -maklern und -beratern“ bezeichnet worden;<sup>91</sup> und das gilt nicht nur für die Netto-Gestaltungsform der Mittlerverträge, die sogleich näher zu erläutern ist, sondern auch für die zusammenhängenden Fragen der Mittlervergütung und den Grenzen ihrer Kontrolle durch die Rspr. Denn mit der Zulassung von marktmäßig ausgehandelten Beratungsvergütungen wird die Vertragsmittlung trotz aller gesetzlich festgelegten Besonderheiten zur Kundeninformation den Kräften des Wettbewerbs ausgesetzt und damit dafür gesorgt, dass dort, wo es gewünscht wird, vertraglich gestalteter und wettbewerbsökonomisch legitimierte Entscheidungshilfe beim Abschluss von Versicherungsverträgen effektuiert wird. Neben Stundensatzvereinbarungen könnten sich verschiedenartige Provisionsabreden mit oder ohne Staffelung nach Umsatzgrößen im Markt etablieren, deren mögliche Vielfalt nicht von vornherein durch rigide Handhabung von Verbraucherschutzinstrumenten behindert werden sollte. Der BGH scheint sich – trotz aller

---

<sup>89</sup> Ebd. Tz. 34.

<sup>90</sup> Zum Unterschied von Aufwandsersatz und Dienstleistungsentgelt vgl. § 670 BGB, wonach Kostenerstattung eigentlich keinen Spielraum für echtes wettbewerbles Entgelt enthält; näher vgl. *Koller*, BB 1979, 1725 ff., Staub/ders., GK-HGB, § 396 Rdn. 13.

<sup>91</sup> *Schwintowski*, ebd. S. 1662.

Versicherungsschelte in der journalistischen Öffentlichkeit – dazu durchgerungen zu haben; und im Kern wird dadurch dafür gesorgt, dass die VR sowie Agenten und Makler auf Klarheit und Verständlichkeit der Produkte einschließlich der Vermittlungsentgelte achten werden, zumal die Bruttopolice nach wie vor zulässig bleibt und damit auch der Wettbewerb zum Vertrieb mit diesem Modell intensiviert wird.<sup>92</sup>

Man kann es deshalb auch rechtspolitisch nur begrüßen, dass die Pläne des Bundestages zur Regelung eines Honorarannahmeverbots für Versicherungsvermittler zumindest vorerst gescheitert erscheinen. Der befürchtete „Tod der Nettopolice“ ist auch auf der Ebene des Gesetzgebers nach dem Beschluss des Bundestages v. 29.7.2017 wohl doch nicht eingetreten;<sup>93</sup> und das ist gut so. Jedenfalls scheinen auch die bis zum Redaktionsschluss dieses Artikels im Dez. 2018 veröffentlichten Neuerungen an der VersVermV keine Wiederbelebung des Honorarannahmeverbots vorzusehen. Dennoch gibt es nach wie vor Stimmen der Literatur, die sowohl der Nettopolice als auch der Staffelprovision kritisch gegenüber stehen.

Der Haupteinwand ist ein Gemeinsamer: Beides, die Nettopolice und die Staffelprovision würden nicht zu wirksamem Schutz des Verbrauchers gegen inkompatible Interessenwahrnehmung des Mittlers führen, sondern wettbewerbliche Anreize könnten es mehr oder weniger unvermeidlich mit sich bringen, dass sowohl Makler als auch Agenten ihre gesetzlich auferlegten Pflichten zu bestmöglicher Wahrung der Kundeninteressen verletzen. Bei der Staffelprovision sei die Aussicht auf Höherstufung gerade dann ein unwiderstehlicher Anreiz, den Kundenrat zum eigenen Vorteil zu missbrauchen, wenn das Vermittlungsentgelt unter Wettbewerbsdruck gerate;<sup>94</sup> und bei der Nettopolice werde aus Gründen funktionsunfähigen Wettbewerbs gerade nicht zu fairer Gleichgewichtsbildung von Marktpreisen kommen.<sup>95</sup>

Leider wird bisher, soweit ersichtlich, übersehen, dass die befürchteten Preissmissbrauchsgefahren eine Art Niedrigpreiswettbewerb voraussetzen, der den erwähnten

<sup>92</sup> Vgl. nochmals *Schwintowski*, ebd. S. 1663, der sogar eine Umgehung des Verbots der Preisbindung i.S. §§ 33, 20 GWB i.V. Art. 4 Buchst. a VO (EU) Nr. 330/2010, ABl. L 102/1 (GVO Vertikal) bejaht, wenn der VR dahin wirkt, dass Nettopolice nicht angeboten werden.

<sup>93</sup> Vgl. *Conradt*, Änderungen des Gesetzentwurfs zur Umsetzung der EU-Vermittlerrichtlinie (IDD), <https://kanzlei-michaelis.de/aenderungen-des-gesetzentwurfs-zur-umsetzung-der-eu-vermittlerrichtlinie...> (download v. 20.11.2018)

<sup>94</sup> Vgl. nur das o. Fn. 26 angeführte Zitat von *Reiff*, *VersR* 2018. 198.

<sup>95</sup> Vgl. v.a. die Begr. zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der IDD v. 9.1.2017, abrufbar im Internet unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/Gesetzentwurf-idd-und-awg-aenderung/html> (download v. 21.11.2018); zum deutschen Alleingang beim Provisionsabgabeverbot vgl. *Reiff*, a.a.O., vorige Fn. S. 199; abwägend *A. Icha*, Die Nettopolice, 2014 mit ausführlicher wettbewerbsökonomischer und wettbewerbsrechtlicher Begründung.

Druck zum kundenschädlichen Rat und zur interessenwahrungswidrigen Ausnutzung der Staffelp provision verstärken werde. Dazu fehlt es zunächst an tatsächlichen Kennzeichen von Niedrigpreisen oder auch nur von Preisunterbietungen. Auch ist in der allgemeinen Wettbewerbsökonomie<sup>96</sup> nicht nur anerkannt, dass wettbewerbsbedingt Preisabsenkungen unabdingbar notwendig zur Funktionsfähigkeit von Wettbewerb hinzugehören; sondern es gehört auch zu den Grunderkenntnissen der Preismissbrauchsforschung und Wettbewerbökonomik, dass bei Fehlen von Marktmacht kein hinreichender Anlass zu Unterkostenpreisen besteht.<sup>97</sup>

## V. Verbotbarkeit

Den Abschluss der Analyse bilden Hinweise zum verbleibenden Bereich zwingend verbotener Staffelp provisionen. Der Leser mag daran erkennen, dass hier zwar ein flammendes Bekenntnis zum Vorrang informationeller Regulierung und zu sozialpädagogischen Effekten eines Regulierungsprivatrechts abgelegt wird, dies aber nicht blauäugig unverbesserliche Gestaltungsformen übersieht.

**1. Intransparente Staffelpung und profilmfremde Empfehlungsanreize.** Schon aus dem Vorigen wird deutlich, dass intransparente Staffelp provisionen unzulässig sind. Hauptaspekte dafür sind aus der englischen Regulierung deutlich ablesbar. Nicht nur, dass Intransparenz dadurch entsteht, dass die Art und Weise der Honorierung überhaupt nicht angegeben wird, oder dass dies derart kompliziert geschieht, dass der informationsbereite Durchschnittsverbraucher damit Nichts anfangen kann. Sondern es geht auch um Fälle, in denen keine hinreichende Identifikation derjenigen Unternehmen gegeben wird, von denen die gestaffelten Provisionen gezahlt werden. Deshalb ist in den Propos.2018 ausdrücklich vorgeschrieben, dass diese Unternehmen mit genauer Firma und Anschrift dem Kunden offen gelegt werden müssen. Geschieht dies nicht, so liegt auch im Hinblick auf die Staffelpung Intransparenz vor. Der Kunde wird nicht in die Lage gesetzt, von sich aus nachzuprüfen, ob sein Vertragsmittler ihm einen Versicherungsvertrag mit einem VR vermittelt, der ihm eine Staffelp provision zahlt.

---

<sup>96</sup> Vgl. nur *Emmerich*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, § 10, Rdn. 58 ff. m.w.N.

<sup>97</sup> Vgl. nochmals *Emmerich*, a.a.O., vorige Fn.

Einer der praktisch wichtigsten Staffelpensionsmissbräuche geht des Weiteren dahin, dass der Mittler geradezu angeregt wird, seinem Kunden nach Art und Weise der sog. Drückerkolonnen Verträge aufzuschwatzen, bloß um die eigenen Umsatzzahlen statistisch in den Bereich höherer Bonuszahlungen zu bringen. Das betrifft natürlich in erster Linie Staffellungen, die im Zusammenhang mit unterlassener Erstellung von Kundenprofilen i.S. § 61 Abs. 1 VVG zu sehen sind. Denn leider ist es immer noch nicht zur vollständigen Verbreitung der seit 2007<sup>98</sup> gebotenen vorvertraglichen Faktenerhebung für die Erstellung von Kundenprofilen gekommen. Nach wie vor gibt es die berüchtigten Strukturvertriebe, wobei hier nicht die Organisationsform als solche interessiert, sondern allein zu fragen ist, ob es bei Haustürbesuchen im organisatorisch verknappten Zeitablauf überhaupt zu ordnungsgemäßem Ausfüllen von Fragebögen gekommen ist.

Der Gesetzgeber hat zur Absicherung der Vorgaben die Dokumentationspflicht geregelt (§ 61 Abs. 2 VVG) und dafür gesorgt, dass bei Fehlen von Dokumentationsunterlagen die Vermutung eingreift, dass das Kundenprofil nicht ordnungsgemäß erstellt wurde.<sup>99</sup> Diese Regelungen zur Dokumentationspflicht und zur Beweislastumkehr bei Verletzungen scheinen sich hervorragend bewährt zu haben und wurden deshalb auch in das Recht der Wohlverhaltenspflichten gem. § 31 WpHG übernommen. Entsprechendes gilt auch bei erheblichen Dokumentationsfehlern, insbes. wenn der – zulässige – Dokumentationsverzicht nicht oder nicht an der richtigen Stelle des Verzichtsdocuments unterschrieben wurde.

Zur weiteren Verallgemeinerung wird deshalb hier vorgeschlagen, dass bei Fehlen vorvertraglicher Profil-Dokumentation grundsätzlich der Schluss angebracht ist, unverhältnismäßige Anreize zu profilmfremder Vertragsabschlussvermittlung gesetzt zu haben, und dass dadurch jegliche Staffelpensionsabrede, die in diesem Zusammenhang zu sehen ist, verbotswidrig ist. Für das Zusammenhängen von Bonus-Staffelung und Dokumentationsfehlern spricht allein der zeitgleiche Praxis. Wo kein ordnungsmäßiger Ablauf der Erfassung von Kundenprofilen und deren Dokumentation nachweisbar ist, da bestehen regelmäßig auch unverhältnismäßige Anreize dafür, dass der Kunde aus Gründen der Staffelpension in Vertragsabschlüsse hineingedrückt wird, die interessenwahrungswidrig sind.

---

<sup>98</sup> Damals noch nach § 42b VVG a.F. (2007).

<sup>99</sup> Vgl. nur Drs.BT 16/1935, S. 26; Bruck/Möller/Schwintowski, Großkomm.VVG, Bd. 2, 9. Aufl. 2010, § 63 VVG, Rdn. 24.

**2. Überhöhte Provisionsanreize.** Zudem darf man wohl auch nicht an der Tatsache vorbeigehen, dass unverhältnismäßige Überhöhung von Provisionsstufen Fehlanreize setzt. Die Versuchung ist nach allgemeiner Ansicht ohnehin vorhanden. Aber sie ist eben mehr als nur abstrakt gefährlich, wenn sie das Ausmaß des Marktüblichen erheblich überschreitet. Solche Übersteigerungsaspekte sind aus der Rspr. an mehreren Stellen der Preismissbrauchskontrolle bekannt und werden jedenfalls dann anerkannt, wenn das im Vergleichsmarkt Übliche um mehr als das Doppelte überschritten wird.<sup>100</sup>

Ausnahmsweise können Gründe für besondere Überhöhungsgrenzen gegeben sein, sei es dass mehr als 100-prozentige oder niedrige Überschreitungsgrenzen angezeigt sind. Aber dafür müssen Ausnahmegründe konkret dargelegt und erwiesen werden. Einzelheiten dazu müssen der Praxisliteratur überlassen bleiben.

## **VI. Zusammenfassung und Ausblick**

Nur Weniges bleibt abschließen zu sagen. Aber betont sei nochmals, dass im Vorigen nicht nur für die Aufrechterhaltung von Staffelprovisionsanreizen plädiert wurde, sondern auch deren marktwirtschaftliche Voraussetzungen ebenso betont werden sollten wie die Missbrauchsgrenzen. Staffelprovisionen müssen dem Kunden rechtzeitig vor Vertragsabschluss und mit genauer Angabe der Identität des provisionszusagenden Unternehmens offengelegt werden. Auch bei Dokumentationsfehlern i.S. § 61 Abs. 2 VVG sind Staffelprovisionen generell unzulässig. Zugleich bedarf die Stufungshöhe genauer Kennzeichnung, damit etwaige Überhöhungsmisbräuche sanktionierbar sind.

Zum weiteren Ablauf der Regulierung bleibt natürlich das Ergebnis der Gesetzgebung abzuwarten. Das englische Anhörungsverfahren und dessen Auswertung ist offensichtlich noch nicht zum Abschluss gelangt. Auch das deutsche IDD-Umsetzungsgesetz hat, obgleich längst in Kraft getreten, noch keine Klarheit in puncto Staffelprovision gebracht. Wie gezeigt, sind die Verbots- und die Offenlegungsalternativen im formellen IDD-Gesetz offen gelassen. Die VersVermV ist zwar inzwischen im Dez. 2018 rechtswirksam erlassen worden. Doch sind die hier erörterten Fragen nach wie vor auslegungsbedürftig geblieben. Mögen sich die rechtsvergleichenden Aspekte zum Vorrang der Transparenzregeln vor rigiden Verbotsnormen durchsetzen.

---

<sup>100</sup> Vgl. nur die Rspr. zur Sittenwidrigkeit i.S. von § 138 Abs. 1 BGB, insbes. BGH NJW 2001,1127; WM 2008, 967 Tz. 35; Palandt/Ellenberger, § 138 Rdn. 34a mit w.N.