# Stellungnahme des AfW - Bundesverband Finanzdienstleistung e. V.

## an den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien (EU) 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2014/65/EU und (EU) 2016/97 im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern (EU-Kleinanlegerstrategie / Retail Investment Strategy – RIS)

Der Bundesverband Finanzdienstleistung AfW vertritt die Interessen von ca. 40.000 unabhängigen Finanzanlagen- und Immobiliardarlehensvermittler sowie Versicherungsmakler aus ca. 2.200 Mitgliedsunternehmen, der größte Teil hiervon kleine und mittlere mittelständische Unternehmen. Mitglieder im Bundesverband Finanzdienstleistung AfW sind u.a. auch auch Maklerpools, Maklerverbünde, Versicherungsgesellschaften und Serviceunternehmen für unabhängige Berater und Vermittler.

In Anbetracht der Relevanz der EU-Kleinanlegerstrategie für die hier vertretenen mittelständischen Berufsträger, Ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und die von ihnen qualifiziert und mit großem Engagement zu finanzieller Absicherung und Vorsorge beratenen Kundinnen und Kunden halten wir eine Erläuterung unserer Positionen gegenüber dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages für dringend erforderlich. Dies ist verbunden mit der Hoffnung, dass der Bundestag die Bundesregierung legitimiert, im EU-Rat klar Stellung dahingehend zu nehmen, dass der von der EU-Kommission vorgelegte Entwurf als komplett überflüssig abgelehnt wird, da das angestrebte Ziel - mehr Kleinanleger am Kapitalmarkt zu beteiligen – komplett verfehlt wird, indem ausschließlich zusätzliche Bürokratie und Überregulierung, verbunden mit mehr Kosten und damit weniger Rendite für die Kleinanleger absehbar damit erreicht wird.

**Kernproblem aus Sicht der unabhängigen Versicherungsmaklerinnen und -makler**

Wir möchten Ihr Augenmerk auf

Art. 30 Abs. 5b des Vorschlags zur Änderung der RL(EU)2016/97IDD
über den Versicherungsvertrieb
COM(2023)279

richten. Hierbei geht es bei weitem nicht um das einzige Problem in der RIS, jedoch eines, was explizit die deutschen Berufsträger mit Zulassung nach § 34 d Gewerbeordnung betrifft, wie Eingangs in gebotener Kürze dargelegt wird, bevor im Weiteren hierauf und auf weitere Kritikpunkte noch ausführlich eingegangen wird.

**Der Entwurf der EU-Kommission enthält in Art. 30 Abs. 5b ein potentielles Provisionsverbot für Versicherungsmaklerinnen und -makler für die Beratung und Vermittlung zu versicherungsbasierten Anlageprodukten.** Dazu gehören insbesondere Lebensversicherungen in Form von Rentenversicherungen oder fondsgebundenen Verträgen. Dieses Provisionsverbot wurde im Draft Report der zuständigen Berichterstatterin Stéphanie Yon-Courtin im EU-Parlament leider nicht adressiert, vielmehr übersehen. Das resultiert offensichtlich daher, dass es sich wohl nicht um ein explizit beabsichtigtes, jedoch auf Grund einer problematischen Formulierung sowie einen „Missklang“ zwischen europäischem und deutschen Recht in Bezug auf unabhängige Versicherungsvermittlung, entstandenes Verbot handelt.

Die Beratung und Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten betrifft einen Kernbereich der Tätigkeit unserer Mitglieder, mithin aller unabhängigen Versicherungsmakler. Demgegenüber dürften an bestimmte Produktgeber gebundenen Versicherungsvertreter nach wie vor eine Provision vom Produktgeber erhalten. Eine fehlende Vergütung für die Beratung/Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten würde für unsere Mitglieder nicht nur zu einem großen Wettbewerbsnachteil führen, sondern sie vor existentielle Probleme stellen.

Dass ausgerechnet unabhängige Versicherungsmaker, die „im Lager des Kunden steht“, gegenüber Finanzvertrieben und den Ausschließlichkeitsorganisationen der Versicherer benachteiligt werden soll, kann nicht im Interesse der Politik sein.

*Exkurs:* Zum Unterschied zwischen Versicherungsmaklern und Versicherungsvertretern:

Makler sind unabhängige Fachleute, die im Auftrag und Interesse der Versicherungsnehmern handeln. Sie sind nicht an eine bestimmte Versicherungsgesellschaft gebunden, sondern verpflichtet, im besten Interesse ihrer Kunden zu handeln.

Im Gegensatz dazu sind Vertreter in der Regel bei einer bestimmten Versicherungsgesellschaft angestellt oder beauftragt und vertreten die Interessen dieser Gesellschaft. Sie verkaufen nur Produkte der Gesellschaft, für die sie arbeiten, und sind verpflichtet, im Interesse der Versicherungsgesellschaft zu handeln.

Vor dem Hintergrund der Reichweite der geplanten Regelung für Versicherungsmakler hat der AfW Herrn **Professor Hans-Peter Schwintowski**, Lehrstuhlinhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Europarecht am Institut für Wettbewerbs- und Energierecht e.V. (EWeRK) der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, bereits im Frühsommer 2023 mit der Begutachtung folgender Frage beauftragt:

**Ist das Verbot, von einem Produktgeber oder einem vergleichbaren Dritten eine Provision für die Beratung und Vermittlung zu erhalten, mit dem geltenden europäischen Recht zu vereinbaren?**

In seinem am 4. Juli 2023 vorgelegten Rechtsgutachten kommt Herr Professor Schwintowski zu einem eindeutigen Ergebnis:

**Art. 30 Abs. 5b RL-E ist mit europäischem Recht nicht zu vereinbaren und folglich ungültig.**

**Er empfiehlt deshalb, die Regelung ersatzlos zu streichen.**

Das Gutachten finden Sie als Anhang oder auch online unter:
https://www.bundesverband-finanzdienstleistung.de/wp-content/uploads/2023/08/Aenderung-von-Richtlinie-ueber-den-Versicherungsvertrieb-Provisionsverbot-Rechtsgutachten.pdf

Auch ein von der Wirtschaftskammer Österreich beauftragtes Gutachten kommt zum selben Schluss:

https://www.wko.at/oe/information-consulting/versicherungsmakler-berater-versicherungsangelegenheiten/memorandum-provisionsverbot.pdf

Als professionelle Sachwalter der Interessen unserer Mitglieder und langjährige Begleiter von Gesetzgebungsverfahren auch der EU müssen wir auch das Szenario einbeziehen, dass die genannte Norm im weiteren Fortgang nicht mehr gänzlich gestrichen, sondern lediglich modifiziert werden wird.

Und wir müssen mit der Möglichkeit rechnen, dass die eigentliche Klarstellung nicht zuletzt über die Erwägungsgründe zu erfolgen hat.

Vor diesem Hintergrund haben wir Herrn Professor Schwintowski gebeten, in einem **Nachtrag zu seinem Rechtsgutachte**n mögliche Wege zur Lösung des Problems aufzuzeigen. Dieser Bitte ist er nachgekommen. Sie finden seinen Nachtrag ebenfalls als Anhang.

Der Gutachter hält seine Forderung nach Streichung von Art. 30 Abs. 5b RL-E aufrecht.

Er weist aber zugleich auf einen redaktionellen Fehler in der deutschen Richtlinien-Version hin (Beratung erfolgt nicht „ungebunden“, sondern „unabhängig“).

Vor allem aber, so der Gutachter, müsste schließlich klargestellt werden, dass der Makler für seine Beratung eine Provision verlangen darf, wenn er den Kunden ausdrücklich darauf hinweist, dass diese Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist.

Hiervon ausgehend müsste der Text in der deutschen Sprachfassung des Richtlinien-Entwurfs an zwei Stellen ergänzt werden:

1. Seite 19 Abs. 1 (von oben): Ergänzt werden müsste der Satz: „ein solches Verbot sollte Versicherungsvermittler jedoch nicht davon abhalten, Beratung anzubieten, für die sie Anreize erhalten haben, sofern die Kunden gemäß den geltenden Transparenzregeln über die entsprechenden Anreize, **etwa durch den Hinweis, dass die Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist,** informiert werden.“

Durch diesen hier fett gedruckten Hinweis wird klargestellt, dass Makler eine Provision nehmen dürfen, wenn sie darauf hinweisen, dass diese als Vergütung in der Versicherungsprämie enthalten ist.

2. Aus den gleichen Gründen müsste der Erwägungsgrund 5 leicht umformuliert werden und zwar im zweiten Satz. Dieser Satz sollte wie folgt lauten:

   *„Diese Vorschrift sollte Versicherungsvermittler, die ihren Kunden Beratung anbieten, nicht daran hindern, Anreize zu akzeptieren, sofern die Kunden im Einklang mit den geltenden Transparenzanforderungen über die Anreize,* ***etwa durch den Hinweis, dass die Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist****, informiert werden und andere rechtliche Anforderungen, einschließlich der Verpflichtung, im besten Interesse des Kunden zu handeln, eingehalten werden.“*

Professor Schwintowski dazu:
„Diese redaktionellen Veränderungen und Klarstellungen würden die wettbewerbliche Schlechterstellung gegenüber dem gebundenen Handelsvertreter aufheben und damit das wettbewerbliche Gleichgewicht auf den Märkten für die Versicherungsvermittlung wiederherstellen.
Für den Kunden würde eine solche Klarstellung volle Transparenz darüber herstellen, dass die von ihm geschuldete Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist und über den Versicherer an den Makler ausgekehrt wird.“

Wir machen uns die Ausführungen und Schlussfolgerungen des Gutachters ausdrücklich zu eigen.

Gleichzeitig hoffen wir natürlich, dass die geschilderten Aspekte und Forderungen auch für Sie nachvollziehbar sind:

1. Streichung des Art. 30 Abs. 5b RL-E weil er europarechtswidrig ist und ein Provisionsverbot für Versicherungsmakler bei der Beratung/Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten – einem Kernbereich unserer Mitglieder - bedeuten würde.

   … oder zumindest …

2. eine Klarstellung an den o.g. Stellen, dass der Makler für seine Beratung eine Provision verlangen darf, wenn er den Kunden ausdrücklich darauf hinweist, dass diese Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist.

Wie eingangs erwähnt, möchten wir Sie höflich darum bitten, diese für die unabhängige Beratung in Deutschland so wichtige Korrektur in die weiteren Diskussionen und Beratungen mit einzubeziehen.

**Im Detail nehmen wir nachfolgend ergänzend hierzu und zu weiteren Aspekten der EU-Kleinanlegerstrategie Stellung:**

**1. Ziel der vorgeschlagenen Richtlinie**

Die vorgeschlagene Kleinanlegerschutz-Richtlinie zielt darauf ab, dass Kleinanleger (Verbraucherinnen und Verbraucher) vollumfänglich an den Kapitalmärkten der EU teilnehmen können und mit ihren Anlagen renditestärkere Ergebnisse erzielen können. Verbraucherinnen und Verbraucher sollen sich in höherem Maße am Kapitalmarkt einbringen und dabei erfolgreich Vermögen aufbauen. Kleinanleger sollen einerseits auf informierter Basis Anlageentscheidungen treffen können, die zu Ihren Bedürfnissen und Zielen passen. Anderseits sollen sie besser als bisher durch angepasste rechtliche Rahmenbedingungen geschützt werden.

Zur Erreichung dieser Ziele sollen durch die Kleinanlegerschutz-Richtlinie als Sammelrichtlinie Änderungen an fünf europäischen Richtlinien vorgenommen werden, nämlich an der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID), der Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD), der Solvabilität-II-Richtlinie, der Richtlinie über Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-Richtlinie) und der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie).

**2. Zusammenfassung der Stellungnahme**

Der Bundesverband Finanzdienstleistung AfW begrüßt grundsätzlich Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes von Kleinanlegern. Dazu gehören auch Maßnahmen zur Schaffung von Transparenz, von Vorkehrungen zur Verhinderung von irreführenden Angaben, der Verbesserung des Beratungsprozesses und hohe berufliche Standards für Anlageberater und damit auch für Versicherungs- und Finanzanlagenvermittler. Ebenso begrüßt der AfW die Harmonisierung von Rechtsvorschriften für den Versicherungs- wie den Wertpapier-/Finanzanlagenbereich, also die Angleichung von IDD- und MiFID-Regelungen, soweit damit ähnlich gelagerte Vorgänge der Anlagevermittlung und -beratung erfasst werden.

Jedoch finden sich in den Vorschlägen neben zielführenden Ansätzen auch Maßnahmen, die dem Schutz von Kleinanlegern nicht nur nicht dienlich sind, sondern sogar auf die Zielerreichung kontraproduktiv wirken. Der beste Anlegerschutz ist gute und professionelle Beratung und Betreuung in Finanzangelegenheiten, ein Ziel, das auch mit dem Richtlinienvorschlag erreicht werden soll. Der Zielsetzung stehen aus Sicht des AfW insbesondere entgegen:

- Die Überbetonung von Honorarberatung und ein Provisionsverbot, das gegen EU-Recht verstößt und für Versicherungsmakler faktisch ein Berufsverbot darstellt.
- Die fehlerhafte Ausgestaltung eines Best-Interest-Tests.
- Die einseitige Fokussierung auf einen Kostenvergleich, ohne hinreichenden Blick auf die Wünsche und Bedürfnisse der Kleinanleger.
- Unscharfe Anforderungen an eine Portfolioberücksichtigung.
- Überflüssige Offenlegungsanforderungen für Zahlungen Dritter.
- Eine zu weitreichende Verlagerung von wesentlichen Konkretisierungen in Delegierte Rechtsakte.
- Unrealistische Zeitpläne.

## 3. Stellungnahme

### 3.1. Honorarberatung und Provisionsverbot

Der Richtlinien-Vorschlag enthält verschiedene Regelungen in Bezug auf den Umgang mit Anreizen. Für die Bereich der unabhängigen Beratung zur Versicherungsanlageprodukten und der Vermittlung ohne Beratung/Ausführungsgeschäfte enthält der Vorschlag Provisionsverbote. Provisionsverbote werden nach dem Richtlinienentwurf als erforderlich erachtet, um den Interessen der Kleinanleger besser gerecht zu werden.

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass Provisionen unangemessene Anreize setzen und intransparent seien. Optimal hingegen sei die Beratung auf Honorarbasis.

Diese Einschätzung geht fehl und verkennt wesentliche Punkte und evidente Tatsachen. Sie steht vielmehr, wie wir nachfolgend darlegen werden, den Zielen des Richtlinienvorschlags – Teilnahme der Verbraucherinnen und Verbraucher am Kapitalmarkt und Förderung deren Vermögensaufbaus – sogar eklatant entgegen.

Provisionsverbote haben gravierende negative Folgen für die Versorgung der Kleinanleger mit Versicherungsanlageprodukten und anderen Anlageprodukten. Der europäische Gesetzgeber möchte Kleinanlegern verstärkt ermöglichen, am Kapitalmarkt zu investieren und sie dabei besser zu schützen.

Dieses Ziel unterstützen wir ausdrücklich. Jedoch führen Provisionsverbote dazu, dass die Vermittler mangels Einkommen aus dieser Tätigkeit für die Kleinanleger nicht mehr zur Verfügung stehen. Ein Provisionsverbot für Versicherungsanlageprodukte, also für fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherungen, klassische Lebensversicherungen sowie Berufsunfähigkeitsversicherungen würde dazu führen, dass diese durch Versicherungsmakler schlicht nicht mehr angeboten/beraten werden. Somit würden zahlreichen Versicherungsmaklern ein großer Anteil ihres Umsatzes verloren gehen. Viele der aktuell in Deutschland tätigen über 46.000 Versicherungsmakler wären somit gezwungen, ihre Tätigkeit aufzugeben. Kleinanleger müssen sich dann selbst am Versicherungs- und Kapitalmarkt um entsprechende Produkte kümmern.

Dabei übergeht die Begründung des Richtlinienvorschlags die Tatsache, dass Versicherungsanlageprodukte, Wertpapiere und andere Kapitalanlagen von den Verbraucherinnen und Verbrauchern weniger aktiv nachgefragt werden, sondern ihnen vielmehr angeboten werden. Ohne einen aktiven Vertrieb über professionelle Berater und Vermittler kann und wird das Ziel, die Kleinanleger Europas mit Versicherungsanlageprodukten etc. zu versorgen, nicht erreicht werden.

Die Honorarberatung immer weiter als Lösung in den Vordergrund zu schieben und die Beratung und Vermittlung auf Provisionsbasis immer weiter zurückzudrängen, ist ebenso wenig zielführend. **Honorarberatung ist erwiesenermaßen nicht geeignet, die Bevölkerung mit Finanzprodukten zu versorgen.**

Das im Vereinigten Königreich vor 10 Jahren eingeführte Provisionsverbot hat nach den Daten der englischen Finanzaufsicht Financial Conduct Authority (FCA) weder zu einer breit in der Gesellschaft verankerten Honorarberatung noch zu einer Verbesserung der Versorgung der Kleinanleger mit Anlagen[1]. Ganz im Gegenteil:

- Die Honorarberatung ist teuer.
- Nur wenige Kleinanleger können oder wollen sie sich leisten.
- Der größte Teil der britischen Bevölkerung muss sich nunmehr ohne fachliche Beratung und ohne eigenes Fachwissen selbst um ihre Altersvorsorge und anderen Vermögensaufbau kümmern.
- Die meisten Kleinanleger sind durch das Provisionsverbot von guter Beratung faktisch abgehängt.

Wie beziehen uns zudem auf die Ergebnisse einer Verbraucherstudie der FCA aus 2020[2], wonach 54 Prozent der britischen Erwachsenen mit einem investierbaren Vermögen von 10.000 £ oder mehr, mithin fast 10 Millionen Menschen, in den letzten Jahren keine formelle Unterstützung bei ihren Investitionsentscheidungen erhalten haben.

[1] https://www.fca.org.uk/data/retail-intermediary-market-2022
[2] https://www.fca.org.uk/publication/corporate/evaluation-of-the-impact-of-the-rdr-and-famr.pdf

Weitere Zahlen aus der Studie belegen, dass lediglich vermögende Menschen in den Genuss einer professionellen Finanzberatung kommen:

- Nur 17 Prozent der Erwachsenen im Vereinigten Königreich mit einem Anlagevermögen von über 10.000 £ hatten in den letzten 12 Monaten eine regulierte Finanzberatung in Anspruch genommen.
- Demgegenüber hatten in derselben Zeitspanne 25 Prozent der Verbraucher mit einem Vermögen zwischen 100.000 £ und 250.000 £ und 38 Prozent der Verbraucher mit einem investierbaren Vermögen von mehr als 250.000 £ eine Finanzberatung erhalten.
- 40 Prozent der Beratungsunternehmen haben einen Schwellenwert an verfügbarem Vermögen, ab dem sie Neukunden annehmen. Bei mehr als der Hälfte aus dieser Gruppe liegt er bei 50.000 Pfund, bei den anderen noch deutlich darüber.

Die Entwicklungen in Großbritannien sollten daher sehr genau analysiert werden, bevor man das dortige Modell zur Anwendung auf die EU empfiehlt.

Jeder Markt ist im Übrigen anders und hat sich auch historisch unterschiedlich entwickelt. So hat die aktuelle deutsche Regierung sehr bewusst und aus guten Gründen darauf verzichtet, ein Provisionsverbot in ihre Agenda aufzunehmen. **Die entstehende Beratungslücke bei weiten Teilen der Bevölkerung wäre immens** und wird von der Bundesregierung nicht gewünscht.

Ganz im Gegenteil gehören auf die Agenda unbedingt Schritte zu mehr Anreizen, sich zu Risikovorsorge und Altersabsicherung unabhängig beraten zu lassen, kein Abschneiden der Mittelschicht und der unteren Einkommensgruppen von der dringend notwendigen individuellen Beratung.

In Deutschland gibt es seit vielen Jahren ein gesetzlich verankertes Berufsbild von Honorarberatung und -vermittlung im Versicherungsbereich wie auch im Finanzanlagenvermittlungsbereich. Es bedarf hier keiner weiteren Regulierung, die Kunden haben bereits jetzt die Wahl.

**Unter den Kunden gibt es für eine allgemeine Honorarberatung jedoch keine Akzeptanz, was sich nicht zuletzt auch in der Anzahl der jeweiligen Zulassungsinhaber ausdrückt:**

Honorarberater im Versicherungsbereich zum 1.1.2024: 319 (rückläufig)
Honorarberater im Finanzanlagenvermittlerbereich zum 1.1.2024: 315 (konstant)
Dem steht eine Gesamtzahl von über 220.000 Zulassungsinhabern für die Vermittlung von Versicherungen und Finanzanlagen gegenüber.
Nicht berücksichtigt sind hier die bereits vorhandenen Angebote von Banken, Sparkassen und Vermögensverwaltern auf Honorarbasis.

Ziel ist ferner, dass die Anlageprodukte von Kleinanlegern bessere Ergebnisse erwirtschaften. Behauptet wird, dass Provisionen die Rendite der Kleinanleger schmälerten. Die Kommission will mit dem Provisionsverbot daher die Produktkosten senken. Sie geht davon aus, dass dadurch die Rendite des Geldvermögens (Portfoliorendite) der Anleger steigt.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Der BVI Bundesverband Investment und Asset Management e.V. hat eine aktuelle Studie zur Auswirkung von Provisionsverboten durchgeführt (Effects of Bans on Inducements Revisited[3]). Die Studie wertet die Daten der Europäischen Zentralbank und der englischen Statistikbehörde aus. Sie zeigt, **dass ein Provisionsverbot nicht zu höheren Renditen für Kleinanleger führt, sondert im Gegenteil sogar verhindert, dass sich Kleinanleger stärker an den Kapitalmärkten beteiligen**. Im Übrigen werden die Vertriebskosten durch ein Provisionsverbot nicht reduziert, sondern nur **gesondert** von den Kleinanlegern gezahlt.

**Finanzdienstleistungen auf Provisionsbasis abzuschaffen und dadurch eine vermeintlich bessere Honorarberatung zu stärken, ist somit ein klarer Irrweg.**

[3] https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/Statistik/Research/2023-08-14_BVI_paper_Effects_of_inducement_bans_final.pdf

### 3.2. Provisionsverbot für unabhängige Beratung

Für den Bereich der unabhängigen Beratung zu Versicherungsanlageprodukten enthält der Vorschlag ein Provisionsverbot. Dieses Provisionsverbot

- hat, wie grade aufgezeigt, gravierende negative Folgen für die Versorgung der Kleinanleger mit Versicherungsanlageprodukten,
- wirkt zudem als faktisches Berufsverbot für Versicherungsmakler
- und zerstört zudem die Geschäftsgrundlage derjenigen Versicherungsunternehmen, welche ausschließlich den Vertriebsweg über die Maklerschaft nutzen (sog. Maklerversicherer)

Die Regelung wäre aber nicht nur kontraproduktiv für den Anlegerschutz, sondern steht in eklatantem Widerspruch zu geltendem EU-Recht.

#### 3.2.1.

Die vorgeschlagene Regelung (Artikel 30 Absatz 5b) lit. b) IDD-E) lautet:

> *„(5b) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass ein Versicherungsvermittler oder ein Versicherungsunternehmen, der bzw. das Versicherungsanlageprodukte vertreibt, wenn er bzw. es Kunden mitteilt, dass die Beratung ungebunden erfolgt, der Versicherungsvermittler bzw. das Versicherungsunternehmen*
> *[...]*
> *b) für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre und nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt, annimmt und behält.*

Diese Regelung knüpft an die „ungebundene Beratung“ an.

Im Erwägungsgrund 5 des Entwurfs der Kleinanlegerschutz-Richtlinie findet sich folgende Erläuterung:

> *„Um sicherzustellen, dass Kleinanleger nicht irregeführt werden, ist es wichtig, in der Richtlinie (EU) 2016/97 festzulegen, dass Versicherungsvermittler, die ihren Kunden mitteilen, dass sie Beratung*

*unabhängig erbringen, im Einklang mit den bestehenden Vorschriften der Richtlinie 2014/65/EU keine Anreize für eine solche Beratung akzeptieren sollten. Diese Vorschrift sollte Versicherungsvermittler, die Kunden Beratung anbieten, nicht daran hindern, Anreize zu akzeptieren, sofern die Beratung nicht als unabhängig dargestellt wird, die Kunden im Einklang mit den geltenden Transparenzanforderungen über die Anreize informiert werden und andere rechtliche Anforderungen, einschließlich der Verpflichtung, im besten Interesse des Kunden zu handeln, eingehalten werden."*

Das Provisionsverbot wird einerseits lediglich als Maßnahme im Rahmen der Verhinderung von Irreführung von Verbrauchern erläutert. Dabei handelt es sich nicht um eine Transparenzanforderung, sondern um eine Regulierung von Anreizen und Vergütungen. Anderseits wird jedoch an die „Darstellung" der Beratungsleistung durch den Versicherungsvermittler als „unabhängig" angeknüpft.

**Daraus folgt in Deutschland im Ergebnis ein Provisionsverbot für Versicherungsmakler.**

Seit der Schaffung der Versicherungsvermittlerrichtlinie 2002[4] werden auf europäischer Ebene allein die Begriffe des „Versicherungsvermittlers" und des „vertraglich gebundenen Versicherungsvermittlers" definiert. Die Differenzierung des Versicherungsvermittlers in Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler erfolgte in Deutschland vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Vermittlungswege.

Die Umsetzung der Erlaubnispflicht mit dieser Differenzierung erfolgte in § 34 d Gewerbeordnung. Die Pflichtenstellung, auf die es vorliegend ankommt, ist in § 59 Absatz 3 Satz 1 Versicherungsvertragsgesetz wie folgt festgelegt:

*„Versicherungsmakler im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder von einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein."*

[4] RICHTLINIE 2002/92/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung

Der Versicherungsmakler hat daher im Gegensatz zum Versicherungsvertreter nicht das **Interesse** des Versicherungsunternehmens, sondern das seiner **Kundinnen und Kunden** wahrzunehmen. **Er ist deren „Interessenwahrer und Sachwalter“** (BT-Drucksache 16/1935, Seite 22; BGHZ 94, 356, 359; Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 31. Auflage 2021, Rn. 65 zu § 59 VVG).

**Das gesetzliche Leitbild für den Versicherungsmakler ist daher dessen Unabhängigkeit**, denn er steht einzig und allein im Lager seiner Kundinnen und Kunden.

Die Tätigkeit als Versicherungsmakler ist daher bereits per definitionem und damit per se unabhängig. Eine Beratung von Kleinanlegern zu Versicherungsanlageprodukten durch Versicherungsmakler bedarf folglich keiner gesonderten Beschreibung als unabhängig. Der Auftritt als Versicherungsmakler ist damit zugleich eine „Darstellung“ von „unabhängiger Beratung“ im Sinne des Artikel 30 Absatz 5b) lit. b) IDD-E.

**Ein entsprechend des Kommissionsentwurfs geregeltes Provisionsverbot für Versicherungsanlageprodukte**

- **beträfe daher Versicherungsmakler in Deutschland unmittelbar,**
- **käme einem (partiellem) Berufsverbot gleich**
- **und wäre daher ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Wettbewerb und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.**

**3.2.2.**

Einzelne Akteure bringen vor, die deutschen Versicherungsmakler fielen nicht unter das oben dargestellte Provisionsverbot, weil sie nicht „unabhängig“ im Sinne der vorgeschlagenen Regelung seien. Bisweilen wird vorgeschlagen, Versicherungsmakler sollten sich einfach nicht als unabhängig bezeichnen, gerne verbunden mit dem Hinweis auf die Erläuterung zum Entwurf verwiesen.

Diesen Ansatz geht nicht allein aus Sicht des AfW fehl, fußt er doch auf einer höchst unsicheren und äußerst gewagten Auslegung des Status Quo und des gesetzlichen Rahmens.

Dass Versicherungsmakler **per se unabhängig** sind und somit keine gesonderte Darstellung als „unabhängige Beratung“ erforderlich ist, wurde oben bereits beschrieben. Auch unter Heranziehung der Begründung zum Richtlinienvorschlag fallen die Versicherungsmakler nicht aus dem Anwendungsbereich. Das Provisionsverbot für unabhängige Beratung zu Versicherungsanlageprodukten wird auf Seite 19 der deutschen Fassung begründet:

> *„Speziell bezogen auf die IDD werden mit Artikel 2 Absatz 22 Buchstabe d die Schutzvorkehrungen für die Beratung in Artikel 30 Absatz 5b der IDD gestärkt und wird im Falle, dass Versicherungsvermittler ihre Beratung als „unabhängig“ präsentieren wollen, im Einklang mit der MiFID unterschieden, ob die Beratung unabhängig erbracht wird oder nicht. Dazu werden hinsichtlich der Kategorie der unabhängigen Beratung statt fakultativer Vorgaben verbindliche Vorschriften für die Mitgliedstaaten festgelegt und wird der Erhalt oder die Gewährung von Anreizen im Falle der unabhängigen Beratung untersagt. Ein solches Verbot sollte Versicherungsvermittler jedoch nicht davon abhalten, Beratung anzubieten, für die sie Anreize erhalten haben, sofern diese Beratung nicht als „unabhängige“ Beratung dargestellt wird und die Kunden gemäß den geltenden Transparenzregeln über die entsprechenden Anreize informiert werden. Angesichts der Vielfalt der Strukturen für den Versicherungsvertrieb in den Mitgliedstaaten sollten Versicherungsvermittler, die nicht bei einem Versicherungsunternehmen angestellt oder vertraglich an dieses gebunden sind, aber von diesem Unternehmen Anreize erhalten, durch das Verbot nicht daran gehindert werden, sich als Vermittler zu präsentieren, die nicht vertraglich an ein bestimmtes Versicherungsunternehmen gebunden sind.“*

Auch in der Begründung wird einerseits lediglich auf die „Darstellung“ als „unabhängige Beratung“ abgestellt. Andererseits erfolgt die Abgrenzung im letzten Satz über den Vergleich mit angestellten und vertraglich gebundenen Vermittlern.

Der überaus verschachtelte Satz endet damit, dass Vermittler, die nicht angestellt oder vertraglich gebunden sind, sich als vertraglich ungebunden darstellen können, ohne dem Provisionsverbot zu unterliegen. Jedoch ist nicht im Geringsten klar, ob damit der deutsche Versicherungsmakler gemeint ist. Und diese Auslegung hilft auch nicht, weil der Versicherungsmakler dennoch gesetzlich unabhängig bliebe.

**3.2.3.**

Vor dem Hintergrund der weitreichenden Bedeutung der geplanten Regelungen hat der AfW das bereits Eingangs erwähnte **Gutachten bei Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski** von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin in Auftrag gegeben.

Kernfrage an den Gutachter war dabei die **Vereinbarkeit der beabsichtigten Regelung in Artikel 30 Absatz 5b) lit. B) IDD-E mit höherrangigem europäischen Recht**.

Professor Schwintowski ist unter anderem Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats der Verbraucherorganisation „Bund der Versicherten“, war lange Jahre Mitglied des Versicherungsbeirats bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) und Mitglied der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (VVG-Reformkommission). Seine Arbeitsschwerpunkte liegen neben dem Versicherungsrecht auf dem europäischen Recht, mit Schwerpunkt auch auf dem Wettbewerbsrecht. Seine Expertise ist unzweifelhaft.

**In seinem Gutachten stellt Professor Schwintowski fest, dass die vorgesehene Reglung in Art. 30 Absatz 5b RL-E nicht mit europäischem Recht vereinbar und folglich nichtig ist.**

Zusammengefasst kommt der Gutachter mit Blick auf die Europarechtswidrigkeit zu folgenden klaren Befunden:

- Es fehlt an einer diese Regelung legitimierenden Kompetenzgrundlage, da die Art. 62, 53 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) nicht greifen.

- Die geplante Regelung erleichtert nicht die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit für Versicherungsmakler, sondern erschwert sie ganz erheblich.

- Verletzt sind daneben das Kohärenzprinzip (Art. 7 AEUV) sowie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 des Vertrags über die Europäische Union – EUV).

- Ferner ist der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) verletzt, ebenso wie der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Artt. 119, 120 AEUV).

- Schließlich sind die wirtschaftliche Freiheit (Art. 15/16 der Charta der Grundrechte der europäischen Union – EU-GRCh) und der Gleichheitssatz (Art. 20 EU-GRCh) verletzt.

- Versicherungsmakler werden im Wettbewerb gegenüber gebundenen Vertretern massiv benachteiligt und diskriminiert. Damit sind Makler gegenüber gebundenen Vertretern praktisch nicht mehr wettbewerbsfähig.

Das Gutachten von Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski vom 5. Juli 2023 ist dieser Stellungnahme, wie bereits erwähnt, als Anlage **beigefügt**.

**3.2.4.**

Diese Schlechterstellung der Versicherungsmakler hat auch für die Verbraucherinnen und Verbraucher weitreichende negative Auswirkungen:

**Denn wenn die Versicherungsmakler als Berater ausscheiden, wird die Teilnahme von Verbraucherinnen und Verbrauchern am Kapitalmarkt und deren Vermögensaufbau, insbesondere zu Zwecken der Altersvorsorge, noch mehr erschwert.**

Verbraucherinnen und Verbraucher sind auf die qualifizierte Beratung durch unabhängige Versicherungsmakler angewiesen (siehe Argumente unter 3.1.). Rund 46.000 Versicherungsmakler leisten fortlaufend professionelle, qualifizierte Arbeit und greifen auf ein breites Angebot von Versicherungsanlageprodukten zurück und handeln im Interesse ihren Kundinnen und Kunden.
Auch Professor Schwintowski kommt zu dem Ergebnis, dass für die Kunden ein Provisionsverbot für die Beratungstätigkeit zu einem erheblichen Nachteil führt:

Könnten sich unabhängige Sachwalter im Wettbewerb gegenüber gebundenen Vertretern nicht mehr behaupten, würden Kundinnen und Kunden nicht länger auf deren Expertise und deren Einsatz für ihre Interessen bauen könne.

In der Folge würden sie ausgerechnet die Vermittler verlieren, die **im Interesse der Kundinnen und Kunden** in einer Art und Weise für einen umfassenden Marktüberblick und einen Vergleich der Produkte sorgen, dass die jeweils qualitativ besten Produkte den Kunden empfohlen werden.

**3.2.5.**

Unabhängig vom hier kritisierten Wortlaut der Regelung in Artikel 30 Absatz 5b) lit. b) IDD-E hat sich Dr. Nico Spiegel, Legal and Policy Officer in der EU-Kommission, am 7. Juni 2023 auf einer Veranstaltung in Berlin klar geäußert:

*„Das ist kein Provisionsverbot für Makler. Das ist nicht beabsichtigt und auch nicht vorgesehen."*[5]

Wenn dem so ist, sollte die geplante Regelung am besten ersatzlos gestrichen oder aber deutlich klargestellt werden. Die Unsicherheit einer der Aussage von Dr. Spiegel zukünftigen, gegenstehenden Auslegung der Richtlinie durch Gerichte, zuletzt ggf. durch den europäischen Gerichtshof, kann damit sehr einfach vermieden werden.

**3.3. Provisionsverbot für Vermittlung ohne Beratung**

Der Richtlinienentwurf sieht zudem ein Provisionsverbot für Vermittlung von Versicherungsanlagen ohne Beratung vor (Artikel 29a Absatz 1 IDD-E). Damit wolle man „mögliche Nachteile für Verbraucher beseitigen" (Erwägungsgrund 4 IDD-E). Dem Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich letztlich um „reine Ausführungsgeschäfte" handelt. Es wird unterstellt, dass für die Kleinanleger durch die Vermittler – Versicherungsvertreter wie Versicherungsmakler – keine Gegenleistung geboten wird.

Dies ist unzutreffend. Denn die Versicherungsvermittler sind gehalten, eine **Angemessenheitsprüfung** durchzuführen. Dazu haben Versicherungsvermittler die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich nach gegenwärtigem Recht abzufragen, zu dokumentieren und die Angemessenheit zu prüfen.

[5] https://versicherungsmonitor.de/2023/06/07/entwarnung-in-sachen-provisionsverbot-fuer-makler/

Der Vorschlag sieht vor, diese Prüfung um Elemente des Anlegerprofils zu erweitern. Zukünftig sollen in die Angemessenheitsprüfung auch die Fähigkeit des Kleinanlegers, einen vollständigen oder teilweisen **Verlust tragen** zu können, einbezogen werden, sowie seine **Risikotoleranz**. Beides sind Elemente, die bislang nur im Rahmen der Geeignetheitsprüfung zu berücksichtigen waren.

Für die Kundinnen und Kunden bringt die Angemessenheitsprüfung einen gesteigerten Anlegerschutz und somit einen **Mehrwert** aus Sicht des europäischen Gesetzgebers. Für die Versicherungsvermittler geht die Angemessenheitsprüfung einher mit einem **höheren Arbeitsaufwand und größerer Verantwortung** (einschließlich Haftungspotential, das wiederum von einer zu bezahlenden Vermögensschadenshaftpflicht-versicherung gedeckt sein muss).

Es ist Versicherungsvermittlern als selbstständigen Gewerbetreibenden aber nicht zumutbar, eine solche Leistung ohne Gegenleistung zu erbringen. Es widerspricht auch dem Grundgedanken einer freien Marktwirtschaft.

**Daher sollte auch bei Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten mit Angemessenheitsprüfung eine Provision möglich bleiben.**

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch die geplanten Änderungen an MiFID II für **Finanzanlagenvermittler** nicht hinnehmbare Einschränkungen enthalten:

So ist vorgesehen, dass Wertpapierfirmen bei der Annahme und Übermittlung von Aufträgen von Kleinanlegern oder in deren Namen sowie bei der Ausführung von Aufträgen für Kleinanleger oder in deren Namen keine Gebühr oder Provision zahlen oder erhalten (Artikel 24a Absatz 2 MiFID II-E) dürfen. Die Begründung zum Richtlinienvorschlag verweist drauf, dass es sich um „reine Ausführungsdienstleistungen“ handle. Dies ist aber unzutreffend.

Der Dienstleistung wird ein Mehrwert abgesprochen. Jedoch verhält es sich auch in diesem Falle wie bei den Versicherungsmaklern: Auch die Finanzanlagenvermittler müssen eine **Angemessenheitsprüfung** im Rahmen einer Anlagevermittlung durchführen.

Auch Artikel 25 Absatz 3 MiFID II-E erweitert die Angemessenheitsprüfung um die Merkmale Verlusttragfähigkeit und Risikotoleranz. Nur eine Anlagevermittlung im Rahmen einer Anlageberatung auf nicht-unabhängiger Grundlage ist vom Provisionsverbot ausgenommen. Ein Provisionsverbot für die Anlagevermittlung mit Angemessenheitsprüfung durch Wertpapierfirmen und selbstständige Finanzanlagenvermittler ist jedoch aus denselben Gründen wie bei den Versicherungsvermittlern unzumutbar.

Regelmäßig werden im Übrigen auch bei Kundenbeziehungen, welche auf Execution-Only-Tätigkeiten beruhen, wertvolle Zusatzdienstleistungen erbracht, die nur dank der Bestandsprovision darstellbar sind. Dazu gehören unter anderem:

- Monatliche Vermögensübersichten (inkl. Fondsbewertungen und grafischem Depotverlauf und Risiko-Kennziffern).
- Quartals-Berichte
- Spezielles Fonds-Reporting, unter anderem in Form von detaillierten Hinweisen zu ausgewählten Fonds, Performance-Tabellen, Kapitalmarkt-Bericht und vielem mehr.

**Auch bei Anlagevermittlungen mit Angemessenheitsprüfung durch Wertpapierfirmen und Finanzanlagenvermittler muss eine Provision möglich bleiben.**

Artikel 24a Absatz 1 MiFID II-E, der sich an Finanzportfolioverwalter richtet, hat ebenfalls negative Auswirkungen auf die Versorgung der Kleinanleger mit Finanzinstrumenten. Nach dieser Regelung sollen die Mitgliedstaaten Sorge dafür tragen, dass Wertpapierfirmen bei der Portfolioverwaltung im Zusammenhang mit der Erbringung dieser Dienstleistung **keine Gebühren oder Provisionen** an eine Partei **zahlen** oder von einer solchen Partei erhalten und auch keinen nichtmonetären Vorteil einer solchen Partei gewähren oder von einer solchen Partei erhalten, sofern es sich bei dieser Partei nicht um den Kunden oder eine Person handelt, die im Auftrag des Kunden tätig wird.

Dies bedeutet, dass Vermittler **keine Vermögensverwalterverträge mehr auf Provisionsbasis an Kundinnen und Kunden vermitteln** können. Kleinanleger erhalten dadurch weniger Möglichkeiten, mit Vermögensverwaltern in Kontakt zu kommen. Denn es sind oft Vermittler, die geeignete Kundinnen und Kunden diese Möglichkeit erst aufzeigen und somit die Vermögensverwalterverträge vermitteln.

Auch dies steht dem Ziel, die Kleinanleger verstärkt in die Kapitalmärkte investieren zu lassen entgegen. **Die Regelung sollte daher dahingehend geändert werden, dass Vermögensverwalter auch für die Vermittlung von Vermögensverwalterverträgen und Kundenzuführung Provisionen zahlen dürfen.**

### 3.4. Best-Interest-Test und Kosteneffizienz

Es soll ein neuer Best-Interest-Test bei der Beratung zu Versicherungsanlageprodukten eingeführt werden (Artikel 29b Absatz 1 IDD-E).

Natürlich ist es immer zu begrüßen, wenn Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler im bestmöglichen Interesse von Kundinnen und Kunden handeln. Die vorgeschlagene Regelung ist jedoch inhaltlich nicht hinreichend bestimmt, will die Regelungen von viel zu vielen Einzelheiten in delegierten Rechtsakten schieben und enthält Widersprüchlichkeiten.

Der Best-Interest-Test soll aus vier Punkten bestehen:

- Beratung auf der Grundlage einer Bewertung einer **angemessenen Palette** an Versicherungsanlageprodukten – und gegebenenfalls zugrunde liegender Anlagevermögenswerte
- Empfehlung des **kosteneffizientesten Versicherungsanlageprodukts** – und gegebenenfalls zugrunde liegende Anlagevermögenswerte – unter den geeigneten Versicherungsanlageprodukten
- Empfehlung von einem oder mehreren Versicherungsanlageprodukten – und gegebenenfalls zugrunde liegenden Anlagevermögenswerten – **ohne zusätzliche Merkmale**, die für die Erreichung der Anlageziele des Kunden nicht erforderlich sind und zusätzliche Kosten verursachen und
- Empfehlung eines Versicherungsanlageprodukts mit einer Versicherungsdeckung, die den **Versicherungsanforderungen und -bedürfnissen** des Kunden entspricht.

Ein solcher Test bringt **Aufwand ohne Nutzen** und setzt im Übrigen einen falschen Schwerpunkt:
Der Blick auf das kosteneffizienteste Versicherungsanlageprodukt führt zu einem reinen Kostenwettbewerb. Das günstigste Produkt ist jedoch nicht immer das beste. Zielführend ist vielmehr ein Qualitätswettbewerb. Und damit stehen die Qualität der Anlageberatung und die Qualifikation des Versicherungsvermittlers im Vordergrund.

Die Nichtberücksichtigung ausgewählter Merkmale stellt einen Widerspruch in sich dar. Die Auswahl des Versicherungsanlageprodukts erfolgt auf der Grundlage der **Wünsche und Bedürfnisse** der Versicherungsnehmer. Diese zu berücksichtigen, ist gesetzliche Pflicht der Versicherungsvermittler. Dieser Prüfungspunkt im Best-Interest-Test ist daher **überflüssig** und führt nur zu einem Widerspruch im Gesetz. Auch der Punkt, dass die Empfehlung den Versicherungsanforderungen und -bedürfnissen des Kunden entsprechen muss, ist eine **überflüssige Doppelung** im Prüf- und Dokumentationsprozess für die Versicherungsvermittler.

**3.5. Portfolio-Prüfung**

Im Rahmen der Beratung zu Versicherungsanlageprodukten wird die Geeignetheitsprüfung um einen Portfolio-Ansatz erweitert (Artikel 30 Absatz 1 IDD-E). Bei Prüfung der finanziellen Verhältnisse der Kunden soll auch die „Zusammensetzung etwaiger bestehender Portfolios“ berücksichtigt werden.

Auch wenn die Angleichung von MiFiD und IDD im Anlagebereich grundsätzlich begrüßenswert ist, müssen die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden berücksichtigt werden:
Versicherungsanlageprodukte sind im Ergebnis keine reinen Anlagen, sondern bieten auch Versicherungsschutz. Daher sind sie nicht mit Wertpapieren gleichzusetzen. Der Portfoliogedanke aus der Vermögensverwaltung lässt sich daher nicht auf die Versicherungsanlageprodukte übertragen.

Ferner ist nicht klar, welche Anlagen bei der Prüfung der Zusammensetzung bestehender Portfolios überhaupt und mit welchem Ziel berücksichtigt werden sollen:
Bedenkt man, dass auch Wertpapiere und Finanzanlagen in den Blick zu nehmen wären, ist dies Versicherungsvermittlern nicht ohne weiteres möglich. Denn Finanzinstrumente unterliegen einer Erlaubnispflicht auf Ebene der BaFin und die Vermittlung von Finanzanlagen bedarf einer Gewerbeerlaubnis nach § 34 f GewO.

Nicht jeder Versicherungsvermittler besitzt auch die Erlaubnis als Finanzanlagenvermittler. Es besteht hier die erhebliche Gefahr, dass Erlaubnisbereiche überschritten und nicht klar abgrenzbar vermengt werden. Soweit in Artikel 25 Absatz 1 MiFID II-E eine analoge Regelung für Wertpapierfirmen geschaffen werden soll, ist dieser Punkt auch für Finanzanlagenvermittler aus den gleichen Gründen nicht praktikabel.
**Die Portfolio-Prüfung sollte daher ersatzlos gestrichen werden.**

### 3.6. Offenlegung von Zahlungen Dritter

In Artikel 29 Absatz 1 IDD-E wird die Informationen über Kosten, Entgelte und Zahlungen Dritter für Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler neu geregelt. Für Versicherungsvermittler, insbesondere ungebundene Versicherungsmakler mit einer Vielzahl von Anbindungen, sind diese Informationspflichten nicht umsetzbar.

So sollen (auch) Versicherungsvermittler Zahlungen Dritter (also z.B. die Provisionen) im Zusammenhang mit der Bereitstellung oder dem Vertrieb des Versicherungsanlageprodukts gezahlt oder erhalten hat, getrennt aufschlüsseln. Der Versicherungsvermittler soll ebenfalls die kumulativen Auswirkungen solcher Zahlungen Dritter, einschließlich wiederkehrender Zahlungen Dritter, auf die Nettorendite über die Laufzeit des Versicherungsanlageprodukts hinweg offenlegen. Der Zweck der Zahlungen Dritter und ihre Auswirkungen auf die Nettorendite sind in standardisierter Weise und in einer für einen durchschnittlichen Kleinanleger verständlichen Sprache zu erläutern.

Sofern nicht bereits das Versicherungsunternehmens diese getrennten Aufschlüsselungen vollständig in den eigenen Unterlagen vornimmt, müsste der Versicherungsvermittler dies selbst berechnen. Das aber führt zu einem unzumutbaren Aufwand ohne Mehrwert und führt in gestuften Vermittlerverhältnissen unter Umständen zu einer Mehrfachoffenlegung.

**Daher ist in der Richtlinie ausdrücklich klarzustellen, dass allein die Versicherungsunternehmen die Zahlungen offenlegen und die Berechnungen vornehmen müssen. Versicherungsvermittler sollten einzig verpflichtet sein, entsprechende Unterlagen der Versicherungsunternehmen ihren Kundinnen und Kunden zur Verfügung zu stellen.**

### 3.7. Produktgenehmigungsverfahren

Artikel 25 IDD-E regelt Anforderungen an ein Produktgenehmigungsverfahren. Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber, die Versicherungsprodukte zum Verkauf an Kunden konzipieren, sollen ein Verfahren für die Genehmigung jedes einzelnen Versicherungsprodukts oder jeder wesentlichen Anpassung bestehender Versicherungsprodukte einrichten, unterhalten, betreiben und überprüfen, bevor es an Kunden vermarktet oder vertrieben wird (Produktgenehmigungsverfahren).

Zu den Versicherungsvertreibern zählen auch Versicherungsvermittler. Diese sollen auch in den Meldeprozess einbezogen werden. So sollen gemäß Art. 25 Absatz IDD-E auch Versicherungsvermittler, die Versicherungsanlageprodukte konzipieren, den **Behörden ihres Herkunftsmitgliedstaats** Informationen zu Kosten und Entgelten sowie Daten zu den Merkmalen des Versicherungsanlageproduktes mitteilen.

Soweit diese Pflicht also Versicherungsmakler trifft, wären für sie in Deutschland die **Industrie- und Handelskammern zuständig**. Diese sind jedoch bislang weder in Produktprozesse eingebunden noch intern darauf ausgelegt. Dagegen sind bei Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) beide Voraussetzungen gegeben.

**Es wird daher angeregt, dass solche Meldungen, auch wenn sie von Versicherungsvermittlern erfolgen müssen, an eine zentrale Aufsichtsbehörde erfolgen sollen**.

Ferner enthält Artikel 25 Absatz 6 IDD-E eine insbesondere für ungebundene Versicherungsvermittler wie die Versicherungsmakler nicht umsetzbare Regelung, die sich ausweislich des Wortlauts auch an Versicherungsvermittler richtet, die an der Konzeption von Versicherungsprodukten **nicht beteiligt** sind:

> *„Weicht ein Versicherungsanlageprodukt von dem in Absatz 8 genannten einschlägigen Referenzwert ab, führt der Versicherungsvermittler oder das Versicherungsunternehmen, der bzw. das Versicherungsanlageprodukte vertreibt, zusätzliche Tests und weitere Bewertungen durch und stellt fest, ob die Kosten und Entgelte dennoch gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass die Kosten und Entgelte gerechtfertigt und verhältnismäßig sind, darf der Versicherungsvermittler oder das Versicherungsunternehmen das Versicherungsanlageprodukt Kleinanlegern nicht anbieten und Kleinanleger nicht darüber beraten. Gibt es für ein Versicherungsanlageprodukt keinen einschlägigen Referenzwert, so bieten Vertreiber das Produkt nur an bzw. beraten nur darüber, wenn sie durch Produkttests und -bewertungen festgestellt haben, dass die Kosten und Entgelte gerechtfertigt und verhältnismäßig sind und dass das Produkt den Zielen und Bedürfnissen des Zielmarkts entspricht.“*

Dieser Test zur Referenzwertabweichung und Rechtfertigung lässt sich durch die Versicherungsvermittler, die nicht an der Konzeption beteiligt sind, nicht realisieren. Diesen fehlen die notwendigen Daten und technischen Möglichkeiten.

**Daher ist klarstellend zu regeln, dass diese Pflicht sich nicht an Versicherungsvermittler richtet, die nicht an der Konzeption der Versicherungsanlageprodukte beteiligt sind, richtet.**

### 3.8. Testkäufe

Art 12 Absatz 3 d) IDD-E enthält die neue Befugnis der Aufsichtsbehörden, Testkäufe durchführen zu können. Damit würden Testkäufe als Mittel eingesetzt, um die Einhaltung von **Verhaltenspflichten** im Vermittlungsprozess zu prüfen.

Die Aufsicht über die Versicherungsvermittler liegt in Deutschland bei den zuständigen Industrie- und Handelskammern. Diese üben grundsätzlich eine Rechtsaufsicht aus. Testkäufe gehören grundsätzlich nicht zum Instrumentarium dieser Form der Aufsicht.

Auch erscheint die Anordnung von Testkäufen als generelle Verpflichtung überzogen, da Verhaltenspflichten regelmäßig anhand von **Dokumentationen** (Beratungsprotokolle, Angemessenheits- und Geeignetheitsdokumentation, eingesetzte Informationsunterlagen etc.) überprüft werden können. Sofern Testkäufe zum Einsatz kommen sollen, sollte diese auf anlassbezogene Fälle beschränkt werden. Anlasslose Testkäufe führten zu unnötigem Bürokratieaufwand und sollten vermieden werden.

### 3.9. Meldung grenzüberschreitender Tätigkeiten

Artikel 9a IDD-E soll eine Meldung grenzüberschreitender Tätigkeiten ermöglichen und sieht vor, dass bei grenzüberschreitenden Versicherungsvermittlungen umfassende Meldungen gegenüber der zuständigen Behörde abzugeben sind.
Diese Meldungen gehen über das derzeitige Vermittlerregister und das ohnehin schon bestehende Notifikationsverfahren hinaus und müssten von den zuständigen Behörden elektronisch an EIOPA weitergeleitet werden. Versicherungsvermittler müssten die Informationen bereits melden, wenn sie Versicherungsvertriebstätigkeiten für mehr als 50 Kunden grenzüberschreitend erbringen.

Vor dem Hintergrund, dass es ohnehin bereits ein **Notifikationsverfahren** für grenzüberschreitender Tätigkeiten gibt, ist die Schwelle von 50 Kunden klar zu niedrig und rechtfertigt keinen solchen Verwaltungsaufwand.

**Es wird angeregt, den Anwendungsbereich erst bei Versicherungsvertriebstätigkeiten ab einer Zahl von 500 grenzüberschreitenden Kunden zu eröffnen.**

### 3.10. Verlagerung der Regulierung in Delegierte Rechtsakte

Der Richtlinienvorschlag enthält vielfach die Ermächtigung, dass die Kommission Einzelheiten durch delegierte Rechtsakte festlegen soll. Dies bedeutet eine eklatante Einschränkung der Mitwirkungsrechte von Rat und Europäischem Parlament.
Die Richtlinie strebt lediglich eine Mindestharmonisierung und keine Vollharmonisierung an. Die Verlagerung auf zahlreiche Delegierte Rechtsakte steht dazu im Widerspruch.
**Die Anzahl Delegierter Rechtsankte ist daher zu reduzieren**.

### 3.11. Zeitplan für Umsetzung und Überprüfung

Die Versicherungs- und Finanzdienstleistungsbranche ist regelmäßig von Regulierungen betroffen. Die zeitlichen Vorgaben im vorliegenden Richtlinienentwurf sind klar überzogen.

Die Vermittlerschaft hat erst jüngst die verschiedensten Anforderungen aus MiFID II und IDD umsetzen und damit Aufwand und Kosten bewältigen müssen. Zudem waren die Anforderungen aus der DSGVO parallel umzusetzen. Die ESG-Neuerungen sind gerade erst eingeführt worden. Und die Kommission hat bereits das AML-Paket für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Arbeit. Auch dieses wird erheblichen Umsetzungsaufwand mit sich bringen. Damit wird es zu zeitlichen Überschneidungen kommen.

Der Richtlinienentwurf sieht vor, dass die Änderungen in der IDD und der MiFID II zwölf Monate nach Inkrafttreten umzusetzen und 18 Monate nach Inkrafttreten anzuwenden sein werden.

Für die Versicherungs- und Finanzanlagenvermittler bedeutet das eine Rechtsanwendung, bevor es vollständig ausgeformt sein wird. Denn die weiteren Konkretisierungen durch Delegierte Rechtsakte werden zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht veröffentlicht sein.

**Die mit diesem Zeitplan absehbar einhergehende Rechtsunsicherheit sieht der AfW sehr kritisch. Schon die Zeitpläne der Umsetzung von MiFID II und IDD haben sich als unrealistisch erwiesen. Es sollte diesmal darauf geachtet werden, dass die Qualität der Rechtsumsetzung im Vordergrund steht.**

Erschwerend kommt hinzu, dass Teile der Vermittler sowohl als Versicherungs- als auch Finanzanlagenvermittler tätig sind. Sie sind daher von einer **Doppelbelastung in der Umsetzung** betroffen. **Der AfW sieht dies in der Dichte der Zeit als unzumutbar an.**

Auch was die Überprüfungsklauseln angeht, sind die Zeitpläne zu eng und nicht zielführend. Bereits drei Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie sollen die Regelungen zu Anreizen und Interessenkonflikten nachgeschärft werden. Kriterien und Methoden, anhand derer die Kommission darüber entscheiden wird, ob weitergehende Maßnahmen – bis hin zu einem vollständigen Provisionsverbot – eingeführt werden oder nicht, sind nicht einmal im Ansatz ersichtlich. Diese sind in der Überprüfungsklausel selbst festzulegen.

Ferner sollten Test und Überprüfungen erst erfolgen, wenn diese in der Praxis umgesetzt sind. Dazu müssen die Regeln aber **mindestens zwei Jahre in der Praxis angewandt** worden sein. Erst dann lassen sich Auswirkungen überhaupt erkennen. Daran sollte der Zeitplan anknüpfen.

### 3.12. Weiterbildung

Das Ziel, die Standards für die berufliche Qualifikation von Beratern anzuheben, teilt auch der AfW. Maßnahmen der Weiterbildung aus dem Richtlinienvorschlag werden daher begrüßt. Eine Umsetzung der entsprechenden Regelungen wäre jedoch problemlos auch außerhalb eines solchen legislativem „Monsters“, wie der vorliegenden RIS, möglich.

**4. Fazit**

Der AfW begrüßt, wie bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht, das Ziel, dass Kleinanleger sich mehr an den Kapitalmärkten beteiligen und dabei besser geschützt werden sollen.

Dieses Ziel muss aber mit wirksamen und angemessenen Maßnahmen verfolgt werden.

Keine geeignete Maßnahme ist ein Provisionsverbot. Dies führt im Gegenteil dazu, dass die Kleinanleger gerade keinen breiten Zugang zu den Kapitalmärkten erhalten. Auch werden die Renditen faktisch nicht besser, weil die Honorarberatungskosten gesondert gezahlt werden müssten. Die Kleinanleger Europas wären die Leidtragenden.

Auch lehnt der AfW europarechtswidrige Regeln, die zu Eingriffen in den Wettbewerb und die Gewerbefreiheit bis hin zu Berufsverboten von Versicherungsmaklern führen, ab.
Was die Kleinanleger benötigen, ist eine gute, qualifizierte Beratung und Betreuung durch professionell handelnde Vermittler. Dazu müssen diese aber auch in der Lage sein, von den Tätigkeiten auskömmlich leben zu können. Ein Provisionsverbot steht dem entgegen.

Daher sollten die neuen Verhaltensregeln auch an diesen Zielen ausgerichtet werden. Überflüssige und keinen Mehrwert bietende Regelungen wie der Best-Interest-Test müssen daher unterbleiben. Die Anforderungen an die Geeignetheitsprüfung richten sich vollständig an den Wünschen und Bedürfnissen der Kundinnen und Kunden aus.

Bürokratische Meldungen belasten die mittelständische Vermittlerschaft erheblich. Daher sind diese auf ein Mindestmaß zu reduzieren.

Ungenaue Regelungen führen zu Rechtsunsicherheit. Die Verlagerung von wesentlichen Konkretisierungen in Delegierte Rechtsakte erschwert die Einbringung von Rat und EU-Parlament. Auch dies gilt es zu vermeiden.

Unrealistische Zeitpläne führen zu übereilten und ggf. fehlerhaften Umsetzungen und gefährden somit die Erreichung der Kleinanlegerschutz-Ziele. Auch in diesem Sinne müssen die Richtlinienvorschläge überprüft und überarbeitet werden – falls der geplante Entwurf nicht gänzlich abgelehnt wird, was wir für die richtige Entscheidung hielten.

Berlin, 21.02.2024

Norman Wirth
Geschäftsführender Vorstand

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

HU Berlin | Juristische Fakultät | Prof. Dr. H.-P. Schwintowski | 12159 Berlin

**Juristische Fakultät**

Professur für Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

EWERK
Institut für Wettbewerbs- und Energierecht e.V. (EWeRK) –

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

**Datum:**
04. Juli 2023

**Sekretariat:**
Hanna Léna Tikk

**Postanschrift:**
Humboldt-Universität zu Berlin
Sarrazinstraße 11-15
12159 Berlin
Telefon +49 [30]857 57 79-10
Telefax +49 [30]857 57 79-20

schwinhp@hu-berlin.de

www.ewerk.hu-berlin.de

**Sitz:**
Sarrazinstraße 11-15
12159 Berlin

# Rechtsgutachten

# Zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung u.a. von Art. 30 Abs. 5b der Richtlinie (EU) 2016/97 IDD über den Versicherungvertrieb

## KOM (2023) 279 endgültig vom 24.05.2023

**vorgelegt von**

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

## A. Sachverhalt und Fragestellung

Am 24. Mai 2023 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Vorschriften für den Schutz von Kleinanlegern vorgelegt. Dieser Vorschlag ändert u.a. die Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20.01.2016 über den Versicherungsvertrieb (IDD II). Vorgesehen ist ein neuer Art. 30 Abs. 5b. Dort heißt es:

*"(5b) Member states shall require that, where an insurance intermediary informs the customer that advice is given on an independent basis, the intermediary shall:*

*(a) assess a sufficiently large number of insurance products available on the market which are sufficiently diversified with regard to their type and product providers to ensure that the customer's objectives can be suitably met and shall not be limited to insurance products issued or provided by entities having close links with the intermediary.*

*(b) not accept and retain fees, commissions or any monetary or non-monetary benefits paid or provided by any third party or a person acting on behalf of a third party in relation to the provision of the service to customers."*

In deutscher Übersetzung:

*„5b. Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass ein Versicherungsvermittler oder ein Versicherungsunternehmen, der/das versicherungsbasierte Anlageprodukte vertreibt, die Kunden, dass die Beratung auf unabhängiger Basis erfolgt, der Versicherungsvermittler oder das Versicherungsunternehmen:*

*(a) bewertet eine hinreichend große Zahl von auf dem Markt verfügbaren Versicherungsprodukten, die hinsichtlich ihrer Art und ihrer Produktanbieter hinreichend diversifiziert sind, um zu gewährleisten, dass die Ziele des Kunden in angemessener Weise erreicht werden können, und beschränkt sich nicht auf Versicherungsprodukte, die von Unternehmen ausgegeben oder bereitgestellt werden, die enge Verbindungen zu dem Versicherungsvermittler oder -unternehmen haben;*

*(b) keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre oder nichtmonetäre Vorteile annehmen und einbehalten, die von einem Dritten oder einer Person, die im Namen eines Dritten handelt, im Zusammenhang mit der Erbringung der Dienstleistung für Kunden gezahlt oder gewährt werden."*

Diese Regelungen betreffen nach Art. 30 Abs. 1 des Richtlinienentwurfs (in Zukunft: RL-E) „insurance based investment products“, also *versicherungsbasierte Anlageprodukte*, zu denen insbesondere Lebensversicherungen in Form von Rentenversicherungen oder fondsgebundenen Verträgen gehören. Risikolebensversicherungen sind davon nicht betroffen, da sie ausschließlich das biometrische Risiko abdecken und nicht anlagebezogen sind.

Im Ergebnis bedeutet die geplante Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E, dass Versicherungsvermittler, die auf *unabhängiger* Basis beraten (im deutschen Recht sind das Versicherungsmakler: § 59 Abs. 3 VVG) für ihre Vermittlung und Beratung keine Gebühren, Provisionen oder andere monetären oder nicht-monetären Vorteile annehmen und einbehalten dürfen, die von einem Dritten, zum Beispiel einem Versicherer, gezahlt oder gewährt werden. Das Gleiche gilt, wenn eine andere Person im Namen eines Dritten – also zum Beispiel im Namen eines Versicherers – handelt.

Dies wird in den Erwägungsgründen (S. 31) bekräftigt, wo es heißt, „dass die Annahme oder Gewährung von Anreizen (gemeint sind Provisionen) im Zusammenhang mit einer Beratung auf unabhängiger Basis **verboten** wird“. Ein solches Verbot, heißt es dann weiter, sollte Versicherungsvermittler nicht daran hindern, eine Beratung anzubieten für die sie Anreize (Provisionen) erhalten können, sofern die Beratung **nicht** als „unabhängig“ dargestellt wird und die Kleinanleger im Einklang mit den geltenden Transparenzanforderungen über die Anreize informiert werden.

Sollte diese Regelung Eingang in die zukünftige neue RL-E finden, so würde dies bedeuten, dass Versicherungsmakler, die ihrem Status nach auf unabhängiger Basis beraten, für die Beratung und Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten, insbesondere Renten – und fondsgebundenen Lebensversicherungen –, von den Anbietern (Versicherern) in Zukunft keine Provision mehr annehmen oder erhalten dürfen.

Von diesem **Provisionsverbot** wären die unabhängigen Versicherungsmakler in Deutschland unmittelbar betroffen, während die an bestimmte Produktgeber gebundenen Versicherungsvertreter nach wie vor eine Provision vom Produktgeber erhalten dürften. Letztlich würde durch diese Regelung in die Freiheit der Parteien eingegriffen werden, zu vereinbaren, wer in welchem Umfang den Maklerlohn bezahlen soll.

Diese letztlich die Gewerbefreiheit (Art. 12 GG/ Art. 16 GrCh) konkretisierende Grundregel würde einseitig zulasten der Versicherungsmakler verändert werden. Sie dürften in Zukunft keine Provision mehr von den Unternehmen, die Versicherungsanlageprodukte über sie vermitteln, annehmen.

Die im Folgenden zu vertiefende Frage lautet, ob dieses für Versicherungsmakler in Zukunft europaweit vorgeschriebene Verbot, von einem Produktgeber oder einem vergleichbaren Dritten eine Provision für die Beratung und Vermittlung zu erhalten, mit dem geltenden europäischen Recht zu vereinbaren ist. Das europäische Recht besteht aus dem Europäischen Vertrag (EUV), dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), aus den ergänzenden Protokollen und aus den Europäischen Grundrechten, etwa der unternehmerischen Freiheit (Artt. 15/ 16 GrCh) und dem Gleichheitssatz (Art. 20 GrCh).

## B. Rechtswissenschaftliches Gutachten

### I. Rechtsgrundlage, Art. 62 AEUV

Die Europäische Kommission weist in der RL– E unter Nummer 2 darauf hin, dass sie ihren Vorschlag zur Änderung der Richtlinie (EU) 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2014/65/EU und 2016/97/EU (um letztere geht es hier) auf Art. 62 AEUV stützt. Im Einklang mit diesem Artikel seien Maßnahmen auf europäischer Ebene erforderlich, um die geltenden Vorschriften weiter anzugleichen oder neue einheitliche Vorschriften einzuführen.

Damit legitimiert die Kommission das in Art. 30 Abs. 5b RL-E vorgeschlagene Provisionsverbot für Versicherungsmakler mit Art. 62 AEUV, einer rein technischen Norm, die für die Anwendung des Niederlassungsrechts auf die Bestimmungen der Artt. 51 bis 54 AEUV verweist. Es geht somit um die jeweilige Niederlassung eines Versicherungsmaklers, zum Beispiel in Deutschland. Auf ihn finden die Regelungen zu Artt. 51 bis 54 AEUV entsprechende Anwendung. Im Kern geht es um Art. 53 Abs. 1 AEUV, wonach das Europäische Parlament und der Rat Richtlinien für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung **selbstständiger Tätigkeiten** erlässt. Bei den selbstständigen Tätigkeiten kann es sich zum Beispiel um die Tätigkeit eines zugelassenen Versicherungsmaklers handeln (im deutschen Recht: § 34 d GewO).

Die Koordinierung nach Art. 53 Abs. 1 AEUV, auf die sich im vorliegenden Fall die Kommission beruft, bezweckt die Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat. Eine Erleichterung im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Unterschiede zwischen den einzelnen staatlichen Berufsordnungen verringert werden.[1] Nach erfolgter Koordinierung muss, ausgehend von dieser Grundregel, auf Grund verringerter Unterschiede die Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat leichter als zuvor möglich sein.[2] Sollte es wegen der komplexen nationalen Vorschriften nicht möglich sein, die Aufnahme und Ausübung der selbstständigen Tätigkeit in einem Schritt zu harmonisieren, so erlaubt der EuGH auch die Harmonisierung in Etappen.[3]

Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine etappenmäßige sondern um eine vollständige Harmonisierung und Gleichschaltung des Honorierungssystems für Versicherungsmakler in der EU. Nach Art. 30 Abs. 5b RL-E dürfen Versicherungsmakler für Versicherungsanlageprodukte – insbesondere Renten- und fondsgebundene Lebensversicherungen – nach diesem Vorschlag keine Gebühren Provisionen oder andere monetäre oder nicht-monetäre Vorteile annehmen oder einbehalten, die von einem Dritten, zum Beispiel von einem Versicherer, oder einer Person die im Namen eines Dritten handelt, im Zusammenhang mit der Erbringung der Dienstleistung für Kunden gezahlt oder gewährt werden.

Dies bedeutet die Kommission geht davon aus, dass sie durch eine solche Vorschrift die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Versicherungsmakler in Europa erleichtert und damit insbesondere die Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Berufsordnungen verringert.

Tatsächlich ist dies **nicht der Fall**. Tatsächlich bewirkt die neue Regelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E ganz im Gegenteil eine grundlegende Erschwerung der Ausübung und Aufnahme der selbstständigen Versicherungsvermittlung. Die neue Vorschrift würde die Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Berufsordnungen nicht etwa verringern, sondern deutlich verschärfen. Nach erfolgter Koordinierung wäre, wegen der verstärkten Unterschiede, bei der Aufnahme und Ausübung der Versicherungsvermittlertätigkeit diese in einem anderen Mitgliedstaat deutlich schwerer als heute.

---

[1] EuGH vom 18.4.1991 – C-63/89, Slg 1991 I-1799 Rn. 15 *Assurances du crédit*; EuGH vom 5.10.2000 – C-376/98, Slg 2000, I-8419 Rn. 84, 87 *Deutschland/ Parlament und Rat*.
[2] *Schlag* in: Schwarze, EU-Kommentar 4. Aufl. Art. 53 AEUV Rn. 25.
[3] EuGH vom 18.4.1991 – C-63/89 Slg 1991, I-1799 Rn. 11 *Assurances du crédit*; unter Hinweis auf EuGH vom 29.2.1984 37/83, Slg 1984, 1229 Rn. 20 *REWE-Zentrale*.

Der Grund liegt darin, dass ein Großteil der die Versicherungsvermittlung betreibenden **Selbstständigen** nicht als **unabhängige** Versicherungsmakler, sondern als an einen oder mehrere Versicherungsunternehmen gebundene Versicherungsvertreter tätig sind. In Deutschland (Stand: 1/2023) stehen ca. 138 500 gebundenen Vertreter ungefähr 46 500 unabhängige Makler gegenüber. Daneben gibt es noch ca. 250 Versicherungsberater. Die gewerberechtlichen Voraussetzungen für diese drei unterschiedlichen Typen von Versicherungsvermittlern ergeben sich aus § 34 d Abs. 1 GewO. Alle Typen von Versicherungsvermittlern werden gleichermaßen von der IDD II erfasst, wo ganz allgemein von Versicherungsvermittlern gesprochen wird. Es handelt sich um natürliche oder juristische Personen, die kein Versicherungsunternehmen sind und die ihre Vertriebstätigkeit gegen Vergütung ausüben (Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 IDD II 2016/97).

Demgegenüber wird in Deutschland zwischen Versicherungsvertretern, die von einem oder mehreren Versicherern mit der Vermittlung betraut sind, sowie unabhängigen Versicherungsmaklern, die für die Kunden die Vermittlung übernehmen und Versicherungsberatern differenziert. Letztere (§ 34 d Abs. 2 GewO) dürfen für die Vermittlung von Versicherungsverträgen vom Versicherer keinen wirtschaftlichen Vorteil, also auch keine Provision erhalten und sie dürfen auch nicht in anderer Weise vom Versicherer abhängig sein.

### 1. Der Rechtsrahmen für Versicherungsvertreter: Anspruch auf Provision

Versicherungsvertreter sind typischerweise als Handelsvertreter damit betraut, Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen ( §§ 84, 92 HGB). Der Handelsvertreter hat Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind (§ 87 Abs. 1 HGB). Bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses steht ihm eine angemessener Ausgleich für in Zukunft fällig werdende Provisionszahlungen zu (§ 89 b HGB).

Das Recht der Handelsvertreter beruht auf der Richtlinie 86/653/EWG vom 18.12.1986[4]. Nach Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie ist ein Handelsvertreter, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist für eine andere Person den Verkauf oder Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und auf Rrechnung des Unternehmers abzuschließen. Der Wortlaut der § 84 Abs. 1 HGB ist etwas weiter. Erfasst sind **alle Geschäfte**, die ein Handelsvertreter für einen anderen Unternehmen vermittelt oder abschließt. Damit umfasst der Begriffs des Handelsvertreters auch die Vermittlung von Versicherungsverträgen. Das wird

[4] Abl EG Nr. L382/17.

ausdrücklich klargestellt in § 92 Abs. 1 HGB wo es heißt: *Versicherungsvertreter ist, wer als Handelsvertreter damit betraut ist, Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen.*

Aus alledem ergibt sich, dass der für ein oder mehrere Versicherungsunternehmen tätige Versicherungsvertreter gegenüber den Unternehmen, für die er tätig ist, einen Anspruch auf Zahlung einer **Provision** hat. An dieser Konzeption wird durch Art. 30 Abs. 5b RL-E **nichts geändert**. Das bedeutet der größte Teil der Versicherungsvermittler in Deutschland hätte auch nach Inkrafttreten der RL-neu einen Anspruch auf Provision. Der Versicherer würde folglich gegenüber dem umworbenen Kunden eine Gesamtprämie für die Versicherung berechnen. In dieser Prämie wäre die dem Versicherungsvertreter zu zahlende Provision enthalten. (sog. Bruttoprämienprinzip).

## 2. Der Rechtsrahmen für Versicherungsmakler: Courtage nach HGB-Unabhängigkeit

Allerdings würde sich für die Gruppe der Versicherungsmakler etwas Grundlegendes ändern. Sie dürften in Zukunft nicht mehr vom Versicherer die Zahlung einer Provision verlangen, das wäre ihnen durch Art. 30 Abs. 5b RL-E abgeschnitten. Ihnen gegenüber würde mit Inkrafttreten der RL-neu ein **Provisionsverbot** greifen.

### a) Makler sind Sachwalter der Kunden

Versicherungsmakler, die im europäischen Recht nicht eigenständig definiert sind, werden nicht als Vertreter für einen oder mehrere Versicherer, sondern als **Sachwalter für ihre Kunden** tätig. So heißt es in § 34 d Abs. 1 Nr. 2 GewO: „*Versicherungsvermittler ist, wer als Versicherungsmakler für den Auftragsgeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherungsunternehmen oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein*“.

Privatrechtlich wird diese gewerberechtliche Definition in § 59 Abs. 3 VVG aufgegriffen. Dort heißt es „*Versicherungsmakler ist, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein*“. Versicherungsmakler handeln folglich *gewerbsmäßig* und haben auch die Rechte und Pflichten eines Handelsmaklers nach § 93 Abs. 1 HGB. Dort heißt es: „*Wer gewerbsmäßig für andere Personen … die Vermittlung von Verträgen… über Versicherungen… übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmakler*“. Der Anspruch eines Handelsmaklers auf Honorierung ergibt sich aus § 99 HGB, wo es

heißt : „*Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Maklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten*“.

**b) Die Unabhängigkeit der Makler**

An diese Definitionen knüpft auch § 15 Abs. 1 Nr. 3 VersVermV an. Dort wird für den Begriff des Versicherungsmaklers auf § 34d Abs. 1 GewO verwiesen. Der Begriff *unabhängig* kommt im deutschen Recht mit Blick auf den Makler nicht vor.

Daraus könnte man schlussfolgern, dass die Makler im deutschen Recht gegenüber dem Kunden erklären, dass die Beratung nicht auf **unabhängiger Basis** erfolgt. Sie benutzen dieses Wort nicht – sie erklären nur, dass sie die Beratung und Vermittlung der Kunden übernehmen, *„ohne von einem Versicherungsunternehmen oder einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein“*.

Die entscheidende Frage lautet also, ob der geplante Art. 30 Abs. 5 b RL-E diese Makler meint, oder möglicherweise andere Vermittler im Auge hat, die auf unabhängiger Basis beraten. Die Antwort auf diese Frage kann letztlich nur der EuGH geben. Entscheidend bei den Überlegungen, die der EuGH zu Grunde legen würde, wäre zunächst einmal, dass das europäische Recht den Begriff des Maklers, so wie er im deutschen Recht etabliert ist, nicht kennt. Der EuGH müsste also eine teleologische Interpretation des Begriffs „Beratung auf *unabhängiger Basis*“ vornehmen und sich fragen, welche Personengruppe gemeint sein könnte, um die es hier geht.

Vom Sinn und Zweck der Norm her gedacht würde er fragen, welche Gruppe von Vermittlern berechtigt wäre eine hinreichend große Zahl von auf dem Markt verfügbaren Versicherungsprodukten zu bewerten, um zu gewährleisten, dass die Ziele des Kunden in geeigneter Weise erreicht werden können (Art. 30 Abs. 5 b (a) RL-E). Der EuGH würde feststellen, dass nur solche Vermittler eine große Zahl von auf dem Markt verfügbaren Versicherungsprodukten bewerten und vergleichen dürfen, die nicht an einen (oder mehrere) Produktgeber vertraglich gebunden sind. Die Vermittler, die vertraglich gebunden sind (im deutschen Recht: Versicherungsvertreter) können und dürfen auf Grund ihres Handelsvertreterverhältnisses die auf dem Markt verfügbaren Versicherungsprodukte nicht vergleichen und bewerten, weil sie gebunden sind. Daraus folgt, dass nur solche Vermittler von Art. 30 Abs. 5 b RL-E gemeint sein können, die **nicht** an einen Produktgeber gebunden sind, sondern stattdessen im Interesse des Kunden

Markt- und Produktvergleiche durchführen können und dürfen, also Sachwalter des Kunden sind.

Der EuGH würde auf Grund dieser Überlegungen und der Berücksichtigung von Ziel und Zweck der Richtlinie zu dem Ergebnis kommen, dass der Begriff *„Beratung auf unabhängiger Basis“* im deutschen Recht sowohl die Makler, als auch die Versicherungsberater meint.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass sich Art. 30 Abs. 5 b RL-E ohne Wenn und Aber auf die Versicherungsmakler in deutschen Recht bezieht, obwohl das deutsche Recht von einem Versicherungsmakler nicht verlangt, darauf hinzuweisen, dass er/sie gegenüber Versicherern, die Produkte am Markt anbieten, *unabhängig* ist. Es würde umgekehrt einem deutschen Makler also nichts nützen, darauf hinzuweisen, dass er das Wort Unabhängigkeit gegenüber dem Kunden nicht benutzt hat. Daraus würde jedenfalls nicht folgen, dass Art. 30 Abs. 5 b RL-E womöglich **nicht** anwendbar wäre. Im Gegenteil – daran läge eine schlichte Umgehung des eigentlichen Telos des Art. 30 Abs. 5 b RL-E.

Dies unterscheidet die Situation für den Versicherungsmakler grundlegend von einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das Unabhängige Honorar-Anlageberatung erbringt, darf (§ 64 Abs. 5 WpHG) monetäre Zuwendungen (Provisionen) nur dann von Dritten, die nicht Kunden der Dienstleistung sind, annehmen, wenn das empfohlene Finanzinstrument ohne Zuwendung nicht erhältlich ist. In diesem Fall sind die monetären Zuwendungen so schnell wie möglich und im vollen Umfang an den Kunden auszukehren.[5] Eine vergleichbare Regelung enthält § 59 Abs. 4 für den Versicherungsberater, der ebenfalls unabhängige Honorarberatung erbringt.

Demgegenüber erbringt ein Versicherungsmakler **keine** unabhängige Honorarberatung, sondern er erbringt eine **unabhängige Provisions-(Courtage-) Beratung**. Daran kann der Makler, wie eben entwickelt, auch nichts ändern, indem er auf seine **Unabhängigkeit nicht** hinweist oder womöglich behaupten würde **abhängig zu sein**. Denn tatsächlich ist der Makler nach seinem Status naturgemäß der unabhängige Sachwalter für seine Kunden, die ihn gerade deshalb beauftragen, weil er aus dem Gesamtangebot der Versicherer und der Produkte das jeweils Passende und Beste für den Kunden herausfiltern und empfehlen soll.

[5] Damit setzt § 64 Abs. 5 WpHG Art. 24 Abs. 7b der Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014 – MIFID II – um.

Hierin liegt auch kein Widerspruch zu den Finanzanlagevermittlern, denn nach § 70 Abs. 1 WpHG dürfen von Dritten (zum Beispiel Emittenten von Wertpapieren), Zuwendungen (zum Beispiel Provisionen) angenommen werden, die darauf ausgelegt sind, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern. Das ist etwa bei einer Anlageberatung der Fall, wie § 6 Abs. 2 WpDVerOV zeigt.[6] Dies bedeutet, dass auch ein Honoraranlageberater jedenfalls dann von einem Dritten (zum Beispiel Emittenten) eine Provision annehmen und behalten darf, wenn diese Zuwendung darauf ausgerichtet ist, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern. Genau dies tun auch Makler, die ihre Kunden nach ihren Wünschen und Bedürfnissen befragen, um dann auf der Grundlage einer Risikoanalyse nach dem passenden und geeigneten Produkt auf dem Markt zu suchen und schließlich aus der Gesamtanzahl aller verfügbaren Produkte dem Kunden eine Empfehlung zu geben. Daraus folgt, dass im Wertpapierbereich der Honoraranlageberater durchaus berechtigt ist eine Provision vom Emittenten zu nehmen, wenn diese darauf ausgerichtet ist, die **Anlageberatung** gegenüber dem Kunden gegen zu finanzieren. Dem Versicherungsvermittler der ein Versicherungsanlageprodukt vermittelt, soll dieses nun durch Art. 30 Abs. 5 b RL-E verboten werden.

Hierin liegt ein Wertungswiderspruch innerhalb des geltenden Rechtssystems für Honorarberater einerseits und Versicherungsmakler andererseits. Abgesehen von diesem Wertungswiderspruch ist es aber einem Versicherungsmakler nach deutschem Recht nicht möglich auf seine **Unabhängigkeit** dadurch zu verzichten, dass er diese nicht erwähnt. Er kann durch die Nicht-Erwähnung nicht **abhängig** werden, weil er unabhängiger Sachwalter des Kunden ist und dies auch dann bleibt, wenn die Provision, wie gleich noch zu zeigen ist, nicht direkt vom Kunden, sondern von diesem über den Versicherer an ihn ausgekehrt wird.

Würde also ein Makler den Kunden in der Statusinformation nach § 15 VersVermV zwar darauf hinweisen, dass er als Makler zugelassen, also nicht von einem Versicherer mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Versicherungsverträgen betraut ist und ergänzend darauf hinweisen, dass er im Sinne des Art. 30 Abs. 5 b RL-E **nicht unabhängig**, sondern **abhängig**, ist so würde diese Erklärung rechtlich **widersprüchlich** und damit in dieser Form nichtig sein (venire contra factum proprium). Es würde sich um eine offensichtlich absichtige Falschbezeichnung seitens des Maklers handeln, möglicherweise um Art. 30 Abs. 5 b RL-E zu umgehen. Würde ein Makler auf diese Weise seinen eigenen Status quasi selbst verleugnen, so würde nach den Grundsätzen der *falsa demonstratio non nocet* das tatsächlich Gemeinte und Gewollte gelten – der

[6] Dies entspricht zugleich der Konzeption der Art. 52 ff. DVO 2017/65.

richtige Inhalt dessen, was der Makler sagt, hätte Vorrang vor seiner absichtlichen Falschbezeichnung.[7]

Dies bedeutet im Ergebnis kann ein Makler, der als solcher nach § 34 d GewO in das Vermittlerregister eingetragen ist, seinen Status nicht dadurch verändern, dass er sich absichtlich als abhängig, oder nicht als unabhängig, bezeichnet, um damit letztlich dem Anwendungsbereich des Art. 30 Abs. 5 b RL-E zu entgehen. Dies ist, wie dargelegt, rechtlich nicht möglich.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Versicherungsmakler wie ein gebundener Versicherungsvertreter in Wirklichkeit nur für einen einzigen Versicherer Risiken platziert. In diesen Fällen könnte man, wie im österreichischen Recht (§ 43 a ÖVVG) auf Grund des wirtschaftlichen Näheverhältnisses annehmen, dass dieser Makler in Wahrheit ein Vertreter für einen einzigen Versicherer ist. Fragen dieser Art müssen hier nicht vertieft werden, denn ein solcher Makler hätte in der Tat keinen umfassenden Marktüberblick, könnte also die Voraussetzungen des Art. 30 Abs. 5 b (a) RL-E nicht erfüllen. Es würde sich um einen **Scheinmakler** nach § 59 Abs. 3 S. 2 VVG handeln der, wider besseren Wissens, behaupten würde, als unabhängiger Sachwalter und Interessenwahrer für den VN tätig sein zu können.[8] Die daraus resultierenden Haftungsfragen für Makler und Versicherer sind hier irrelevant.

Im Regelfall jedenfalls und darauf kommt es hier an, sind Makler, die nach § 34 d Abs. 1 GewO zugelassen sind, nicht von einem Versicherer mit der Vermittlung und dem Abschluss von Versicherungsverträgen betraut, sondern umgekehrt, vom Versicherer unabhängige Sachwalter und Interessenvertreter ihrer Kunden. Daraus folgt, dass Art. 30 Abs. 5 b RL-E genau den Vermittlertypus meint der im deutschen Recht als **Makler** bezeichnet wird.

### c) Maklerlohn als Teil der Versicherungsprämie

Bei der Vermittlung von Versicherungen im Jedermann-Bereich (Kleinkunden), um die es hier geht, wird in Deutschland traditionell nicht vereinbart, wer den Maklerlohn bezahlen soll. Es gilt ein durchgesetzter **Ortsgebrauch**, wonach der Maklerlohn (Courtage genannt) in die Prämie, die der Versicherer erhebt, einkalkuliert ist. Aufgrund dieses seit vielen Jahrzehnten bestehenden Ortsgebrauchs in Deutschland wird die Courtage typischerweise vom Versicherer an

---

[7] BGH v. 18.01.2008 – V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rn. 12; vertiefend *Grüneberg*, BGB-Kom 82. Aufl. 2023 § 133 Rn. 8.
[8] OLG Dresden v. 9.4.2019 – 4 U 441/19 Rn. 9.

die Makler gezahlt.[9] Durch diesen Ortsgebrauch wird der Makler aber nicht etwa abhängig. Der Ortsgebrauch führt nur dazu, dass der Versicherer als Zahlstelle für den Makler dessen Honorar in Form einer Provision einzieht und an den Makler auskehrt. Zugleich liegt in dem Ortgebrauch die (konkludente) Vereinbarung, dass der Kunde dann und nur dann ein Honorar in Form einer Provision schuldet, wenn die Bemühungen des Maklers dazu führen, dass letztlich der Vertrag mit dem Versicherer zustande kommt.

Deshalb heißt es auch in § 1 Abs. 1 Nr. 7 VVG-InfoV, dass der **Gesamtpreis** der Versicherung einzeln auszuweisen ist und in § 2 VVG-InfoV wird geregelt, dass bei der Lebensversicherung und einigen anderen Vertragstypen Angaben zur Höhe der **in die Prämie einkalkulierten Kosten** auszuweisen sind. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 6 VersVermV informiert der Versicherungsvermittler darüber, ob die Vergütung direkt vom Kunden zu zahlen ist oder als Provision oder sonstige Vergütung **in der Versicherungsprämie** enthalten ist.

Im Ergebnis heißt dies, dass der Kunde im deutschen Recht wählen kann, ob er das Maklerhonorar direkt zahlt, oder den Versicherer als Zahlstelle nutzt. Wählt der Kunde – wie regelmäßig – den Versicherer als Zahlstelle, so wird der Makler dadurch nicht abhängig, denn er kann dem Kunden nach wie vor auf Grund seines Marktüberblicks eine Vielzahl alternativer Produkte mit ganz unterschiedlichen Preis-Leistungskonzepten anbieten. Dabei führt der Wettbewerb auf den Versicherungsmärkten, der funktionsfähig und effektiv ist, dazu, dass die Versicherungen zu **Grenzkosten** angeboten werden (müssen). Das heißt, die Kostenbelastung innerhalb der Produkte gleicht sich durch funktionsfähigen Wettbewerb zunehmend an – das wiederum führt dazu, dass sich auch die Entgelte für die verschiedenen Vermittlertypen auf der Basis von Grenzkosten angleichen (müssen).

Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass in einzelnen Fällen ein Versicherer für ein Produkt eine etwas höhere Courtage auslobt, als andere Versicherer für möglicherweise vergleichbare Produkte. Daraus folgt aber keine Abhängigkeit der Makler gegenüber dem Versicherer, der die höhere Courtage auslobt. Dem steht entgegen, dass der Makler nach §§ 1a, 59 VVG verpflichtet ist den VN stets „ehrlich, redlich und professionell in dessen bestmöglichem Interesse“ zu beraten. Verletzt der Makler seine Pflicht zur bestmöglichen Beratung, so macht er sich schadensersatzpflichtig (§ 63 VVG). Hinzu kommt, dass der Wettbewerb auf den Versicherungsmärkten

[9] BGH v. 22.5.1985 – IVa ZR 190/83, BGHZ 94,356=VersR 1985,930; BGH v. 19.10.1994 – I ZR 130/92, VersR 1995,92.

– auch wegen der Digitalisierung – zu einer außerordentlichen Leistungs- und Kostentransparenz geführt hat. Kein Makler kann es sich mehr erlauben einem Kunden ein für ihn nicht passendes Produkt nur deshalb zu vermitteln, weil er dafür eine etwas höhere Provision bekommt. Das würde dem Kunden nach kurzer Zeit auffallen, schon deshalb, weil die Wettbewerber des Maklers den Kunden darauf hinweisen werden. Der Makler würde das Vertrauen des Kunden verlieren und damit sich selbst seine wichtigste Vermittlungsgrundlage entziehen.

Daraus folgt, dass die Vorfeldwirkungen des funktionsfähigen Wettbewerbs verbunden mit der Rechtspflicht im bestmöglichen Interesse zu beraten und im Zweifel Schadensersatz leisten zu müssen dazu führt, dass Makler ein ihrer Rechtsstellung entsprechendes Eigeninteresse daran haben, ihre Unabhängigkeit gegenüber dem Kunden jederzeit zu stärken und zu beweisen. Daraus folgt, dass ein Makler nicht abhängig wird, auch wenn sein Kunde von seinem Wahlrecht Gebrauch macht und den Versicherer bittet, die Provision an den Makler aus dem Gesamtpreis der Versicherung abzuführen.

Es bleibt festzuhalten, dass der Makler, dessen Lohn (Courtage) vom Versicherer als Zahlstelle des Kunden ausgekehrt wird, durch diese Art der Finanzierung der Beratungsdienstleistung **nicht abhängig** wird. Das ist nicht möglich, da der Makler aus einer Vielzahl von am Markt tätigen Versicherern und Produkten für den Kunden als Sachwalter das jeweils angemessene und passende heraussucht. Er weiß im Vorfeld einer Beratung gar nicht, für welchen Versicherer und welches Produkt sich der Kunde schließlich entscheidet. Im Zeitpunkt der Beratung kann der Makler also nicht abhängig von einem Versicherer oder Produkt sein, da er die Entscheidung des Kunden nicht kennt.

Dies schließt im Einzelfall nicht aus, dass ein Makler zulasten des Kunden diesem ein Produkt als passend empfiehlt, das in Wirklichkeit schlechter als ein anderes ist. Der Grund hierfür könnte in einer höheren Provision zugunsten des Maklers liegen. Ein solches, nicht auszuschließendes Fehlverhalten des Maklers würde ihn allerdings **schadensersatzpflichtig machen**. Er müsse sich vorwerfen lassen **nicht im bestmöglichen Interesse** des Kunden (**§ 1 a VVG**) beraten zu haben und würde folglich nach **§ 63 VVG** auf Schadensersatz haften. Er würde damit seine gesamte Reputation in Frage stellen und mittel- und langfristig **das Vertrauen seiner Kunden verlieren**. Damit würde er zugleich seine Existenzgrundlage als unabhängiger Sachwalter in Frage stellen. Aus diesem Grunde gibt es bisher **keinerlei gerichtliche Urteile**, in denen Maklern vorgeworfen wird, zum Nachteil ihrer Kunden Produkte empfohlen zu haben, um selbst eine höhere Provision (Courtage) zu erzielen.

Würde man den Maklern also unterstellen, dass sie generell zum Nachteil ihrer Kunden handeln, um ihr eigenes Provisionsinteresse zu optimieren, so würde das nicht nur an der Lebenswirklichkeit vorbeigehen, sondern alle Makler Deutschlands einem Generalverdacht unterwerfen, und ihnen unterstellen, dass sie prinzipiell zum Nachteil ihrer Kunden beraten, weil es bei dem einen und anderen Versicherer eine etwas höhere Provision (Courtage) geben könnte. Das wäre eine völlig aus der Luft gegriffene Unterstellung, die keinerlei empirische Grundlage hat. Auch die europäische Kommission behauptet im vorliegenden Richtlinienentwurf nicht, dass es zu einer solchen generellen Fehlsteuerung auf Maklermärkten kommt.

**d) Level playing field für alle Vermittler**

Im Ergebnis heißt dies, dass das deutsche Recht, wie selbstverständlich, von einem einheitlichen level playing field für alle Typen von Versicherungsvermittlern ausgeht, um dafür zu sorgen, dass Kunden und Vermittler im Wettbewerb gleich behandelt werden, mit der Folge, dass die gewerberechtliche Differenzierung zwischen verschiedenen Typen der Versicherungsvermittlung für die Aufnahme und Ausübung der selbstständigen Tätigkeit in diesem Bereich keine nachteiligen Folgen hat. Genau das würde allerdings durch Art. 30 Abs. 5b RL-E grundlegend geändert werden. Makler dürften in Zukunft keine Provision mehr von Versicherern annehmen und würden somit grundlegend anders behandelt werden als Versicherungsvertreter, die einen Provisionsanspruch nach § 87 Abs. 1 HGB hätten.

**3. Der Rechtsrahmen für die Versicherungsberater: Anspruch auf Honorar**

In Deutschland gibt es – wie oben schon erwähnt – darüberhinaus die Möglichkeit, als Versicherungsberater gewerberechtlich tätig zu werden (§ 34d Abs. 2 GewO). Die Möglichkeit, diesen Beruf zu wählen, wird privatrechtlich durch § 59 Abs. 4 VVG bestätigt. Dort heißt es: „*Versicherungsberater ... ist, wer gewerbsmäßig Dritte bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen oder bei der Wahrnehmung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen im Versicherungsfall berät oder gegenüber dem Versicherer außergerichtlich vertritt, ohne von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in sonstiger Weise von ihm abhängig zu sein*“. Dies bedeutet: es besteht in Deutschland die Möglichkeit, die selbstständige Versicherungsvermittlung als Versicherungsberater zu betreiben. Diese gewerberechtliche Wahlfreiheit eröffnet ein wettbewerbliches Feld für die Vermittlung

von Versicherungen jeder Art. Die Kunden können frei wählen, ob sie sich von einem gebundenen Versicherungsvertreter oder einem unabhängigen Versicherungsmakler oder einem auf Honorarbasis arbeitenden Versicherungsberater betreuen lassen wollen.

Dabei darf sich der Versicherungsberater für seine Tätigkeit nur durch den Auftraggeber vergüten lassen. Sind mehrere Versicherungen für einen Versicherungsnehmer in gleicher Weise geeignet, so hat der Versicherungsberater dem Versicherungsnehmer vorrangig die Versicherung anzubieten, die ohne das Angebot einer Zuwendung seitens des Versicherers erhältlich ist (§ 34d Abs. 2 GWO). Vermittelt der Versicherungsberater dem Versicherungsnehmer eine Versicherung, deren Vertragsbestandteil auch Zuwendungen zugunsten des Versicherungsvermittlers enthält, so hat er unverzüglich die Auskehrung der Zuwendungen an den Versicherungsnehmer (§ 48c Abs. 1 VAG) zu veranlassen (§ 34d Abs. 2 GeWO).

Konzeptionell entspricht der Versicherungsberater dem unabhängigen Honoraranlageberater (§ 64 Abs. 5 WpHG) von dem oben bereits die Rede war. Allerdings darf der Versicherungsberater im Gegensatz zum Honoraranlageberater auch für die Beratung kein Honorar vom Versicherer annehmen.

## 4. Schlussfolgerungen

Aus alledem folgt, dass die in Deutschland üblichen und durchgesetzten Formen der Versicherungsvermittlung dazu führen, dass die Kunden über große Wahlmöglichkeiten im Wettbewerb verfügen. Die Kunden können sich an gebundene Vermittler wenden und werden darüber informiert, dass diese Vermittler im Interesse eines bestimmten Unternehmens tätig sind. Die Kunden können stattdessen einen Sachwalter ihrer Wahl um Beratung bitten. Dabei haben sie die Wahl zwischen Maklern und Beratern. Beide Seiten müssen die Höhe des Entgelts, das sie für ihre Beratung und Vermittlung fordern, transparent offenlegen. Für die Versicherungsmakler ergibt sich dies aus § 2 Abs. 2 VVG-InfoV, wonach die Vermittlungskosten insbesondere im Bereich der Lebensversicherung in Euro und Cent anzugeben sind. Der Kunde kann zwischen den Vermittlertypen **frei wählen** und sich von demjenigen beraten lassen, der das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet.

Auf diese Weise wird die Handlungsfreiheit der Kunden (Art. 2 GG) konkretisiert und zugleich wird die Gewerbefreiheit (Art. 12 GG) für die Vermittler gewährleistet. Würde der Gesetzgeber, so wie von Art. 30 Abs. 5b RL-E gefordert, in Zukunft verbieten, an Makler seitens der Versicherer Provision zu zahlen, so würde dies das gesamte Versicherungsvermittlungsrecht in

Deutschland und Europa grundlegend verändern. Es würde eine Ungleichheit bei Aufnahme und Ausübung der Vermittlungstätigkeit entstehen, die zu erheblichen wettbewerblichen Verzerrungen führen würde. Kunden, die in Zukunft von unabhängigen Makler umworben werden, könnten Produkte, in die die Cortage eingerechnet ist, nicht mehr erwerben. Es gäbe keinen Sinn für sie, dies zu tun, da diese Produkte zu teuer sind, denn daneben müsste die Tätigkeit der Makler zusätzlich vergütet werden. Damit würde ein sehr großer Teil sämtlicher am Markt angebotenen Versicherungsprodukte in Deutschland aus dem Angebot für Kunden ausscheiden. Die Makler könnten ihrerseits ihre Sachwaltertätigkeit nicht mehr ausüben, da nur noch ein sehr kleiner Teil von Produkten zur Verfügung stünde, bei denen ein Versicherer bereit wäre, das Produkt ohne einkalkulierte Courtage zu offerieren.

Daraus folgt nicht nur eine ganz erhebliche Einschränkung der Wahlmöglichkeiten für Kunden, sondern auch, dass die Makler ihre Tätigkeit als Sachwalter der Kunden praktisch nicht mehr ausüben können. Sie könnten nämlich eine hinreichend große Zahl von auf dem Markt verfügbaren Versicherungsprodukten nicht mehr bewerten und ihre Kunden nicht mehr angemessen beraten, da es Produkte, die auf Nettobasis kalkuliert werden, praktisch am deutschen Markt nicht gibt[10]. Dies bedeutet, dass die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E geradezu automatisch dazu führt, dass Makler ihre Verpflichtungen nicht mehr erfüllen können.

Die Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E führt also nicht etwa zu einer Erleichterung der Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Versicherungsmakler sondern im Gegenteil dazu, dass dieser Beruf in Zukunft praktisch nicht mehr ausgeübt werden kann. Das liegt auch daran, dass die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten, um die es hier geht, für viele Makler die Existenz-Grundlage bildet. Damit erweist sich die geplante Neuregelung nicht nur als **Provisionsverbot**, sondern darüberhinaus auch als **Berufsausübungssperre**. Der Beruf des Versicherungsmaklers wird also, ganz im Gegenteil zur Konzeption von Artt. 62, 53 AEUV, nicht etwa erleichtert, sondern deutlich erschwert und im Grunde unmöglich gemacht.

Eine solche Kompetenz, ganze Berufe in ihrer Ausübung zu beschränken und unmöglich zu machen, gewährt der Europäische Vertrag jedoch nicht. Insoweit überschreitet die Kommission die ihr zugewiesenen Befugnisse.

---

[10] Vertiefend *Aline Icha*, Die Nettopolice, Berliner Reihe VVW-Verlag Bd. 43, 2014, S. 16 ff.

Darüberhinaus gibt es eine **weitere Rückwirkung**, die die Kommission in ihren Überlegungen nicht erwähnt. **Versicherer** sind in der **Wahl ihres Vertriebssystems** in Deutschland und Europa frei. Das ergibt sich nicht nur aus Artt. 119, 120 AEUV, sondern auch aus Art. 16 GrCh, der die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkennt. Die Versicherer können folglich für den Vertrieb ihrer Produkte sowohl auf das System des gebundenen Vertriebs (Vertreter) als auch auf den Vertrieb über unabhängige Makler, auf den Vertrieb über Berater zurückgreifen. Sie können aber auch einen Direktvertrieb zum Beispiel über das Internet entwickeln und praktizieren. Viele Versicherer machen von diesen Freiheiten ganz unterschiedlich Gebrauch. In sehr vielen Unternehmen wird eine Mischung der verschiedenen Vertriebsmöglichkeiten praktiziert – oft auch nach Sparten und Vertragstypen differenziert.

Würde der Vorschlag der Europäischen Kommission zum Provisionsverbot für Versicherungsmakler in Art. 30 Abs. 5b RL-E Wirklichkeit werden, so würde dies zugleich zu einem massiven Eingriff in die Freiheit der Wahl von Vertriebssystemen bei Versicherern führen. Versicherer würden nämlich in Zukunft auf den Vertrieb über Versicherungsmakler nicht mehr zurückgreifen können, jedenfalls dann nicht, wenn sie, so wie sie das gegenüber den Versicherungsvertretern tun, auch den Versicherungsmaklern eine in die Prämie einkalkulierte, Courtage als Honorierung zuweisen wollen. Nur dann, wenn sie dies tun, behandeln sie die Teilnehmer am Vertrieb gleich. Würden sie die Versicherungsvertreter besser behandeln als die Makler, so würde dies nicht nur innerhalb des Vertriebs zu Kopfschütteln und Unverständnis führen, sondern niemand wäre mehr bereit, für ein Unternehmen als Versicherungsmakler aufzutreten. Das allerdings würde bei Versicherern letztlich dazu führen müssen, den Maklervertrieb aufzugeben. Umgekehrt würde dies für die Kunden bedeuteten, dass sie den Sachwalter verlieren würden, der in **ihrem Interesse** den Markt nach passenden, für sie geeigneten und preisgünstigen Versicherungsprodukten durchforscht.

Diese Wirkungen, die die Europäische Kommission bei der Entwicklung von Art. 30 Abs. 5b RL-E nicht hinreichend bedacht hat, sind von der Richtlinienermächtigung (Artt. 62, 53 AEUV) nicht gemeint und umfasst. Beide Normen legitimieren die Europäische Kommission dann und nur dann zur Abfassung von Richtlinien, wenn diese zu einer Erleichterung und Verbesserung der Aufnahme und Ausnahme der jeweiligen gewerblichen Tätigkeit führen. Führt dagegen eine Regelung in einer Richtlinie zu einer **Erschwerung** der Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit – wie hier – führt sie geradezu dazu, dass die Tätigkeit in Zukunft **vom Markt verschwinden** wird, so liegt darin ein Eingriff, der von Artt. 62, 53 AEUV nicht mehr umfasst und

auch nicht mehr legitimiert ist. Insoweit erweist sich die Rechtsgrundlage, die die Europäische Kommission für Art. 30 Abs. 5b RL-E gewählt hat, als verfehlt und zugleich mit dem Europäischen Vertrag und seinen Zielen nicht mehr vereinbar.

Daraus ergibt sich, dass die von der Kommission für Art. 30 Abs. 5b RL-E gewählte Rechts- und Legitimationsgrundlage (Artt. 62, 53 AEUV) für dieses auf Makler gemünzte Provisionsverbot nicht ausreichend ist. Aus diesem Grunde kann und darf die Kommission nach den Grundsätzen des europäischen Rechts an dieser Regelung nicht festhalten.

## II. Kohärenz

Die Kommission zielt mit ihrem Vorschlag darauf ab, mehrere bestehende Richtlinien gemeinschaftlich zu ändern. Die Entscheidung für eine einzige Änderungsrichtlinie beruht, so begründet die Kommission ihren Vorschlag, auf dem Ziel der EU-Strategie für Kleinanleger in der gesamten EU und für alle Anlageprodukte und Vertriebskanäle das gleiche Schutzniveau für Kleinanleger zu erreichen. Dies lasse sich am wirksamsten durch den Erlass **kohärenter** und erforderlicher, jedenfalls einheitlicher Anforderungen für alle Sektoren erreichen[11]. Das Prinzip der Kohärenz ist als Rechtsprinzip in Art. 7 AEUV verankert. Dort heißt es: *„Die Union achtet auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen und trägt dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung“.* Ähnlich heißt es in Art. 21 Abs. 3 EUV, dass die Union auf die Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen ihres auswärtigen Handelns sowie zwischen diesen und ihren übrigen Politikbereichen achtet.

Begrifflich meint Kohärenz den sinnbildenden Zusammenhang von Wörtern in einem Text (lat. cohaerere) zusammenhängen. Letztlich geht es um das stimmige Ineinandergreifen von Regelungen, sodass diese sich gegenseitig ergänzen und **widersprechende Rechtsbefehle** sowie Wertungswidersprüche vermieden werden[12]. Es geht letztlich um Folgerichtigkeit.

Die vorstehenden Überlegungen haben allerdings gezeigt, dass das Ziel der Kommission, für alle Vertriebskanäle das gleiche Schutzniveau für Kleinanleger zu erreichen, mit Blick auf Art. 30 Abs. 5b RL-E verfehlt wird. Tatsächlich wird nicht etwa das gleiche Schutzniveau für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten erreicht. Im Gegenteil, den Kunden wird praktisch

---

[11] Vorschlag RL-E S. 2 am Ende.
[12] Vertiefend *Ulrike Schuster*, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, Dissertation, Heidelberg 2017, passim.

der Vertriebskanal der unabhängigen Makler genommen; die Makler werden gegenüber den gebundenen Vertreter diskriminiert und die Versicherer können, mit Blick auf die freie Wahl ihres Vertriebskanals, nicht mehr auf Makler zurückgreifen, weil es ihnen untersagt ist, die in die Prämie einkalkulierte Provision an Makler auszukehren. Auf diese Weise wird der provisionsbasierte Vertrieb über Handelsvertreter für Makler nicht mehr möglich. Es entstehen große Unterschiede auf den Märkten für die Vermittlung und die Beratung von Versicherungsanlageprodukten. Darüberhinaus entstehen Wertungswidersprüche, das heißt die Regelungen in Art. 30 Abs. 5b RL-E verletzen das Gebot der Kohärenz, weil es zu widersprüchlichen Ergebnissen bei der Bewertung im Prinzip gleicher Vertriebsaktivitäten führt.

## III. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Konkret ist im Zusammenhang mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu prüfen, ob die EU tätig werden kann, das heißt ob ihr überhaupt die Kompetenz zur Regelung einer bestimmten Angelegenheit zukommt[13]. Dies bedeutet für jeden verbindlichen Rechtsakt der EU ist **nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch die richtige** Kompetenz zu suchen[14].

Der EuGH betont in diesem Zusammenhang, dass dies von verfassungsrechtlicher Bedeutung sei, weil die Wahl der Kompetenzgrundlage über Organkompetenz, Handlungsformen und Verfahren entscheidet[15]. Im vorliegenden Fall hat die Europäische Kommission als Kompetenzgrundlage (auch) für Art. 30 Abs. 5b RL-E auf Art. 62 AEUV und damit inzidenter auf Art. 53 AEUV verwiesen. Insbesondere nach Art. 53 Abs. 1 AEUV kann das Europäische Parlament und der Rat die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten erleichtern. Wie oben im Einzelnen dargestellt, muss nach erfolgter Koordinierung aufgrund der verringerten Unterschiede die

---

[13] *Calliess* in Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV, 06. Auflage 2022, Art. 5 Rn. 10.
[14] *Calliess* aaO Art. 5 Rn. 10.
[15] EuGH, C-263/14, ECLI:EU:2016:435, Rn. 42, *Parlament/ Rat*; EuGH C-687/15, ECLI:EUC:2017:803, Rn. 49, *Kommission/Rat;* weiterführend *Nettesheim*, in: von Bogdan/Bast (Hrsg.), EU-Verfahrensrechte, EuVerfR, S. 389, 435.

Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat *leichter als zuvor möglich sein*[16]. Tatsächlich allerdings sorgt Art. 30 Abs. 5b RL-E nicht dafür, dass die Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit als Versicherungsmakler in einem Mitgliedstaat leichter als zuvor möglich ist, sondern im Gegenteil für Versicherungsmakler wird die Tätigkeit bei der Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten in Zukunft deutlich erschwert und das Level playing field gegenüber gebundenen Versicherungsvertreter wettbewerbsverzerrend und diskriminierend gestaltet. Tatsächlich dürfen Versicherungsmakler nach der Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E vom Versicherer, anders als die an ihn gebundenen Vertreter, für ihre Vermittlungstätigkeit keine Provision mehr annehmen. Sie können allerdings auf die Höhe der Prämie, die der Versicherer für das Versicherungsanlageprodukt in Rechnung stellt, auch keinen Einfluss nehmen. Das heißt: sie können das Versicherungsanlageprodukt nur mit der gleichen Prämie dem Kunden anbieten, wie das auch ein gebundener Vertreter tun kann mit dem entscheidenden Unterschied, dass die gebundenen Vertreter ihre Provision aus der den Kunden belastenden *Bruttoprämie* bekommen, während die Makler auf diese Bruttoprämie ein zusätzliches Honorar zulasten der Kunden berechnen müssen, um selbst für ihre Beratungs- und Vermittlungsleistung angemessen honoriert zu werden.

Mit anderen Worten: der Maklervertrieb verteuert sich gegenüber dem Vertretervertrieb deutlich. Makler können als Folge der geplanten Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E einen Großteil der am Markt angebotenen Versicherungsanlageprodukte nicht mehr anbieten, weil sie nicht mehr wettbewerbsfähig sind. Damit können sie zugleich ihre Aufgabe als unabhängiger Sachwalter gegenüber den Kunden nicht mehr nachkommen, da sie nicht mehr über eine angemessene Zahl von auf dem Markt verfügbaren Produkten und Versicherern verfügen, die sie ihrer Empfehlung für ein geeignetes Produkt gegenüber den Kunden zugrunde legen könnten. Anders formuliert: die von der Kommission vorgeschlagene Neuregelung findet in Artt. 62, 53 AEUV **keine Kompetenzgrundlage**, da die Ziele beider Regelungen, nämlich die Vereinfachung und Erleichterung des Vertriebs innerhalb und zwischen den Mitgliedstaaten ins Gegenteil verkehrt wird. Die Neuregelung schafft massive Unterschiede zwischen tradierten, bestehenden Vertriebswegen und sorgt letztlich nicht nur für eine Erschwerung, sondern faktisch für eine Marktverdrängung des Maklervertriebs für Versicherungsanlageprodukte.

---

[16] EuGH-C-63/89, Slg. 1991, I-1799 Rn. 15 *Assurances du credit;* weitere Nachweise bei *Schlag,* in: Schwarze – EU-Kommentar, 4. Aufl., Art. 53 AEUV Rn. 25.

Daraus folgt, dass der Europäische Vertrag für die Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E keine „richtige“ Kompetenzgrundlage zur Verfügung stellt. Es fehlt an der begrenzten Einzelermächtigung, sodass die Union nach Art. 5 Abs. 2 EUV nicht tätig werden darf.

## IV. Subsidiaritätsprinzip

Diese Einschätzung wird auch das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) bekräftigt und unterstrichen. Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler, noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können. Darauf weist auch die Kommission im Vorschlag zur RL-E ausdrücklich hin[17]. Dabei geht es der Kommission darum, einen „gemeinsamen Rechtsrahmen“ zu schaffen, der unabhängig von der Art der angebotenen Anlageprodukte oder Dienstleistungen und unter uneingeschränkter Wahrung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs in allen Mitgliedstaaten das gleiche Maß an Kleinanlegerschutz gewährleistet. Tatsächlich wird dieses Ziel, wie oben mehrfach beschrieben wurde, mit Blick auf den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten über Makler nicht nur nicht erreicht, sondern vollständig verfehlt. Der Schutz der Kleinanleger wird ins Gegenteil verkehrt und maßgeblich ausgehöhlt. Bisher können Kleinanleger über unabhängige Sachwalter, die in ihrem eigenen Interesse handeln, auf kompetente Persönlichkeiten zurückgreifen, die über einen umfassenden Marktüberblick verfügen und damit Produkte und Versicherer so einschätzen und bewerten können, dass eine objekt- und anlegergerechte Empfehlung für oder gegen bestimmte Produkte möglich wird. Der Vorschlag der Europäischen Kommission in Art. 30 Abs. 5b RL-E beraubt die Kleinanleger dieser Sachwalter. Die Makler können nicht mehr über die Versicherungsanlageprodukte beraten, in denen die Honorierung in die Produktprämie einbezogen ist. Dabei handelt es sich nach brancheninternen Schätzungen um weit über 90% des Gesamtangebots am Markt[18]. Hieran wird deutlich, dass der Kleinanlegerschutz, um den es der Europäischen Kommission geht, durch die völlig ungleichen, wettbewerbsverzerrenden Vertriebsregeln für Versicherungsvermittler deutlich verschlechtert wird. Zugleich werden ungleiche Wettbewerbsbedingungen für gebundene Vertreter und Makler im Binnenmarkt für Versicherungsanlageprodukte geschaffen. An die Stelle von bisher gleichen

[17] Ziffer 2, erster Bullet Point
[18] Vertiefend *Aline Icha*, Die Netto Police, Berliner Reihe, VVW Verlag, Band 43, 2014 ab S. 16.

wettbewerblichen Regelungen treten unterschiedliche, die letztlich zulasten der Kleinanleger das ihnen zu eröffnende Schutzniveau ohne Not verschlechtern.

## V. Verhältnismäßigkeit

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so Art. 5 Abs. 4 EUV, gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus. Darauf weist auch der Vorschlag der Kommission in der RL-E hin[19]. Die Kommission formuliert: „*Dieser Vorschlag zielt darauf ab, einige Bestimmungen der Richtlinien zu ändern, insbesondere … die Anforderungen an den Vertrieb von Anlageprodukten an Kleinanleger … Diese Änderungen sind notwendig und verhältnismäßig, um den Schutz der Kleinanleger und gleichzeitig die Interessen der Marktteilnehmer und die Kosteneffizienz zu berücksichtigen.*“

Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit um einen **allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts**, der die Autonomie der Mitgliedstaaten auch bei kompetenzgemäßem Handeln der Union schütze[20]. Im Unterschied zum Grundsatz der Subsidiarität bezieht sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf **alle** Maßnahmen der Union und damit auch Maßnahmen, die zu den ausschließlichen Kompetenzen der Union gehören (Art. 3 AEUV). Dazu gehören die Zollunion, die für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln, die Währungspolitik, die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der Fischereipolitik, die gemeinsame Handelspolitik und die Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte.

Regelungen, die Vertriebssysteme innerhalb der Versicherungs- oder Finanzdienstleistungsbranche betreffen, gehören nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union. Dennoch ist auch insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden. Die Maßnahmen der Union dürfen, so heißt es in Art. 5 Abs. 4 AEUV, **inhaltlich wie formal** nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge **erforderliche** Maß hinausgehen. Der Begriff **inhaltlich** betrifft die Re-

---

[19] Ziffer 2, zweiter Bullet Point.

[20] So etwa EuGH-C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 Rn. 48, *Pillbox 38;* EuGH-C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403 Rn. 28, *Estland/Parlament und Rat;* EuGH-C-187/12, ECLI:EU:C:2013:737 Rn. 42 *SFIR ua;* EuGH-C-11/12, ECLI:EU:C:2012:808 Rn. 39 *Maatschap LA;* EuGH-C-581/10, ECLI:EU:C:2012:657 Rn. 71 *Nelson ua;* EuGH-C-309/10, Slg 2011, I-07333 Rn. 42 *Agrana Zucker.*

gelungsdichte einer Maßnahme. Der Begriff **formal** meint die Bindungswirkung einer Maßnahme. Letztlich geht es darum, dass alle Belastungen, gleich welcher Art, so gering wie möglich gehalten werden, um nationalen Entscheidungen so viel Raum wie möglich zu belassen.

Daraus folgt: unverbindliche Maßnahmen, wie etwa Programme oder Empfehlungen, haben Vorrang vor verbindlichen Reglementierungen. In inhaltlicher Hinsicht hat die Festlegung von Mindeststandards Vorrang vor einer Vollharmonisierung, die die Zielerreichung im Einzelfall regelt[21]. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH muss das zur Anwendung gelangte Mittel in Relation zu dem verwirklichenden Ziel **erforderlich und geeignet** sein. Bei mehreren geeigneten Maßnahmen ist die am Wenigsten belastende zu wählen. Die auferlegten Belastungen müssen ihrerseits in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen, also **proportional** sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)[22].

Bei der Rechtsangleichung, um die es vorliegend geht, ist eine Maßnahme nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ der Union damit verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist; es geht nicht darum, ob die erlassene Maßnahme die einzig mögliche oder die bestmögliche war[23]. Die richterliche Kontrolle beschränkt sich auf die Prüfung der Frage, „ob die betreffende Maßnahme nicht mit einem offensichtlichen Irrtum oder einem Ermessensmissbrauch behaftet ist“[24]. Ferner hat das Gericht bei der Beurteilung der Regelungen zu prüfen, ob die mit der gewählten Maßnahme angestrebten Ziele womöglich beträchtliche negative wirtschaftliche Folgen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen könnten[25].

Im vorliegenden Fall geht es um das Verbot an Makler für die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten seitens eines Dritten (zum Beispiel Versicherers) eine Provision zu bezahlen. Diese Maßnahme wird von der Europäischen Kommission mit der Erleichterung der Aufnahme und Ausübung der selbstständigen Vermittlungstätigkeit im Binnenmarkt gerechtfertigt (Artt.

---

[21] Vgl. Punkt 6 des Protokolls 35 zum EG-Vertrag über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit: KOM (1996) II ENDG., S.II; SEK (1992) 1990, S. 15.

[22] Aus der reichhaltigen Rechtsprechung des EuGH vgl. EuGH-C-358/14, E-CLI:EU:C:2016:323, Rn. 78 *Polen/Parlament und Rat;* EuGH-C-477/14, E-CLI:EU:C:2016:324 Rn. 48 *Pillbox 38;* EuGH-C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325 Rn. 165 *Philip Morris Brands ua;* aus früherer Zeit EuGH-C-33/08, Slg. 2009, I-05-035 Rn. 31 *Agrana Zucker*

[23] EuGH-C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 Rn. 79 *Polen/Parlament und Rat;* EuGH-C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 Rn. 49 *Pillbox 38; EuGH-C-33/08, Slg. 2009, I-05-035 Rn. 33 Agrana Zucker*

[24] EuGH-C-221/09 Slg. 2011, I-01655 Rn. 80 mwN *AJD Tuna*.

[25] EuGH-C-176/09 Slg. 2011, I-03727 Rn. 21 *Luxemburg/Parlament und Rat*; EuGH-C-58/08 Slg. 2010, I-04999 Rn. 53 *Vodafone.*

62, 53 Abs. 1 AEUV). Tatsächlich aber – das wurde oben mehrfach ausgeführt – erleichtert diese Maßnahme ganz eindeutig nicht die Ausübung der selbstständigen Tätigkeit von Versicherungsmakler, sondern – ganz im Gegenteil – die Aufnahme und Ausübung dieser Tätigkeit wird im Binnenmarkt deutlich erschwert, wenn nicht gar völlig unterbunden. Damit erweist sich Art. 30 Abs. 5b RL-E als rechtswidrig, weil die Erreichung des Ziels, das die Europäische Union damit verfolgt, **offensichtlich ungeeignet** ist. Die betreffende Maßnahme beruht erkennbar auf einem **offensichtlichen Irrtum** und damit zugleich auch einem **Ermessensmissbrauch**. Die vorgeschlagene Regelung hätte beträchtliche negative wirtschaftliche Folgen, sowohl für Versicherungsmakler, als auch die von ihnen betreuten Kunden und die Versicherer im Binnenmarkt. Die Gründe wurden oben mehrmals beschrieben. Die Versicherungsmakler werden gegenüber gebundenen Vertretern im Vertriebswettbewerb massiv benachteiligt. Während gebundene Vertreter nach wie vor eine Provision, die in der Prämie einkalkuliert ist, auch vom Versicherer erhalten dürfen, wird das gegenüber Maklern nunmehr verboten. Makler können folglich alle Versicherungsanlageprodukte, in denen die Provision einkalkuliert ist, ihren Kunden nicht mehr anbieten, da sie gezwungen wären, auf die *Bruttoprämie* ihre eigene Honorierung noch aufzuschlagen. Damit wären sämtliche Produkte, die Makler ihren Kunden anböten, deutlich teurer als vergleichbare Produkte gebundener Vertreter.

Letztlich würde eine solche Regelung dazu führen, dass Makler ihre selbstständige Tätigkeit bei der Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten nicht mehr ausüben könnten, weil sie nicht mehr wettbewerbsfähig wären. Sie könnten auch nicht auf die Höhe der Bruttoprämie Einfluss nehmen, weil die Kalkulation insoweit ausschließlich den Versicherern zugewiesen ist. Die Folge wäre, dass die Makler ihre Funktion als Sachwalter ihrer Kunden nicht mehr wahrnehmen könnten. Es gäbe fast keine Produkte mehr, die sie am Markt vergleichend anbieten und ihren Kunden empfehlen könnten. Für die Kunden würde diese Regelung dazu führen, dass sie hochkompetente, unabhängige Sachwalter, die in ihrem Interesse eine Markt- und Produktanalyse durchführen, nicht mehr beauftragen könnten. Die Versicherer würden einen für sie wichtigen und im Wettbewerb nachhaltigen Vertriebsweg, nämlich den über Makler, praktisch verlieren. Letztlich müssten Versicherer auf den gebundenen Vertrieb übergehen und damit auf ein wichtiges Vertriebselement im Markt verzichten. Die daneben verbleibende Alternative, über Versicherungsberater Produkte zu vertreiben, ist, angesichts der sehr geringen Zahl solcher Berater, praktisch zu vernachlässigen.

Alles in allem zeigt sich, dass der Vorschlag der Kommission in Art. 30 Abs. 5b RL-E zur Erreichung des Ziels die Aufnahme und Ausübung der Vermittlungstätigkeit für Makler im

Binnenmarkt zu erleichtern völlig ungeeignet ist. Ein Provisionsverbot, das sich ausschließlich an Makler wendet, spaltet den Vertriebsmarkt in Europa, statt ihn anzugleichen. Das bisher bestehende Level playing field zwischen Maklern und gebundenen Vertretern wird ohne jeden ersichtlichen Sachgrund aufgehoben. Die Kunden werden ihres unabhängigen Sachwalters beraubt und die Versicherer verlieren einen wichtigen Vertriebskanal, um ihre Produkte zu den Kunden zu bringen.

Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist somit **evident**. Die Regelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E muss folglich, weil rechtswidrig, ersatzlos gestrichen werden.

## VI. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben (Art. 4 Abs. 3 EUV). Bei diesem Grundsatz handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der durch den EuGH gerichtlich überprüft und sanktioniert werden kann[26]. Letztlich ergibt sich diese Rechtsfolge aus Art. 263 AEUV, wonach der EuGH die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte des Rates und der Kommission überwacht. Aus diesem Grund ist der EuGH für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat wegen Verletzung der Europäischen Verträge erhebt (Nichtigkeitsklage). Art. 4 Abs. 3 EUV entfaltet in engen Grenzen konstitutive Wirkung, das heißt die Norm dient als Grundlage und autonome Quelle für die Herleitung selbstständiger primärrechtlicher Pflichten[27]. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Mitgliedstaat nur durch eine einzige Maßnahme seiner Verpflichtung aus dem europäischen Recht entsprechen kann (Ermessensreduzierung auf Null), wie dies etwa im Bereich des Rechtschutzes der Fall sein kann[28].

Eine solche Ermessensreduzierung auf Null wird man mit Blick auf eine Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) wohl zu bejahen haben. Dies würde jedenfalls für den Fall gelten, dass Art. 30 Abs. 5b RL-E so wie die Regelung heute im Vorschlag steht, Gegenstand einer wirksam verabschiedeten Richtlinie würde. In einem solchen Fall würde die EU gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gegenüber der Bundesrepublik Deutschland deshalb verstoßen, weil damit eine massive Ungleichbehandlung und Diskriminierung von Maklern mit Blick auf den

---

[26] EuGH-C-220/13 P, ECLI:EU:C:2014:2057 Rn. 51f. *Nikolaou v Cours des Comptes.*
[27] *Kahl* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 06. AUfl. 2022, Art. 4 Rn. 107 mwN.
[28] EuGH-C-213/89, Slg. 1990 I-2433 Rn. 19 *Factortame u.a.;* EuGH-C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677 Rn. 41f. *Jégo Quéré.*

Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltendes Recht werden würde. Darin läge praktisch ein Vertriebsverbot für Makler mit Blick auf Versicherungsanlageprodukte, die einen wesentlichen Teil der Tätigkeit von Maklern darstellen. Die Gründe, warum ein solches Verbot mit dem europäischen Recht absolut unvereinbar ist, wurden oben vielfach dargestellt und beschrieben. Der Verstoß gegen das europäische Primärrecht wäre so gravierend, dass die Bundesrepublik Deutschland nach dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gehalten wäre, zugunsten der Kleinanleger, der Makler und der Versicherer eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV zu erheben, um das gravierende Unrecht zulasten der Marktteilnehmer so schnell wie möglich zu beseitigen.

## VII. Der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Artt. 119, 120 AEUV)

Die Tätigkeit der Union beruht auf dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit fairem Wettbewerb (Art. 119 Abs. 1 AEUV). In Art. 120 AEUV wird noch einmal betont, dass sich die Union, neben den Mitgliedstaaten, an diese Grundsätze hält. Eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb ist nur möglich, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb für Marktteilnehmer gleich und nicht diskriminierend sind. Das bedeutet, das Level Playing Field für Produkte einerseits und Dienstleistungen andererseits muss so gestaltet sein, dass die am Wettbewerb teilnehmenden Akteure den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen und auf diese Weise gleiche Chancen und Möglichkeiten haben, Kunden zu umwerben.

Auf den Märkten für Versicherungsanlageprodukte setzt dies beispielsweise voraus, dass Makler und gebundene Vertreter gleichen Rahmenbedingungen mit Blick auf ihre Vertriebsmöglichkeiten unterliegen. Das bedeutet konkret, dass Makler ebenso wie Vertreter sowohl mit den Kunden als auch mit den Versicherern Honorar-, Provisions- und Courtagevereinbarungen treffen können. Das ist bisher der Fall. Die Vermittlerrichtlinie IDD II vom 20.01.2016[29] schafft einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen für gebundene Vertreter und Makler beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten. Die IDD II enthält Grundsätze, die für alle Versicherungsvermittler gleichermaßen gelten, um *Interessenkonflikte* zu vermeiden (Artt. 27, 28 IDD II). Angemessene Informationen über den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten und sämtliche Kosten sind rechtzeitig vor dem Abschluss eines Vertrages zur Verfügung zu stellen (Art.

[29] ABl L 26/19 v. 02.02.2016

29 IDD II). In Art. 29 Abs. 3 IDD II heißt es, dass die Mitgliedstaaten den Vermittlern auch strengere Anforderungen vorschreiben dürfen, insbesondere mit Blick auf Gebühren, Provisionen und nicht-monetäre Vorteile einer dritten Partei (zum Beispiel Versicherer). Dabei geht die IDD II davon aus, dass die Mitgliedstaaten diese strengeren Vorschriften für alle Versicherungsvertreiber in gleicher Weise und letztlich nur dann vorschreiben würden, wenn dies zum Zwecke des Verbraucherschutzes erforderlich, geeignet und angemessen wäre.

Darüberhinaus gewährleistet die IDD II für alle Kunden eine qualitativ hochwertige Beratung bei Finanzanlagen (Art. 17 Abs. 1 IDD II). Danach stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass alle Versicherungsvertreiber – also auch alle Versicherungsvermittler bei ihrer Vertriebstätigkeit gegenüber ihren Kunden *stets ehrlich, redlich und professionell* in deren bestmöglichem Interesse handeln. Im Rahmen dieser für alle Versicherungsvermittler gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen ist der Wettbewerb auf den Märkten für die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten frei. Provisionsverbote wären nur dann erlaubt, wenn der Wettbewerb auf den Märkten für die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten nicht funktionsfähig wäre. Beispiele sind etwa die Märkte für Strom, Gas oder Wassernetze, weil es dort teurer wäre, durch Bau einer Vielzahl von Parallelleitungen Wettbewerb zu eröffnen. Aus diesem Grunde werden die Netzentgelte auf diesen Märkten seit 2005 durch die Bundesnetzagentur reguliert.

Ein vergleichbares Marktversagen ist aber auf Märkten für Vermittlerentgelte nicht erkennbar, da es sich bei diesen Märkten nicht um leitungsgebundene *natürliche Monopole* handelt. Im Gegenteil, die Märkte für die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten sind völlig frei. Die Verbraucher können Produkte direkt beim Anbieter, etwa über einen Direkt- oder Internetvertrieb erwerben. Sie können sich stattdessen an Vertreter mit Bindung an ein bestimmtes Unternehmen wenden. Sie haben daneben die Wahl sich an unabhängige Makler, die ihrerseits einen sehr guten Marktüberblick haben, zu wenden und sie können sich an einen Versicherungsberater wenden, der ähnlich unabhängig wie ein Versicherungsmakler agiert, allerdings Wert darauf legt, dass er ausschließlich vom Kunden direkt honoriert wird.[30] Dies bedeutet der Wettbewerb auf den Vermittlermärkten ist frei. Ein Marktversagen, wie auf Märkten, die durch natürliche Monopole geprägt sind, gibt es nicht. Die Kunden haben auf den Vermittlermärkten für Versicherungsanlageprodukte die freie Auswahl zwischen Vermittlertypen die ihnen bei Beginn der Beratung ihren Status offenlegen, so dass jeder Kunde jederzeit darüber informiert

[30] Hierzu vertiefend *Christian Schafstädt*, Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorar-Beratung im Versicherungsmarkt, Berliner Reihe, Band 46 VVW-Verlag 2015, passim.

ist, ob der Vermittler an einen bestimmten Produktanbieter gebunden ist oder als *unabhängiger Sachwalter* des Kunden fungiert.

In dieses durch die IDD II gewährleistete wettbewerblich freie Gefüge würde die RL-E mit Art. 30 Abs. 5b massiv eingreifen und die Wettbewerbsbedingungen für Makler deutlich verschlechtern. Während die gebundenen Vertreter berechtigt wären vom Produktanbieter (Versicherer) die Provision für die Vermittlungstätigkeit zu beziehen, wäre dies in Zukunft den Maklern nicht mehr erlaubt. Sie würden von der Möglichkeit ihr Berufsbild frei zu wählen abgeschnitten werden. Sie könnten, wie oben vielfach betont, den Großteil aller Versicherungsanlageprodukte den Kunden nicht mehr anbieten, weil die Prämie dieser Produkte einschließlich einer angemessenen Vermittlerprovision kalkuliert ist. Da die Makler diese Provision vom Versicherer nicht mehr entgegennehmen dürfen, müssten sie zusätzlich zur Bruttoprämie ihr Honorar gegenüber den Kunden aufschlagen. Sie wären damit im Wettbewerb um den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten hoffnungslos unterlegen und würden in kurzer Zeit bei diesen Produkten vom Markt verdrängt sein.

Für die Kunden würde dies bedeuten, dass sie die Beratung durch unabhängige Sachwalter, die in ihrem Interesse tätig sind, ausgerechnet in jenem Produktbereich verlieren würden, in dem es um die langfristige Absicherung der finanziellen Grundlagen im Rentenalter geht. Mit Blick auf diese höchstsensiblen Fragen ist gerade die Beratung durch unabhängige Sachwalter von besonderer Bedeutung, weil diese nötig sind, um Menschen möglichst früh in ihrem Leben zu verdeutlichen, wie wichtig es ist, mit einer konzeptionell zu Ende gedachten Altersvorsorgestrategie zu beginnen. Dabei spielt der Zinseszinseffekt eine große Rolle und die Absicherung des Langlebigkeitsrisikos (Stichwort: Rentenversicherung) sowie die Absicherung des biometrischen Risikos (Stichwort: Absicherung beim frühen Tod).

Für die Kunden würde der Wegfall der unabhängigen Makler als Sachwalter höchstproblematisch sein, weil es gerade die Makler sind, die auch bei den **Produktanbietern** dafür sorgen, dass Konditionen und Leistungsversprechen den Wünschen und Bedürfnissen der Kunden angepasst werden. Das heißt, die Makler sind sozusagen das Sprachrohr ihrer Kunden gegenüber den Produktentwicklern und Anbietern. Sie sorgen mit dafür, dass der Wettbewerb um leistungsfähige und leistungsgerechte Produkte in seiner Funktion gestärkt wird. Dies bedeutet die Makler sind ein wichtiger, den Wettbewerb letztlich funktionsfähig machender, Faktor bei der Nachfrage bei Versicherungsprodukten, da sie die Wünsche und Bedürfnisse ihrer Kunden aufnehmen und wiederspiegeln. Sie sorgen letztlich für angemessene und qualitativ hochstehende

Versicherungsanlageprodukte und zwar auch gegenüber den gebundenen Versicherungsvertretern. Diese können nämlich im Wettbewerb gegenüber Maklern nur bestehen, wenn die hauseigenen Produkte qualitativ mit denen von Wettbewerbern mithalten können, die von den Maklern den Kunden parallel angeboten werden. Jeder gebundene Vermittler muss damit rechnen, dass der Kunde, den er umwirbt, stattdessen zu einem Makler wechseln könnte. Daraus entsteht ein vorauseilender Wettbewerbsdruck, der letztlich dafür sorgt, dass die Versicherungsanlageprodukte von allen Anbietern qualitativ hochwertig und leistungsfähig sind.

Das bedeutet, die Existenz von Maklern in den Märkten für Versicherungsanlageprodukte sind unverzichtbarer Bestandteil eines wirklich funktionsfähigen Wettbewerbs um leistungsfähige und hochwertige Anlageprodukte. Entscheidend ist nicht, dass jeder Kunde die Beratung über einen Makler sucht, sondern entscheidend ist, dass die Makler als **mögliche** Vertriebspartner zur Verfügung stehen. Sie könnten also jedem Kunden qualitativ bessere und preiswertere Produkte alternativer Anbieter offerieren. Diese Möglichkeit ist es, die den Wettbewerb um Versicherungsanlageprodukte letztlich funktionsfähig macht.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission in Art. 30 Abs. 5b RL-E würde diesen Wettbewerbsdruck aus den Märkten nehmen und damit den heute funktionsfähigen, freien und fairen Wettbewerb um Versicherungsanlageprodukte strukturell zu Lasten der Kunden verschlechtern. Das marktliche Gegengewicht, das durch Versicherungsmakler im Bereich der Versicherungsanlageprodukte täglich entsteht, wäre nicht mehr vorhanden. Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Kommission zu Lasten der Versicherungsmakler setzen will, würden also nicht nur diese schädigen und ihre berufliche Existenz in Frage stellen, sondern sie würden darüber hinaus den Schutz der Kunden deutlich verschlechtern, weil die Makler gegenüber dem Produktanbietern als Sprachrohr der Kunden und maßgeblicher Wettbewerbsfaktor wegfallen würden. Die Europäische Kommission würde, wenn sie Art. 30 Abs. 5b RL-E tatsächlich umsetzen sollte, den Kunden für Versicherungsanlageprodukte Steine statt Brot geben. An die Stelle einer durch die Makler gewährleisteten Wettbewerbsgleichheit (Countervailing Power) würde eine einseitige Übermacht des gebundenen Vertriebs treten. Die Rückwirkungen auf die den Wünschen und Bedürfnissen der Kunden entsprechenden Leistungsparameter würden wegfallen. Es gäbe keinerlei Maßstab mehr für die Frage, ob die Kunden tatsächlich im bestmöglichen Interesse beraten werden, denn es gäbe keine Vermittler mehr, die die unterschiedlichen Produkte und ihr Preis-Leistungsverhältnis gegenüber den Kunden differenzieren, kommunizieren, vergleichen und präferieren oder nicht empfehlen würden.

Anders formuliert: Der Vorschlag der Europäischen Kommission ein Provisionsverbot zu Lasten einer einzigen Vermittlergruppe, nämlich der Makler, bei der Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten europaweit festzuschreiben würde den Wettbewerb auf diesen Märkten massiv stören. Der Wettbewerb wäre nicht mehr offen, nicht mehr frei, er wäre nicht mehr funktionsfähig, er wäre unfair und er würde die Kunden strukturell schädigen, weil die Mediatoren für alternative, bessere, leistungsfähigere Produkte gegenüber den Kunden fehlen würden. Die Kunden stünden einer unabsehbaren Zahl von Produkten und Produktanbietern hilflos gegenüber. Sie wären nicht in der Lage den Such- und Bewertungsprozess für Versicherungsanlageprodukte selbst so zu steuern, dass sie keinen Schaden nehmen. Das bedeutet letztlich würde der Vorschlag der Europäischen Kommission in Art. 30 Abs. 5b RL-E auch das Grundprinzip des freien und offenen Wettbewerbs in den Vermittlermärkten nicht nur schädigen, sondern partiell außer Kraft setzen. Damit erweist sich der geplante Art. 30 Abs. 5b RL-E auch aus der Perspektive der Artt. 119, 120 AEUV als europarechtswidrig.

## VIII. Die Wirtschaftliche Betätigungsfreiheit – Artt. 15, 16 GrCh)

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Europäische Grundrechtecharta ausdrücklich die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in allen ihren Ausprägungen gewährleistet. Dabei schützt Art. 16 GrCh die unternehmerische Freiheit, soweit sie durch selbstständige Unternehmer ausgeübt werden kann. Insoweit sind die Versicherungsmakler ebenso betroffen, wie die gebundenen Versicherungsvertreter und die Versicherer selbst.[31] Der EuGH sieht insbesondere die freie Wahl des Vertrags- oder Geschäftspartners als Bestandteil der Berufsfreiheit an.[32] Zum Grundrecht auf Berufsfreiheit gehört auch die Wettbewerbsfreiheit.[33] Generell gilt, dass Unionsrecht so auszulegen ist, dass es die wirtschaftliche Freiheit nicht beeinträchtigt.[34] Dies bedeutet eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit bedarf einer sachlichen Rechtfertigung die ihrerseits das kompetenzorientierte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung legitimiert und konkretisiert[35]. Letztlich ist eine strikte Orientierung an den eindeutig normierten

---

[31] EuGH C – 317/00 Slg. 2000, I-9541, Rn. 57 *Invest Import und Export und Invest Commerce/Commission*; EuGH C – 1/11, ECLI: EU: C: 2012: 194, Rn. 43 *Interzero Scrap and Metals Trading*.
[32] EuGH C – 90/90 und C – 91/90 Slg. 1991, I-3617 Rn. 13 *Neu*; vertiefend *Ruffert* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV 6. Aufl. 2022 EU-GR Charta Art. 16 Rn. 2 m. w. N.
[33] EuGH C – 200/96 Slg. 1998, I-1953 Rn. 28 *Metronome Musik*.
[34] EuGH C – 90/90 und C – 91/90 Slg. 1991, I-3617, Rn. 12 *Neu*.
[35] *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 186.

Zielen der EU notwendig.[36] Anerkannt ist in der Rechtsprechung des EuGH, dass die wirtschaftliche Freiheit durch das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** dann – allerdings auch nur dann – eingeschränkt werden kann, wenn die von der Union vorgegebenen Regelungen erforderlich, geeignet und inhaltlich angemessen sind. Damit werden letztlich die Fragestellungen aufgeworfen, die bereits Gegenstand im Zusammenhand mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits waren.

In all diesen Zusammenhängen wurde deutlich, dass das von der Europäischen Kommission vorgeschlagene auf Makler begrenzte Provisionsverbot für die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten mit den Prinzipien des europäischen Rechts nicht vereinbar ist. Diese Beschränkung ist weder erforderlich, noch geeignet, noch angemessen. Sie diskriminiert die Makler. Sie nimmt den Kunden den unabhängigen Sachwalter. Sie verkürzt die wettbewerbliche Freiheit der Versicherer bei der Wahl der Vertriebssysteme und sie verhindert einen freien und funktionsfähigen Wettbewerb, um kundengerechte und qualitativ hochwertige Versicherungsanlageprodukte. Aus diesen Gründen kann das in Art. 30 Abs. 5b RL-E angelegte Provisionsverbot zu Lasten von Makler sachlich nicht gerechtfertigt sein. Es stört den Binnenmarkt, es verschlechtert den Kundenschutz und es entzieht den Maklern letztlich einen wesentlichen Teil ihrer Lebensgrundlage ohne jeden Sachgrund. Damit ist zugleich auch der Verstoß gegen die wirtschaftliche Freiheit, der durch die europäische Grundrechtecharta geschützt ist (Artt. 15/16), unabweislich.

## IX. Verstoß gegen den Gleichheitssatz – Art. 20 GrCh

Schließlich sind nach Art. 20 GrCh *alle Personen vor dem Gesetz gleich*. Gemeint sind nach allgemeiner Meinung alle natürlichen und alle juristischen Personen des Privatrecht.[37] Im vorliegenden Fall sind somit alle selbstständigen Versicherungsvermittler durch Art. 20 GrCh geschützt und zwar gleichgültig, ob es sich um selbstständige Handelsvertreter oder um selbstständige Makler handelt. Beide Gruppierungen vermitteln und beraten über Versicherungsanlageprodukte. Die Versicherungsvertreter dürfen ihre Honorierung in Form einer Provision mit

[36] EuGH C – 200/96, Slg. 1998, I-1953, Rn. 23 *Metronome Musik*; EuGH C – 544/10, ICLI: EU: C: 2012: 526 Rn. 54 *Deutsches Weinkontor*.
[37] EuGH C – 440/14 P, ECLI: EU:C: 2016: 128 Rn. 44 f. *National Iranian Oil Company/Rat*; vertiefend *Rossi* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV 6. Aufl. 2022 Art. 20 EU-GR Charta Rn. 6 m. w. N.

dem jeweiligen Produktanbieter (Versicherer) vereinbaren. Das gleiche dürfen Versicherungsmakler nicht, wenn der Vorschlag der Kommission in Art. 30 Abs. 5b RL-E Wirklichkeit werden sollte. In beiden Fällen geht es um vergleichbare Sachverhalte, nämlich um die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten. Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt immer dann vor, wenn vergleichbare Sachverhalte in unterschiedlicher Weise behandelt werden.[38]

Eine Benachteiligung muss sich aus der Ungleichbehandlung nicht notwendig ergeben, da der allgemeine Gleichheitssatz nicht als Diskriminierungsverbot ausgestaltet ist.[39]

Letztlich kommt es auf diese Frage im vorliegenden Zusammenhang nicht an, denn es liegt auf der Hand, dass durch die geplante Neuregelung in Art. 30 Abs. 5b RL-E die Versicherungsmakler nicht nur ungleich behandelt, sondern im Kern erheblich benachteiligt und diskriminiert werden würden. Sie würden im Wettbewerb um die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten gegenüber gebundenen Vertretern praktisch nicht mehr wettbewerbsfähig sein. Sie würden damit einen wesentlichen Teil ihrer Einkommens- und Lebensgrundlage verlieren.

Aber auch die Produktanbieter würden ungleich behandelt werden, denn sie würden bei der Wahl ihres Vertriebsweges bei ansonsten gleichen Versicherungsanlageprodukten an die Versicherungsmakler keine Provision (Courtage) mehr auskehren dürfen. Sie wären also gezwungen, bei ansonsten gleichen Produkten völlig unterschiedliche Vertriebskonzepte einerseits mit gebundenen Vermittlern und andererseits mit unabhängigen Maklern zu praktizieren. Dies würde letztlich zu einem Scheitern der bisher parallel funktionierenden Vertriebswege führen müssen, da ein Vertriebsweg, der einen Vor- oder einen Nachteil gegenüber einem alternativ gleichen Vertriebsweg hat sowohl im Inter- als auch im Intrabrandwettbewerb keinerlei Chancen hat.

Rechtfertigungsmöglichkeiten für diese unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte bei den Vermittlern einerseits und den Versicherern andererseits sind nicht erkennbar. Der EuGH betont in seiner Rechtsprechung die Notwendigkeit von „*objektiven Unterschieden von einigem*

---

[38] EuGH C – 217/91 Slg. 1993, I-3923 Rn. 27 *Spanien/Kommission*; EuGH C – 306/93, Slg. 1994, I-5555, Rn. 30 *Winzersekt*.
[39] Vertiefend *Rossi* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV 6. Aufl. 2022 Art. 20 EU-GR Charta Rn. 23 m. w. N.

*Gewicht*".[40] Gemeint ist letztlich das Erfordernis eines sachlichen Grundes.[41] Daneben lässt die Rechtsprechung des EuGH in einigen Urteilen auch Ansätze einer Verhältnismäßigkeitsprüfung erkennen.[42] Im Ergebnis zeigt sich, dass es für den Vorschlag der Kommission für ein Provisionsverbot von Maklern bei der Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten gegenüber gebundenen Vertretern **keinerlei Sachgrund** gibt. Die Produkte sind gleich und der gewählte Vertriebsweg verändert diese Produkte nicht. Im Gegenteil, Makler sorgen dafür, dass unterschiedliche Produkte, die auf dem Markt verfügbar sind miteinander verglichen werden. Dieses können gebundene Vertreter nicht leisten, da sie an die Produkte des von ihnen vertreten Unternehmens gebunden sind. Wenn und soweit es aber um dasselbe Produkt desselben Unternehmens geht, spielt die Frage, ob dieses Produkt von einem gebundenen Vertreter oder einem Makler empfohlen wird, keine Rolle. Das heißt, ein Grund, der eine Ungleichbehandlung der Versicherungsmakler gegenüber den Vertretern bei der Vereinbarung der Provision/Courtage rechtfertigen könnte ist nicht erkennbar. Somit würde Art. 30 Abs. 5b RL-E auch gegen Art. 20 GrCh verstoßen.

## X. Die Nichtigkeitsklage – Art. 263 AEUV

Im Vorstehenden wurde gezeigt, dass das von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Provisionsverbot für Versicherungsmakler beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten (Art. 30 Abs. 5b RL-E) aus vielen Gründen mit dem europäischen Recht nicht zu vereinbaren ist. Es beginnt bereits mit der Kompetenzgrundlage (Artt. 62, 53 AEUV). Verletzt ist auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 EUV). Verletzt ist aber auch der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV). Ferner ist das Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs (Art. 119, 120 AEUV) verletzt, ebenso die wirtschaftliche Handlungsfreiheit (Artt. 15/16 GrCh) und das Gebot der Gleichheit (Art. 20 GrCh).

Sollte die Europäische Union trotz der hier vorgetragenen Bedenken an der Einführung von Art. 30 Abs. 5b RL-E festhalten, so wäre der Gerichtshof der Europäischen Union aufgerufen, die Rechtmäßigkeit dieses Gesetzgebungsaktes zu überprüfen (Art. 263 Abs. 1 AEUV). Der EuGH ist für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat oder das Europäische Parlament, der Rat

---

[40] EuGH C – 250/83, Slg. 1985, 132 Rn. 8 *Finsider*; EuGH C – 351/98, Slg. 2002 I-8031 Rn. 57 *Spanien/Kommission*; EuGH C – 462/99, Slg. 2003, I-5197, Rn. 115 *Connect Austria*.
[41] EuGH C – 356/12, ECLI: EU: C: 2014: 350, Rn. 43 *Glatzel*.
[42] EuGH C – 245/81, Slg. 1982, 2745 Rn. 13 *EDEKA*; EuGH C – 273/97, Slg. 1999, I-7403 Rn. 26 *Sirdar*.

oder die Kommission wegen Verletzung der Verträge erhebt. Das stattgebende Urteil des EuGH beseitigt die einem rechtswidrigen Akt bis zu seiner Aufhebung zukommende Geltung[43]. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Bundesrepublik Deutschland die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV beim EuGH mit dem Ziel erheben müsste, den rechtswidrigen Akt (Art. 30 Abs. 5b RL-E) und seine Geltung zu beseitigen. Dazu wäre die Bundesrepublik Deutschland, wie im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Loyalität erörtert, rechtlich verpflichtet.

Darüberhinaus können nach Art. 263 Abs. 4 AEUV natürliche und juristische Personen unter engen Voraussetzungen ebenfalls Klage auf Nichtigkeit vor dem EuGH erheben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sich der Rechtsakt gegen sie unmittelbar und individuell richtet und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zieht. Diese Voraussetzungen sind vorliegend, mit Blick auf Versicherungsmakler, Versicherer oder Kunden nicht gegeben, da sich die Richtlinie, um die es hier gehen würde, nach Art. 288 AEUV an den Mitgliedstaat richtet, also weder eine unmittelbare, noch eine individuelle Wirkung gegenüber betroffenen Personen entfaltet. Zudem müssen Richtlinien von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden, das heißt es sind noch Durchführungsmaßnahmen erforderlich, sodass von einer unmittelbaren Klagebefugnis der hier betroffenen Akteure nicht ausgegangen werden kann[44].

Nach Art. 263 Abs. 6 AEUV muss die Nichtigkeitsklage innerhalb einer Frist von **zwei Monaten** erhoben werden. Die Frist läuft nach Bekanntgabe der betreffenden Handlung. Mit der Bekanntgabe der betreffenden Handlung ist die Veröffentlichung im Amtsblatt der EU gemeint[45]. Nach Art. 50 VerfO-EuGH bzw. Art. 59 VerfO-EuG ist die Klagefrist „vom Ablauf des vierzehnten Tages nach Veröffentlichung der Maßnahme im Amtsblatt der Europäischen Union an“ zu berechnen. Das bedeutet: die Klagefrist beginnt am vierzehnten Tag nach Erscheinen der Richtlinie im Amtsblatt[46]. Bei der Klagefrist handelt es sich um eine **Ausschlussfrist**, mit deren Ablauf das Klagerecht verloren geht. Die Einhaltung dieser Frist wird deshalb von Amts wegen geprüft und unterliegt nicht der Verfügung der Parteien oder der Unionsgerichtsbarkeit[47]. Durch die Gerichtsferien wird der Lauf der Frist nicht gehemmt[48].

---

[43] EuGH C-7/56 u. C-3 bis 7/57, Slg. 1957, 85 126 *Algera u.a./Gemeinsame Versammlung*; EuGH C-137/92 P Slg. 1994, I-2555 Rn. 48 *Kommission/BASF u.a.*
[44] Vertiefend EuG T-172/98 u. T-175 bis 177/98, Slg. 2000, II-2487, Rn. 65f. *Salamander u.a./EP und Rat.*
[45] *Wolfram Cremer* in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV 6. Aufl. 2022 Art. 263 AEUV Rn. 82.
[46] EuGH C-406/01, Slg. 2002, I-4561 Rn. 12, *Deutschland/EP und Rat.*
[47] EuG T-121/96 u. T-151/96, Slg. 1997, II-1355 Rn. 39 *Maas/Kommission;* EuGH C-46/95, Slg. 1997, I-403 Rn. 21 *Coen.*
[48] *Wolfram Cremer* in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV 6. Aufl. 2022 Rn. 80

## XI. Das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV)

Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV erlaubt es, einem nationalen Gericht dem EuGH die Frage vorzulegen, ob eine bestimmte Regelung in einer Richtlinie, die in das nationale Recht umgesetzt wurde, mit dem europäischen Recht zu vereinbaren ist. Sollte die Europäische Union die RL-E mit dem hier vertieft diskutierten Provisionsverbot für Makler (Art. 30 Abs. 5b RL-E) in Kraft setzen und sollte dies von Deutschland in einem nationalen Gesetz umgesetzt werden, so könnten sich Versicherer und Makler auf die Nichtigkeit dieser Regelung berufen und dies in einem Vorabentscheidungsverfahren vor einem nationalen Gericht geltend machen. Das Verfahren würde beispielsweise ausgelöst werden, indem die BaFin eine oder mehrere Versicherer auffordern würde, keine Provision mehr an Makler zu zahlen. Die Unternehmen würden gegenüber der BaFin die Europarechtswidrigkeit eines solchen Provisionsverbots geltend machen und die BaFin würde möglicherweise in einem Verwaltungsakt die Unternehmen verpflichten, auf Courtagevereinbarungen oder Provisionszahlungen, wie sie bis heute üblich sind, an Makler zu verzichten.

Infolgedessen würde vor den Verwaltungsgerichten über die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes der BaFin gestritten werden. Im Rahmen dieses Streits könnte jedes Gericht die Frage, ob das Provisionsverbot mit dem geltenden europäischen Recht im Einklang steht, vorab dem EuGH zur Klärung vorlegen. Spätestens das letztinstanzliche Gericht, dessen Entscheidung in Deutschland selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann, ist zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet (Art. 267 AEUV). Diese Pflicht entsteht immer dann, wenn die Entscheidung des Gerichtes, vor dem das Verfahren in Deutschland schwebt, mit einem innerstaatlichen Rechtsmittel – zum Beispiel der Revision – nicht mehr angefochten werden kann. Umgekehrt ist auch jedes Instanzgericht berechtigt, den EuGH immer dann anzurufen, wenn es eine unionsrechtliche Regelung für ungültig hält.

Letztlich können die Akteure (Versicherer/Makler) Regelungen, die sie für europarechtswidrig halten, auf diese Weise vor den Gerichten überprüfen lassen und dort die Vorlage nach Art. 267 AEUV beantragen. Instanzgerichte müssen diesem Antrag nicht folgen, es sei denn, sie halten eine unionsrechtliche Regelung für **ungültig**. In diesem Falle sind sie verpflichtet, dem EuGH die Gültigkeitsfrage vorzulegen[49]. Auf der Grundlage der hier entwickelten Überlegungen wäre

[49] EuGH 314/85, Slg. 1987, 4199 Rn. 15 *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck;* EuGH C-461/03, Slg. 2005, I-10513, Rn. 17ff. *Gaston Schul Douane-Expediteur/Minister van Landbouw.*

Art. 30 Abs. 5b RL-E mit dem geltenden Unionsrecht aus vielen Gründen nicht zu vereinbaren und folglich ungültig. Aus diesem Grunde wäre bereits das Instanzgericht, das sich zum ersten Mal mit der Streitfrage befassen würde, verpflichtet, diese Frage zur Vorabentscheidung dem EuGH nach Art. 267 AEUV vorzulegen.

**C. Wesentliche Ergebnisse**

1. Art. 30 Abs. 5b der RL-E ist aus einer Vielzahl von Gründen mit dem europäischen Recht nicht zu vereinbaren und folglich ungültig.

2. Die Ungültigkeit kann nur der EuGH feststellen. Denkbar wäre das im Rahmen einer Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV). Diese Klage könnte vom Mitgliedstaat – Bundesrepublik Deutschland – beim EuGH innerhalb einer Frist von ca. zwei Monaten nach Bekanntgabe der endgültigen Richtlinie im Amtsblatt erhoben werden.

3. Daneben besteht die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV). Im Rahmen eines Rechtsstreits, zum Beispiel zwischen der BaFin und einem Versicherer, würde das nationale Gericht dem EuGH die Frage vorlegen, ob Art. 30 Abs. 5b RL-E mit dem geltenden europäischen Recht zu vereinbaren oder ungültig ist.

4. Die Europarechtswidrigkeit von Art. 30 Abs. 5b RL-E ergibt sich aus einer Vielzahl von Gründen. Es fehlt an einer diese Regelung legitimierenden Kompetenzgrundlage, da Artt. 62, 53 AEUV nicht eingreifen. Die geplante Regelung erleichtert nicht die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit für Versicherungsmakler, sondern erschwert sie ganz erheblich.

5. Verletzt ist daneben das Kohärenzprinzip (Art. 7 AEUV) sowie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 EUV).

6. Ferner ist der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) verletzt, ebenso wie der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Artt. 119, 120 AEUV).

7. Schließlich sind die wirtschaftliche Freiheit (Art. 15/16 EU-GrCh) und der Gleichheitssatz (Art. 20 GrCh) verletzt.

8. Im Kern geht es in allen Fällen darum, dass den Maklern durch die Europäische Union bei Vermögensanlageprodukten ein Provisionsverbot auferlegt wird. Ein vergleichbares Provisionsverbot gibt es gegenüber den gebundenen Vertretern nicht.

9. Dies bedeutet, dass Makler in Zukunft bei der Vermittlung von Vermögensanlageprodukten von den Versicherern keine Provision entgegennehmen dürfen, während dies gebundenen Vertretern erlaubt ist.

10. Daraus folgt, dass Makler im Wettbewerb gegenüber gebundenen Vertretern massiv benachteiligt und diskriminiert sind. Sie können Produkte, in denen – wie üblich – die Provision für die Vermittlung in die Prämie einbezogen ist (*Bruttoprämienprinzip*) nicht mehr veräußern, weil sie den Kunden bei der Vermittlung dieser Produkte, die weit über 90% des Gesamtmarktes ausmachen, zusätzlich ein Entgelt für ihre Vermittlungs- und Beratungstätigkeit in Rechnung stellen müssten.

11. Damit sind Makler gegenüber gebundenen Vertretern praktisch nicht mehr wettbewerbsfähig.

12. Die Folge hiervon ist nicht nur eine erhebliche Erschwerung der Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Makler im Europäischen Binnenmarkt, sondern auch eine deutliche Erschwerung des Vertriebs von Versicherungsanlageprodukten im Binnenmarkt, da die Wettbewerbsbedingungen für den Vertrieb dieser Produkte sehr unterschiedlich werden würden.

13. Für die Kunden würde dieses Konzept zu einem erheblichen Nachteil führen. Sie könnten auf den Sachverstand unabhängiger Sachwalter, die in ihrem eigenen Interesse tätig wären, nicht mehr zählen, da sich diese im Wettbewerb gegenüber gebundenen Vertretern nicht mehr behaupten könnten.

14. Die Kunden würden folglich ausgerechnet die Vermittler verlieren, die im Interesse der Kunden für einen umfassenden Marktüberblick und einen Vergleich der Produkte so sorgen, dass die jeweils qualitativ besten Produkte den Kunden empfohlen werden.

15. Da die Makler im Wettbewerb um den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten ausscheiden müssten, würden sie als wesentlicher Treiber eines Wettbewerbs um die besten Produkte wegfallen. Es gäbe nur noch die gebundenen Vertreter, die ihrerseits diesen Wettbewerb gegenseitig nicht realisieren können, da sie an einen bestimmten Anbieter gebunden sind.

16. Zugleich würden die Versicherer einen Teil des Vertriebswegs verlieren, der für sie beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten traditionell sehr wichtig ist. Dafür, dass Versicherer auf die Versicherungsmakler verzichten müssten, gibt es keinerlei Sachgrund.

17. Für die Offenheit und Funktionsfähigkeit der Märkte wäre das Zurückziehen der Makler von großem Nachteil, weil die Anpassung der Produktmerkmale an die jeweils besten Produkte letztlich über die Makler getrieben wird, denn sie sind der verlängerte Arm und das Sprachrohr der Kunden.

18. Eine vergleichbare Funktion können gebundene Vertreter nicht erfüllen, da sie aufgrund ihrer Bindung an einen oder mehrere Produktgeber einen Wettbewerb um Produkte im Gesamtmarkt nicht entfalten – andernfalls würden sie sich selbst schaden.

19. Dies zeigt, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs um Versicherungsanlageprodukte im Interesse der Kunden nur gewährleistet ist, wenn Makler bei ihrer Honorierung gegenüber gebundenen Vertretern nicht benachteiligt und diskriminiert werden.

20. Aus diesen Gründen ist Art. 30 Abs. 5b RL-E mit dem europäischen Recht nicht zu vereinbaren und folglich ungültig. Es wird empfohlen, die Regelung ersatzlos zu streichen.

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

HU Berlin | Juristische Fakultät | Prof. Dr. H.-P. Schwintowski | 12159 Berlin

**Juristische Fakultät**

Professur für Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

EWeRK
Institut für Wettbewerbs- und Energierecht e.V. (EWeRK) –

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

# Nachtrag zum Rechtsgutachten über Art. 30 Abs. 5b des Vorschlags zur Änderung der RL(EU)2016/97IDD über den Versicherungsvertrieb COM(2023)279 final vom 24.05.2023

**Datum:**
19. September 2023

**Sekretariat:**
Joschka von Polenz

**Postanschrift:**
Humboldt-Universität zu Berlin
Sarrazinstraße 11-15
12159 Berlin
Telefon +49 [30]857 57 79-10
Telefax +49 [30]857 57 79-20

schwinhp@hu-berlin.de

www.ewerk.hu-berlin.de

**Sitz:**
Sarrazinstraße 11-15
12159 Berlin

**Ergänzende (nachträgliche) Erwägungen**

1. Das von mir am 04.07.2023 vorgelegte Rechtsgutachten zur Neueinführung von Art. 30 Abs. 5b IDD kommt zu dem Ergebnis, dass Art. 30 Abs. 5b RL-E mit dem europäischen Recht nicht zu vereinbaren und folglich ungültig ist. Es wird deshalb empfohlen, die Regelung ersatzlos zu streichen.

   **An dieser Empfehlung wird nach wie vor festgehalten, da sie der Rechtslage entspricht und die größte Rechtssicherheit vermittelt.**

2. Für den Fall, dass sich das Europäische Parlament und der Rat zu einer völligen Streichung von Art. 30 Abs. 5b RL-E nicht entschließen können, müsste zunächst einmal ein **redaktioneller Fehler** in der deutschen Richtlinien-Version berichtigt werden. Es heißt dort auf der Seite 97, dass „die Beratung **ungebunden** erfolgt". Tatsächlich aber muss es, wie der Vergleich zu den Erwägungsgründen insbesondere auf Seite 19 zeigt, nicht „ungebunden" sondern „**unabhängig**" heißen. Auch in anderen Sprachfassungen des Richtlinienentwurfs, etwa der englischen oder der italienischen, französischen Version ist immer vom Begriff unabhängig und niemals vom Begriff ungebunden die Rede. Der Begriff ungebunden ergibt in dem Zusammenhang mit dem Ziel und Zweck der Regelung auch keinen Sinn.

3. Nach Korrektur des Begriffs „ungebunden" in der deutschen Sprachfassung müsste schließlich klargestellt werden, dass der Makler für seine Beratung eine Provision verlangen darf, wenn er den Kunden ausdrücklich darauf hinweist, dass diese Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist. Auf diese Weise werden die Kunden gemäß den geltenden Transparenzregeln über die entsprechenden Anreize informiert, das heißt sie erfahren, ob die Vergütung direkt von ihnen zu zahlen ist, oder als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist. Ist die Provision in der Versicherungsprämie enthalten, so wissen die Kunden, dass sie die letztlich von

ihnen geschuldete Vergütung über den Versicherer an den Makler auskehren. Eine solche Information ändert umgekehrt nichts daran, dass der Makler als Sachwalter des Kunden unabhängig ist, weil er für diesen unter einer Vielzahl von Versicherern und Versicherungen das Produkt auswählt, das die Interessen des Kunden bestmöglich erfüllt.

4. Hiervon ausgehend müsste der Text in der deutschen Sprachfassung des Richtlinien-Entwurfs an zwei Stellen ergänzt werden:
   a. Seite 19 Abs. 1 (von oben): Ergänzt werden müsste der Satz: „ein solches Verbot sollte Versicherungsvermittler jedoch nicht davon abhalten, Beratung anzubieten, für die sie Anreize erhalten haben, sofern die Kunden gemäß den geltenden Transparenzregeln über die entsprechenden Anreize, **etwa durch den Hinweis, dass die Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist,** informiert werden.“

      Durch diesen hier fett gedruckten Hinweis wird klargestellt, dass Makler eine Provision nehmen dürfen, wenn sie darauf hinweisen, dass diese als Vergütung in der Versicherungsprämie enthalten ist.
   b. Aus den gleichen Gründen müsste der Erwägungsgrund 5 leicht umformuliert werden und zwar im zweiten Satz. Dieser Satz sollte wie folgt lauten: „*Diese Vorschrift sollte Versicherungsvermittler, die ihren Kunden Beratung anbieten, nicht daran hindern, Anreize zu akzeptieren, sofern die Kunden im Einklang mit den geltenden Transparenzanforderungen über die Anreize,* ***etwa durch den Hinweis, dass die Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist****, informiert werden und andere rechtliche Anforderungen, einschließlich der Verpflichtung, im besten Interesse des Kunden zu handeln, eingehalten werden.*“

      Durch diese Ergänzung, die inhaltsgleich ist zu derjenigen auf Seite 19, wird klargestellt, dass ein Makler, der die Kunden transparent

darüber informiert, dass seine Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist, diese berechtigterweise vom Versicherer verlangen kann. Ein Makler, der in dieser Weise informiert, darf darauf hinweisen, dass er **unabhängig** ist. Dies entspricht seiner Rechtsstellung als Sachwalter des Kunden, der ausschließlich von diesem und nicht von einem Versicherer betraut ist.

5. Diese redaktionellen Veränderungen und Klarstellungen würden die wettbewerbliche Schlechterstellung gegenüber dem gebundenen Handelsvertreter aufheben und damit das wettbewerbliche Gleichgewicht auf den Märkten für die Versicherungsvermittlung wiederherstellen. Zugleich würde eine solche Klarstellung den Makler nicht zwingen, sich selbst als abhängig gegenüber dem Kunden zu bezeichnen. Es würde genügen, dass der Makler gegenüber dem Kunden – wie bisher – erklärt, dass er jedenfalls nicht von einem Versicherer mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen betraut wurde, sondern stattdessen ausschließlich für den Versicherungsnehmer als Sachwalter tätig wird.

   Zugleich wird der Makler auf diese Weise angemessen gegenüber dem **unabhängigen Honorarberater** (§ 59 Abs. 4 VVG) abgegrenzt.

   Für den Kunden würde eine solche Klarstellung volle Transparenz darüber herstellen, dass die von ihm geschuldete Vergütung als Provision in der Versicherungsprämie enthalten ist und über den Versicherer an den Makler ausgekehrt wird. Ein Nachteil liegt hierin für den Kunden nicht.

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski