Versicherungswissenschaft in Berlin **46**

Berliner Reihe

Christian Schafstädt

Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt

Eine rechtsvergleichende und -ökonomische Analyse

vvw.de

Dr. Christian Schafstädt

Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt

Eine rechtsvergleichende und -ökonomische Analyse

Versicherungswissenschaft in Berlin

Schriftenreihe des Vereins zur Förderung der Versicherungswissenschaft an der Freien Universität Berlin, der Humboldt-Universität zu Berlin und der Technischen Universität Berlin e.V.

Band 46

Herausgeber Prof. Dr. Christian Armbrüster
Prof. Dr. Horst Baumann
Prof. Dr. Helmut Gründl
Prof. Dr. Helmut Schirmer
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Wolfgang Zschockelt (†)

Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt

Eine rechtsvergleichende und -ökonomische Analyse

Dr. Christian Schafstädt

vvw.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detallierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

– zugl. Dissertation der Humboldt-Universität zu Berlin, 2014 –

© 2015 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2015 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 0943-9609
ISBN 978-3-89952-913-5

Für Linda

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, der nicht nur das Thema anregte, sondern auch die Dissertation mit größter Hilfsbereitschaft betreute, stets für einen konstruktiven Gedankenaustausch zur Verfügung stand und mit seinen wertvollen Anregungen den Fortgang der Arbeit gefördert hat. Prof. Dr. Harald Koch danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu großem Dank bin ich auch dem Berliner Verein zur Förderung der Versicherungswissenschaften an der Freien Universität, der Humboldt-Universität zu Berlin und der Technischen Universität zu Berlin e. V. verpflichtet, der mir ein Stipendium gewährte und die Veröffentlichung zudem mit einem Druckkostenzuschuss gefördert hat. Ohne die Hilfe des Vereins und die daraus resultierenden Freiheiten wäre mir die Anfertigung der Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen.

Bei den Herausgebern der Berliner Reihe bedanke ich mich für die Aufnahme dieser Arbeit in diese Schriftenreihe. Maria Pustlauck, LL.M., und Dr. Mirko Sauer danke ich für das kritische Lesen der Arbeit und die hilfreichen fachlichen Anregungen.

Meinen Eltern danke ich für die fortwährende Unterstützung in jeder Hinsicht, sie haben mir vieles auf meinem Weg hin zu dieser Arbeit ermöglicht. Mein ganz besonderer Dank gilt meiner Verlobten, Dr. Linda Kurta, die in jeder Phase der Arbeit zu mir gestanden und mich stetig motiviert hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet. Ihre immerwährende Geduld und ihr Rückhalt haben die Fertigstellung dieser Arbeit erst ermöglicht.

Berlin, im Oktober 2015 Christian Schafstädt

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung 1

A. Gegenstand der Arbeit 1

B. Gang der Untersuchung..... 8

Kapitel 2: Rechtstatsachen..... 11

A. Begriff der Marktabgrenzung..... 13

B. Versicherungsproduktmarkt 14

I. Sachliche Marktabgrenzung des Versicherungsproduktmarktes ... 15

1. Das Versicherungsprodukt als Dienstleistung 17

a. Definition des Dienstleistungsbegriffs 18

aa. Definition nach Prozessabschnitten..... 19

bb. Definition mittels Leistungstypologie 21

cc. Zwischenergebnis..... 23

b. Dienstleistungseigenschaft des Versicherungsprodukts 23

2. Das Versicherungsprodukt als Rechtsprodukt..... 25

3. Das Versicherungsprodukt als Erfahrungs- und Vertrauensgut.. 26

4. Komplexität und Erklärungsbedürftigkeit 28

5. Zwischenergebnis..... 29

II. Räumliche Marktabgrenzung 30

III. Persönliche Marktabgrenzung..... 31

IV. Zusammenfassung..... 31

C. Versicherungsvermittlermarkt..... 32

I. Sachliche Marktabgrenzung..... 32

1. Die Vermittlerleistung als Dienstleistung..... 34

2. Die Vermittlerleistung als Erfahrungs- und Vertrauensgut 35

3. Die Vermittlerleistung als Kontraktgut 36

4. Zwischenergebnis..... 37

II. Räumliche Marktabgrenzung 37

III. Persönliche Marktabgrenzung..... 37

IV. Zusammenfassung..... 39

D. Versicherungsberatermarkt 40

E. Zusammenfassung Kapitel 2 41

Kapitel 3: Rechtliche Rahmenbedingungen 43

A. Rechtliche Grundlagen der Vergütungen 44
I. Die klassische Vergütung mittels Provision und Courtage..... 45
1. Die Vergütung des Versicherungsvertreters 46
2. Die Vergütung des Versicherungsmaklers 48
a. Anspruch gemäß § 99 HGB 50
b. Anspruch aufgrund von Gewohnheitsrecht und Handelsbrauch..... 51
aa. Anspruch aufgrund Gewohnheitsrecht 52
bb. Anspruch aufgrund Handelsbrauch 53
c. Anspruch aufgrund Vertrag 54
d. Zusammenfassung 55
3. Schicksalsteilungsgrundsatz 56
4. Vergütung mittels Provision und Courtage 57
a. Erfolgsabhängigkeit..... 58
b. Einberechnung in die Versicherungsprämie 58
c. Arten der Provision und Courtage 59
d. Provisions- und Courtagehöhe..... 62
aa. Beenken-Studie 2011 und Beenken/Radtke-Studie 2015 62
bb. Einzelne Durchschnittswerte 65
cc. Provisionsdeckelung 66
dd. Provisionen an Vergleichsportale..... 67
ee. Zwischenergebnis..... 68
e. Zillmerung in der Lebensversicherung 69
f. Zusammenfassung 71
5. Herausgabepflicht gemäß § 667 BGB 72
a. Voraussetzungen 72
b. Ausschluss von § 667 BGB 74
aa. Ausschluss durch Handelsbrauch 75
bb. Ausschluss durch Verkehrssitte..... 76
cc. Ausschluss gemäß § 242 BGB 78
c. Zusammenfassung 79
6. Anwendung der Kick-Back-Rechtsprechung auf den Versicherungsvermittler 80
a. § 31d WpHG 81
b. Kick-Back-Rechtsprechung..... 82
c. Anwendung auf den Versicherungsvermittler 83
aa. Anwendbarkeit von § 31d WpHG 83

bb. Übertragbarkeit der Kick-Back-Rechtsprechung 85
d. Zusammenfassung 86
7. Provisionsabgabeverbot 86
a. Historische Begründung des Provisionsabgabeverbots 86
b. VAG-Novelle 1994 88
c. Rechtsprechung 89
aa. Zivilrechtliche Rechtsprechung 89
bb. Rechtsprechung des EuGH 90
cc. Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung 91
d. Zwischenergebnis 92
8. Zusammenfassung 93
II. Vergütungsbezogene Regelungen in der GewO 96
1. Entgeltliche Beratung von Verbrauchern durch den Versicherungsmakler 97
a. Beratungstätigkeit des Versicherungsmaklers unter dem RBerG 99
aa. Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten 100
bb. Zulässigkeit gemäß Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG 101
cc. Anwendbarkeit auf den Versicherungsmakler 102
b. Beratungstätigkeit des Versicherungsmaklers unter dem RDG 104
aa. Erlaubnispflicht 104
bb. Ausnahme gemäß § 5 Abs. 1 RDG 105
cc. Anwendung auf den Versicherungsmakler 106
(1.) Beratung des Maklers als Rechtsdienstleistung 106
(2.) Zulässigkeit gemäß § 5 Abs. 1 RDG 108
c. Zwischenergebnis 110
2. Provisionsannahmeverbot für den Versicherungsberater 110
3. Zusammenfassung 115

B. Vergütungsvarianten 115
I. Honorarvermittlung 116
1. Begriff der Nettopolice 116
2. Vermittlung einer Nettopolice durch den Versicherungsmakler 117
3. Vermittlung einer Nettopolice durch den Versicherungsvertreter 118
4. § 667 BGB und Provisionsabgabeverbot 121
5. Zusammenfassung 124

II. Kostenausgleichsvereinbarung 125
1. Ansichten der Rechtsprechung 125
2. Ansichten der Literatur 128
3. Urteil des BGH vom 12. März 2014 128
4. Zwischenergebnis 129

C. Zusammenfassung Kapitel 3 130

Kapitel 4: Regulierungsvorhaben 135

A. Berufsbild des Honorarberaters 136

B. Honoraranlageberatungsgesetz 136

C. LVRG-Entwurf 137

D. IMD-2-Reformvorhaben/IDD 140
I. IMD-2-Entwurf der Kommission 141
II. IMD-2-Entwurf in der Parlamentsfassung 142
III. MiFID 2/IMD 1.5 143
IV. IDD 145

E. Zusammenfassung Kapitel 4 146

Kapitel 5: Ökonomische Analyse 149

A. Neoklassische Betrachtung 153
I. Grundannahmen 153
1. Das Modell des Homo oeconomicus 153
2. Ressourcenknappheit 155
3. Effizienzkriterium 155
4. Marktkoordination und Marktversagen 156
5. Zusammenfassung 158
II. Anwendung auf den Versicherungsmarkt 159
1. Versicherungsproduktmarkt 159
a. Funktion des Versicherungsproduktes 161
b. Die Prämie als Preis 162
c. Nachfragerentscheidung 163
aa. Bedarf 165
bb. Beispiel der Lebensversicherung 166
d. Zusammenfassung 167
2. Betrachtung der Vermittlerdienstleistung 169
III. Zusammenfassung 171

B. Neue Institutionenökonomik 173

I. Grundannahmen der Neuen Institutionenökonomik 176
1. Begrenzte Rationalität 177
a. Informationsaufnahmekapazität 178
b. Gegenwartspräferenz und Risikoeinschätzung 179
c. Preis 180
d. Unsicherheit 181
e. Neuro- und verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse 182
f. Zusammenfassung 184
2. Opportunismus 185
3. Informationsasymmetrie 186
4. Transaktionskosten 186
5. Zusammenfassung 187
II. Transaktionskostentheoretische Betrachtung 188
1. Der Vermittlermarkt als Informationsmarkt 190
a. Der Versicherungsnachfrager auf dem Vermittlermarkt 192
aa. Beschränkte Rationalität des Versicherungsnachfragers 193
bb. Empirische Ergebnisse 196
cc. Zwischenergebnis 200
b. Versicherungsvermittler und Vermittlerdienstleistung 201
c. Kosten 205
d. Zusammenfassung 209
2. Die Vergütung des Versicherungsvermittlers 210
a. Provisions- und courtagebasierte Vergütung und Transaktionskosten 211
aa. Fehlender Einfluss auf die Kostenhöhe 211
bb. Opportunismus des Versicherungsnachfragers 213
cc. Zwischenergebnis 215
b. Honorarbasierte Vergütung und Transaktionskosten 216
aa. Gravelle 217
bb. Hofmann/Nell 217
cc. Höckmayr 220
dd. Zwischenergebnis 221
3. Zusammenfassung 222
III. Prinzipal-Agent-Beziehung 225
1. Grundlagen der Prinzipal-Agent-Beziehung 226
a. Hidden intention 227

b. Hidden action 228
c. Hidden characteristics 229
2. Die Prinzipal-Agent-Beziehung im Rahmen der Versicherungsvermittlung 231
a. Die provisions- und courtagebasierte Vergütung in der Prinzipal-Agent-Beziehung 233
aa. Vergütungsinduzierter Interessenkonflikt 233
(1.) Provision und Courtage als Vergütung aus Sicht der Versicherer 234
(aa.) Provision und Courtage 234
(bb.) Provisions- und courtagebasierte Vergütung als Anreizsystem 236
(cc.) Zwischenergebnis 239
(2.) Interessenkonflikt 240
(3.) Zusammenfassung 245
bb. Überwindung des vergütungsinduzierten Interessenkonflikts 246
(1.) Offenlegung der Vergütung 247
(aa.) Beschränkte Aussagekraft 247
(bb.) Auswirkungen einer Offenlegungspflicht nach Beenken und Radtke 248
(cc.) Zwischenergebnis 250
(2.) Honorarbasierte Vergütung 250
(aa.) Vergütungsmodelle 251
(bb.) Überwindung des Interessenkonflikts aus der provisions- und courtagebasierten Vergütung 252
(cc.) Interessenkonflikt im Rahmen der honorarbasierten Vergütung 254
(dd.) Auswirkungen auf den Versicherungsvermittlermarkt 255
(ee.) Zwischenergebnis 257
cc. Zusammenfassung 258
b. Vergütung und Beratungsqualität 260
aa. Qualitätsbegriff 260
bb. Begriff der Beratungsqualität 261
cc. Auswirkung des Vergütungssystems auf die Beratungsqualität 262
(1.) Untersuchung von Höckmayr 263

(2.) Nachweisbare Unterschiede in der Beratungsqualität ... 266
(aa.) Untersuchung von Kurland ... 266
(bb.) Ritzerfeld/Schwanekamp/Beenken ... 267
(3.) Zwischenergebnis ... 268
3. Zusammenfassung ... 271

C. Vermittlerdienstleistung und Versicherungsprodukt als Komplementärgüter ... 272
I. Honorarbasierte Vergütung: Akzeptanz und Angebot ... 273
1. Empirische Ergebnisse zur Akzeptanz der honorarbasierten Vergütung ... 274
2. Honorarhöhe der angebotenen honorarbasierten Beratung ... 277
3. Zwischenergebnis ... 278
II. Folgen für den Versicherungsproduktmarkt ... 279
III. Zusammenfassung ... 281

D. Meritorisches Gut ... 281

E. Zusammenfassung Kapitel 5 ... 287

Kapitel 6: Rechtsvergleich ... 297

A. Einleitung ... 297

B. Großbritannien ... 299
I. Förderung der Honorarberatung durch die Finanzaufsicht ... 300
III. Retail Distribution Review (RDR) ... 301
III. Auswirkungen der Regulierung auf den Markt ... 304

C Niederlande ... 306
I. Offenlegungspflicht und Vorgaben für die Provisionsaufteilung ... 306
II. Provisionsverbot ... 307
III. Marktübersicht ... 308

D. Skandinavien ... 309
I. Finnland ... 310
1. Courtageverbot für den Makler ... 311
2. Auswirkungen der Regulierung auf den Markt ... 314
II. Dänemark ... 317
1. Courtageverbot für Versicherungsmakler ... 317

2. Auswirkung der Regulierung auf den Markt 319
III. Schweden 320
1. Offenlegungspflicht für die Versicherungsvermittler 321
2. Interesse an Provisions-/Courtageverbot 322
3. Marktübersicht 323
IV. Norwegen 323
1. Versicherungsvermittlungsgesetz von 2005 324
2. Einführung eines Courtageverbots für Versicherungsmakler in 2008 325

E. Schweiz 326
I. Geltende Rechtslage 326
II. Rechtsprechung des Bundesgerichts 328
III. Erstentwurf der Totalrevision 329
IV. Geänderte Entwurfsfassung 330
1. Offenlegungspflicht für Versicherungsmakler 331
2. Verbot von volumen-, wachstums- und schadenabhängigen Zusatzentschädigungen 332
3. Keine Offenlegungspflicht für Agenten und Agentinnen 332

F. Österreich 333

G. Zusammenfassung Kapitel 6 334

Kapitel 7: Rechtliche Analyse 339

A. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Implikationen der Abschaffung des provisions- und courtagebasierten Vergütungssystems 339
I. Vereinbarkeit mit europäischem Recht 340
1. Entgegenstehendes Sekundärrecht 340
2. Vereinbarkeit mit Artt. 56 ff. AEUV 341
a. Eröffnung des Anwendungsbereichs 342
b. Rechtfertigung 344
aa. Begriff des Verbrauchers 345
bb. Schutzumfang 347
(1.) Harmonisierung durch IDD 348
(2.) Vorwirkung der MiFID 2 348
(3.) Vorwirkung des IDD-Entwurfs 350
cc. Verbot der provisions- und courtagebasierten Vergütung als verbraucherschützende Regelung 351
II. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz 353

1. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG 353
a. Schutzbereichseröffnung 354
b. Eingriff 354
c. Rechtfertigung 355
aa. Die Regelung der Vergütung als Berufsausübungsregelung 355
bb. Verhältnismäßigkeit 356
(1.) Geeignetheit 356
(2.) Erforderlichkeit 357
(aa.) Offenlegungspflicht als Regelungsvariante 358
(bb.) Courtageverbot für den Versicherungsmakler als Regelungsvariante 364
(cc.) Einführung der honorarbasierten Vergütung neben der provisions- und courtagebasierten Vergütung als Regelungsvariante 370
(dd.) Österreichische Lösung als Regelungsvariante 371
(ee.) Vermittlungsbefugnis für den Versicherungsberater 372
2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG 379
a. Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 GG 380
b. Ungleichbehandlung des Versicherungsmaklers durch Courtageverbot 381
c. Ungleichbehandlung des Versicherungsvertreters durch Provisionsverbot und Offenlegungspflicht 382
III. Zusammenfassung 384

B. Versicherungsberater mit Vermittlungsbefugnis 386
I. Anspruch auf Einführung der Nettopolice 386
1. Anspruch auf die Nettopolice aus EU-Recht 387
2. Anspruch auf die Nettopolice nach dem Grundgesetz 390
3. Anspruch aus dem GWB 393
4. Notwendigkeit der Nettopolice aus versicherungssteuerrechtlicher Sicht 395
a. Grundlagen 395
b. Umgehung der Versicherungssteuer durch Nettoisierung 396
5. Ergebnis 398
II. Zulässigkeit einer Gebührenordnung 398
III. Aufhebung des Provisionsabgabeverbots 402
IV. Steuerrechtliche Aspekte 406

1. Umsatzsteuerfreiheit gemäß § 4 Nr. 11 UStG 407
2. Umsatzsteuerfreiheit der entgeltlichen Beratung nach § 34d Abs. 1 Satz 4 GewO 408
3. Umsatzsteuerfreiheit der Honorarvermittlung 410
4. Zusammenfassung 411

C. Zusammenfassung Kapitel 7 412

Kapitel 8: Gesamtwürdigung 415

Literaturverzeichnis 421

Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung

A. Gegenstand der Arbeit

Der Mensch ist in seinem Leben vielen Risiken und Veränderungen ausgesetzt. Er kann bei Schadensverursachung in die Gefahr einer existenzbedrohenden Haftung geraten. Sein eigenes Eigentum könnte bei einem Unglück zerstört werden. Krankheit und altersbedingte körperliche Veränderungen können ihn treffen. Da der Staat die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung kontinuierlich senkt, wird auch die private Altersvorsorge für ihn immer wichtiger, weil ihm ohne diese Vorsorge Altersarmut drohen kann. Dies deshalb, weil sich mit der staatlichen Rente der im Laufe der Erwerbsjahre erarbeitete Lebensstandard kaum mehr halten lässt, so dass der Einzelne verstärkt privat vorsorgen muss.[1] In all diesen beispielhaft aufgezählten und nicht abschließend erfassten Fällen kann der Mensch auf Versicherungsprodukte zurückgreifen, die diese Risiken für ihn abdecken und mit denen er Vorsorge betreiben kann.

Oftmals erkennt er dabei als Versicherungsnehmer aber erst im Schadensfall, ob er das richtige Versicherungsprodukt mit dem passenden Versicherungsschutz erworben hat. Zudem kann er im Vorfeld des Erwerbs des Produktes oft nicht richtig einschätzen, welches Maß an Schutz er tatsächlich benötigt. Gleiches gilt für den Fall, dass er nicht nur seine Risiken absichern möchte, sondern mittels einer Versicherung auch für seine Altersvorsorge aktiv werden will. Welchen Bedarf er im Alter haben wird und welcher in jedem Fall gedeckt sein sollte, ob es ein passendes Versicherungsprodukt für ihn gibt und welches das sein soll, diese Fragen kann er ohne die erforderlichen Kenntnisse nicht ohne Weiteres zutreffend beantworten. Auf dem Versicherungsmarkt herrscht daher auf Seiten der Verbraucher ein Beratungsbedarf, der in der Folge die Frage der Vergütung eben dieser Beratung relevant werden lässt. Die im Jahr 1994 unternommene Deregulierung[2] des Versicherungsmarktes hat diesen Beratungsbe-

---

1 *Nguyen/Romeike,* S. 167.

2 Mit den sogenannten Dritten Richtlinien (Richtlinie 92/49/EWG vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) – Dritte Richtlinie Schadenversicherung – ABl. EG Nr. L 228 S. 1 sowie Richtlinie 92/96/EWG vom 10. November 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung)- Dritte Richtlinie Lebensversicherung – ABl. EG Nr. L 360 S. 1-27, umgesetzt durch

darf weiter verstärkt.[3] Zuvor wurde durch eine Vorabgenehmigung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) die Marktransparenz gewährleistet, die durch die Deregulierung weggefallen ist.[4] Nicht nur die Vielfalt von Versicherungsprodukten in einem Spartenbereich stellt für den durchschnittlichen Kunden eine kaum zu bewältigende Unübersichtlichkeit dar. Auch die Komplexität des einzelnen Versicherungsproduktes lässt den Kunden an die Grenzen seiner Fähigkeiten zur Informationsbewältigung stoßen.[5] Der „simple" Produktvergleich von Versicherungsprodukten verschiedener Anbieter in einer Versicherungssparte bedeutet für ihn die Bestimmung der einzelnen Leistungsunterschiede der Produkte anhand der AVB, wobei die finanziellen Auswirkungen der einzelnen AVB-Bestandteile für ihn zumeist nicht erkennbar und nachvollziehbar sind.[6]

Der Versicherungsnehmer hat demnach nicht die erforderliche Sachkunde sowie nicht den notwendigen ausreichenden Marktüberblick im Bereich der Versicherungsprodukte, so dass er ohne Hilfe eines ihn beratenden Dritten gegebenenfalls ein nicht bedarfsgerechtes Produkt wählen oder im Extremfall gänzlich auf einen Erwerb verzichten wird. Er benötigt beim Erwerb eines Versicherungsproduktes eine Beratung.[7] Mit der Deregulierung des Versicherungsmarktes im Hinblick auf die Versicherungsprodukte gelangten die Beratung und die Marktteilnehmer, welche diese Beratung anbieten, stärker in den Fokus, wodurch eine Regulierung eben des Bereiches der Versicherungsvermittlung geboten erschien.[8]

---

das Dritte Durchführungsgesetz/EWG zum VAG vom 21. Juli 1994, BGBl. I S. 1630, 3134) wurde die bis dahin durchgeführte präventive Kontrolle der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und der Tarife durch das BAV abgeschafft. Die Dritte Richtlinie 92/96/EWG wurde durch die Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Lebensversicherungen (Abl. Nr. L 345 vom 19.12.2002, S. 1- 51) mit Wirkung zum 5. November 2002 (Anhang V Teil A der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Lebensversicherungen, Abl. Nr. L 345 vom 19.12.2002, S. 1 (45)) ersetzt. Das BAV hatte bis zu diesem Zeitpunkt auf die Formulierung von Musterbedingungen hinwirken können, welche von allen Versicherern zu übernehmen waren (vgl. hierzu *Schwintowski*, Recht und Markt, S. 63 ff.). Der zur Begründung angeführte Grundsatz der Einheitlichkeit der AVB sollte Marktransparenz gewährleisten (a.a.O., S. 162 ff). Ein Informationsverlangen auf Seiten der Verbraucher konnte daher allenfalls den Preis betreffen (*Farn*y, VW 1989, S. 1470 (1474)).

3 *Rehberg*, S. 66 ff. *Taupitz* spricht in diesem Zusammenhang auch von der „Ohnmacht der Verbraucher" in: *Taupitz*, VersR 1995, S. 1125 (1126).

4 *Hohlfeld*, VersR 1993, S. 144 (145).

5 *Schiller*, ZVersWiss 2011, S. 113 (117).

6 *Rehberg,* S. 48 f.

7 *Römer*, VersR 1998, S. 1313 (1317); *Müller*, VW 2003. S. 98 (99).

8 *Traub*, S. 174 f.

Der Versicherer kann sich, um dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit einer Beratung zu bieten, verschiedener Wege bedienen. Ihn selbst trifft im Rahmen des Vertriebs seiner Versicherungsprodukte zunächst eine umfassende Informationspflicht gem. § 7 VVG sowie eine anlassbezogene Beratungspflicht gem. § 6 Abs. 1 VVG, die während der gesamten Vertragslaufzeit gilt.[9] Das Versicherungsunternehmen kann sich beim Vertrieb seiner Produkte auch unternehmenseigener oder selbstständiger Absatzorgane bedienen, welche dann die Informations- und Beratungsleistung gegenüber dem Versicherungsnehmer erbringen. Unternehmenseigene Absatzorgane können zum einen in der Zentrale des Unternehmens selbst eingerichtet sein, zum anderen über dezentrale Absatzstellen in Filialen oder auch angestellte Mitarbeiter.[10] Dabei treten jeweils fixe Personalkosten auf, insbesondere werden die unternehmenseigenen Absatzstellen und angestellte Mitarbeiter als Absatzorgane im Außendienst vor allem fix vergütet,[11] weshalb sie in der nachfolgenden Untersuchung nicht näher berücksichtigt werden. Demgegenüber werden selbstständige Vermittler durch Provisionen oder Courtagen überwiegend erfolgsabhängig vergütet, so dass die Fixkostenlast des Versicherungsunternehmens wegfällt.[12] Im Jahr 2011 beispielsweise waren 41.800 Mitarbeiter im Außendienst angestellt, welchen 257.795 selbstständige Versicherungsvermittler und -berater gegenüberstanden.[13] Die Versicherungsunternehmen setzen hiernach verstärkt auf den Einsatz selbstständiger Vermittler im Rahmen ihres Vertriebs.

Gerade die Verknüpfung der Vergütung mit dem Vermittlungserfolg, insbesondere auch die Abhängigkeit der Höhe der Vergütung von der vermittelten Prämienhöhe, und die Vergütungsherkunft vom Versicherer sind in die Kritik geraten. Durch die Skandale um den Strukturvertrieb der MEG-AG[14] oder die Ergo[15] haben die Versicherungsbranche und vor allem die

---

9 *Farny,* S. 699.

10 A.a.O., S. 747 f.

11 A.a.O., S. 777.

12 *Kutz,* S. 33.

13 *GDV*, Jahrbuch 2012, S. 18, abrufbar unter: http://jahrbuch.gdv.de/GDV-Jahrbuch2012.pdf. Siehe auch: *Köhne*, Performance, S. 1.

14 Die MEG-AG war ein als Makler tätiger Strukturvertrieb, welcher private Krankenversicherungen vermittelte, und hierzu hohe Provisionsvorschüsse erhielt. Durch den Dokumentarfilm „Versicherungsvertreter“ und die hierauf basierende Reportage „System Größenwahn – Mehmet Göker und die Geschäfte der Versicherer“ wurde ein Bild des Vertriebes gezeichnet, der vor allem das eigene wirtschaftliche Vorankommen der Vermittler als deren Ziel offenbarte und den Verkauf in den Mittelpunkt stellte. Siehe hierzu: *Schmitt,* Handelsblatt vom 22.02.2013, abrufbar unter: http://www.handelsblatt.com/finanzen/vorsorge-versiche

Vermittler im Rahmen des Vertriebs an Ansehen eingebüßt. Die Provisionsexzesse zum Beispiel beim Vertrieb von Policen in der Privaten Krankenversicherung, welche unter anderem zu dem Phänomen der Umdeckungen – dem provisionsgebundenen Wechsel vom Versicherer A zum Versicherer B, welcher in diesem Fall eigentlich nur dem Vermittler nutzte – führte, stellten ein Problem dar, bei welchem sich die Versicherungsbranche außerstande sah, es selbst zu lösen. Sie forderte daher Regulierungsmaßnahmen durch den Gesetzgeber ein.

Den deutschen Verbrauchern sollen nach einer Studie durch solche, vor allem vergütungsinduzierte Fehlberatungen jedes Jahr Verluste in Höhe von 20 bis 30 Mrd. € entstehen,[16] wobei allerdings die Berechnung dieses Verlustbetrages nicht weiter dargelegt wird.[17] Nach einer anderen Studie sollen die deutschen Verbraucher zwischen 2001 und 2010 finanzielle Verluste in Höhe von 100 und 160 Mrd. € durch Fehlberatungen im Bereich der Kapitallebens- und der Rentenversicherung erlitten haben, insbesondere durch den Umstand, dass 75 % aller Verträge mit einer Laufzeit von 30 Jahren und 55 % aller Verträge mit einer Laufzeit von 20 Jahren vor Vertragsende gekündigt wurden.[18]

Der Verbraucher befindet sich hiernach in einer für ihn schwierigen Situation. Er benötigt auf der einen Seite Versicherungsschutz und Produkte zur Altersvorsorge, die durch ein Versicherungsprodukt geleistet werden kann. Um diese zu erhalten, wendet er sich an den Vermittler, der den bedarfsgerechten Schutz für ihn finden soll, gegebenenfalls auch neue Bedarfsfelder aufdeckt und ihn dann schließlich mit dem passenden Produkt versorgt. Er

---

rung/nachrichten/doku-versicherungsvertreter-mehmet-goeker-und-das-schweigen-der-versicherer/7817966.html; Reportage des hr-Fernsehens „System Größenwahn – Mehmet Göker und die Geschäfte der Versicherer“, abrufbar unter: http://www.ardmediathek.de/hr-fernsehen/geschichten-aus-hessen/system-groessenwahn-meh met-goeker-und-die-geschaefte-der?documentId=12311696.

15 Die Vertriebsorganisation HMI der Ergo hatte im Jahr 2007 100 ihrer besten Vertreter zu einer Party nach Budapest eingeladen, bei welcher Prostituierte ihre Dienste anboten: *Iwersen*, Handelsblatt vom 18.05.2011, abrufbar unter: http://www.handelsblatt.com/unternehmen/versicherungen/mordsspass-rauschende-sex-party-bei-der-ergo-versicherung/4191768.html. Auch sollen Vertreter der Ergo betriebliche Altersvorsorgeverträge zum Nachteil von Arbeitnehmern abgeschlossen haben, um höhere Provisionen zu erzielen: *Iwersen*, Handelsblatt vom 28.07.2011, abrufbar unter: http://www.handelsblatt.com/unternehmen/versicherungen/ skandal-versicherung-verbraucherschuetzer-kritisierenergo/4440582.html.

16 *Habschick/Evers*, S. 12.

17 *Beenken/Karau/Schradin/Wende,* ZfV 2013, S. 749 (749).

18 *Oehler*, S. 4 f., abrufbar unter: https://www.uni-bamberg.de/fileadmin/uni/fakultaeten/owi_lehrstuehle/finanzwirtschaft/Transfer/Jan_2012_Versicherungen.pdf.

muss dem Vermittler und seinen Fähigkeiten, insbesondere der Beratung und der Produktempfehlung, vertrauen können. Auf der anderen Seite aber kann der Vermittler gerade dieses Vertrauen zur Mehrung seines eigenen Vorteils missbrauchen, wie die erwähnten Skandale zeigen. Neben dem persönlichen Schaden des Verbrauchers aufgrund der nicht bedarfsgerechten Versorgung mit Versicherungsschutz tritt eine Vertrauenskrise gegenüber der gesamten Vermittlerschaft und der Versicherungswirtschaft, da der Verbraucher dem Versicherungsprodukt und gleichzeitig auch dem Vermittler vertrauen können muss. Ohne das erforderliche Vertrauen wird er gegebenenfalls letztlich von einem Erwerb vollends Abstand nehmen.

Unter anderem Initiativen wie die des Bundesverbandes deutscher Versicherungskaufleute e. V. „Ehrbarer Kaufmann[19]“ sollen eben dieser Vertrauenskrise entgegenwirken und durch ein öffentliches Selbstbekenntnis der selbstständigen Versicherungsvermittler zu den 10 Tugenden des „Ehrbaren Kaufmanns“ zu einer Selbstreinigung des Versicherungsvertriebs führen[20]. Hieraus resultierte die Gründung des Vereins „Ehrbare Versicherungskaufleute“ e. V., dessen Mitglieder sich diesen Tugenden verpflichten[21]. Nach Tugend 6 heißt es:

> *„Der ‚Ehrbare Kaufmann' verpflichtet sich dem Interesse seines Kunden. Er berät seine Kunden fair und an den individuellen Bedürfnissen ausgerichtet. Vertriebssteuerungen lehnt er ab. Er erteilt den Kunden seinen Rat unabhängig von einem unmittelbaren Geschäftsabschluss.*“[22]

Auch im Verhaltenskodex des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) für den Vertrieb von Versicherungsprodukten wird unter Punkt 2 festgelegt, dass „die Beachtung der berechtigten Interessen und Wünsche des Kunden (...) Vorrang vor dem Provisionsinteresse der Vertriebe“ haben soll.[23] Hierdurch sollen vor allem öffentlichkeitswirksam

---

19 Siehe hierzu das Informationsportal des Instituts für Management der Humboldt-Universität zu Berlin zum Leitbild des ehrbaren Kaufmannes, abrufbar unter: http://www.der-ehrbare-kaufmann.de/.

20 *Beenken*, Versicherungsmagazin vom 07.05.2012, abrufbar unter: http://www.versicherungsmagazin.de/Aktuell/Nachrichten/195/18726/Ehrbarer-Kaufmannkomma-provisionsgetrieben.html.

21 http://www.vevk.de/ueber-den-verein.html.

22 „Die 10 Tugenden des ehrbaren Kaufmanns“ des Vereins Ehrbare Versicherungskaufleute e. V., abrufbar unter: http://www.vevk.de/die-10-tugenden-der-ehrbaren-kaufleute.html.

23 Verhaltenskodex des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft für den Vertrieb von Versicherungsprodukten, 2013, S. 2, abrufbar unter: http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2012/11/GDV-Verhaltenskodex-Vertrieb-2012n.pdf.

Imageverluste eingedämmt und behoben werden, welche die Branche erfahren hat. Die Wirksamkeit solcher Kampagnen ist jedoch fraglich, da knapp 60 % der Deutschen zu den Versicherern eine negative Meinung haben und vor dem Hintergrund der Skandale aktives Handeln erfolgsversprechender zu sein scheint.[24] So belegte der Versicherungsvermittler im Vertrauensranking der Studie „GfK Trust in Professions Report 2014“ des GfK-Vereins, der hierfür zwischen September und November 2013 knapp 28.000 Verbraucher in 25 Ländern befragte, den vorletzten Platz vor dem Stand der Politiker und gehört damit zu den am wenigsten vertrauenswürdigen Berufen.[25]

Um dem Interessenkonflikt aus der provisions- und courtagebasierten Vergütung des Versicherungsvermittlers entgegenzuwirken, kann zudem das Vergütungssystem selbst geändert werden, indem anstelle einer Vergütung durch Provision und Courtage eine honorarbasierte Vergütung tritt. In diesem Fall vereinbart der Versicherungsnehmer als Auftraggeber des Vermittlers mit diesem als dessen Auftragnehmer die Zahlung eines Honorars, unabhängig vom Abschluss eines Versicherungsvertrages mit einem Versicherer.[26] Jedoch handelt es sich bei der Vergütung des Vermittlers – vor allem des Versicherungsmaklers – durch das Versicherungsunternehmen um eine historisch gewachsene Praxis,[27] deren Infragestellung dadurch Relevanz erfährt, dass der Vertrieb von Versicherungsprodukten vor allem gerade durch Vermittler realisiert wird.[28] Gleichzeitig zeigt jedoch unter anderem der Skandal um die MEG-AG jene Problemfelder des provisionsbasierten Vertriebs auf, die in der Kritik stehen: mangelnde Transparenz[29] und eine Anreizwirkung, die die Berücksichtigung des bestehenden Bedarfs des Kunden zurücktreten lässt.[30] Auf der anderen Seite handelt es sich bei dem provisionsbasierten Vergütungssystem aber auch um ein Steuerungsinstrument der Versicherer im Rahmen ihres Vertriebs. Erhielte

---

24 *Surminski*, Versicherungsmagazin vom 19.11.2013, abrufbar unter: http://www.versicherungsmagazin.de/Aktu ell/Nachrichten/195/21128/pr/print.html.

25 Studie des GfK-Vereins „GfK Trust in Professions Report 2014“, zusammengefasst und dargestellt von: *Wichert*, Versicherungsjournal vom 24.02.2014, abrufbar unter:http://www.versicherungsjournal.de/vertrieb-und-marketing/so-vertrauens-un-wuerdig-sind-versicherungsvermittler-118123.php.

26 *Lau,* S. 45 f.

27 *Baumann*, S. 284 f; *Umhau*, S. 10 f.

28 *Beenken/Brühl/Wende*, ZVersWiss 2011, S. 73 (74).

29 *Taupitz*, VersR 1995, S. 1125 (1127 f.).

30 *Traub*, S. 134 f.

der Vermittler seine Vergütung für die Beratung vom Kunden, so hat der Vermittler gegebenenfalls keinen stärkeren Anreiz zur Produktvermittlung, da er jedenfalls für die Beratung entlohnt wird.

Die Abkehr vom bestehenden provisionsbasierten Vertrieb hin zu einer Honorarberatung war eines der Ergebnisse einer vom Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) im Jahr 2008 im Auftrag gegebenen Studie.[31] Die Studie war in Auftrag gegeben worden, um die Situation der Fehlberatung im Rahmen des Vertriebs von Finanzprodukten, wie sie sich im Rahmen der Finanzkrise von 2008 zeigte, zu untersuchen. Sie kam zu dem Schluss, dass durch Regulierung und Anreizsetzung die Beratungsqualität in der Vermittlung von Versicherungen, Kapitalanlagen und Krediten verbessert werden könne, und stellte fest, dass die Honorarberatung das naheliegendste Vergütungsmodell für qualitativ gute (Finanz–)Beratung sei.[32]

Im Rahmen bestehender Regulierungsvorhaben wurden und werden daher verschiedene Lösungsansätze zur Begegnung dieses Problems verfolgt. Mit dem langfristigen Ziel der Schaffung des Berufsbildes eines Honorarberaters wurde vom deutschen Gesetzgeber unter anderem der Honoraranlagenberater geschaffen, der nur vom Kunden vergütet wird und eine gegebenenfalls erhaltene – weil in das Produkt einberechnete – Vergütung von Dritten an diesen durchleiten muss. Im Bereich des Versicherungsvertriebs sollte zudem eine Offenlegungspflicht des Versicherungsvermittlers für die Vergütung im Rahmen seiner Informationspflichten eingeführt werden, was letztlich nicht realisiert wurde. Auf europäischer Ebene wurde die bestehende Versicherungsvermittlerrichtlinie überarbeitet. Eine in diesem Zusammenhang vorgesehene optionale Einführungsmöglichkeit eines Verbots der provisions- und courtagebasierten Vergütung für unabhängige Vermittler bei der Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten wurde mit der MiFID 2 bereits in Kraft gesetzt.

Vor dem Hintergrund dieser bestehenden Regulierungsvorhaben soll der Frage nachgegangen werden, ob durch eine honorarbasierte Vergütung des Versicherungsvermittlers ein bestehender vergütungsinduzierter Interes-

---

31 *Habschick/Evers*, abrufbar unter: http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Verbraucherschutz/FinanzenVersicherungen/StudieFinanzvermittler.html.

32 *Schwintowski*, S. 152.

senkonflikt überwunden werden kann. Denn wird dem Versicherungsnachfrager aufgrund eigener Vergütungsinteressen des Vermittlers ein nicht bedarfsgerechtes Versicherungsprodukt vermittelt, liegt eine Situation vor, die ein Marktversagen darstellen und regulatorische Eingriffe des Gesetzgebers rechtfertigen kann. Dabei stellt sich die Frage, ob zur Begegnung dieses Marktversagens hierbei bereits eine Offenlegungspflicht des Vermittlers hinsichtlich seiner Vergütung ausreichend sein kann oder ob es der generellen Abschaffung dieses Vergütungssystems bedarf oder ob hierbei auch zwischen den einzelnen Vermittlerarten zu unterscheiden ist. Das führt dann zu der Frage, ob nicht eine – als Lösung dieses Konflikts identifizierte – Umstellung von der provisionsbasierten zur honorarbasierten Vergütung unter ökonomischen Gesichtspunkten selbst zu einem Marktversagen führen kann, wenn diese Vergütungsvariante von den Versicherungsnachfragern nicht angenommen wird und diese dann gegebenenfalls auf den Erwerb von Versicherungsschutz verzichten oder diesen ohne Beratung und damit möglicherweise einen nicht bedarfsgerechten Versicherungsschutz erwerben. Eine Folge hieraus kann sein, beide Vergütungsvarianten simultan existieren zu lassen, um somit dem Verbraucher durch sein Nachfrageverhalten die Entscheidung für eine Vergütungsform zu überlassen. Schließlich kann eine Änderung des Vergütungssystems auch Auswirkungen auf die Existenz von Versicherungsvermittlern und damit auf den Vermittlerbestand selbst haben.

B. Gang der Untersuchung

Zur Untersuchung dieser Fragestellungen soll im Kapitel 2 dieser Arbeit zunächst im Rahmen der Darstellung von Rechtstatsachen eine Marktabgrenzung sowohl hinsichtlich des Versicherungsproduktes als auch hinsichtlich der Vermittlerleistung selbst unternommen werden. Dies soll einen Überblick der bestehenden marktlichen Verhältnisse schaffen. Dabei wird sich zeigen, dass auch die Vermittlerleistung eigenständig auf einem Versicherungsvermittlermarkt handelbar und somit eine Trennung der Beratungs- von der Vermittlungsleistung grundsätzlich realisierbar ist, was Anknüpfungspunkt von Änderungen des Vergütungssystems sein kann. Zum anderen werden die Produkteigenschaften sowohl des Versicherungsproduktes als auch der Vermittlerleistung ermittelt, die ihrerseits den be-

stehenden Rechtsrahmen begründen und im Zusammenhang mit Änderungsvorhaben gegebenenfalls zu berücksichtigen sind.

Im folgenden Kapitel 3 werden die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen untersucht. Der Blick konzentriert sich auf die existierenden Regelungen zur Vermittlervergütung und die Rechtsprechung zur Vergütungspraxis. Dabei ist die Frage von besonderem Interesse, inwieweit die Honorarvergütung von Versicherungsvermittlern praktisch und rechtlich bereits existent ist.

Dem schließt sich in Kapitel 4 eine Darstellung der Regulierungsvorhaben auf nationaler und europäischer Ebene an. Hieraus lässt sich ersehen, welche Änderungen die Gesetzgeber zur Gewährleistung eines wirksamen Verbraucherschutzes im Bereich der Versicherungsvermittlung für notwendig erachten.

Die im 5. Kapitel unternommene ökonomische Analyse der bestehenden Regelungen zur Vergütung soll vor allem der Frage nachgehen, ob diese einen vergütungsinduzierten Interessenkonflikt begünstigen, der seinerseits aufgrund eines hierdurch verursachten Marktversagens ein Handeln des Gesetzgebers – sei es durch Offenlegungspflichten oder durch ein Verbot der provisions- und courtagebasierten Vergütung – rechtfertigen kann. In diesem Zusammenhang wird zudem dargestellt werden, warum die Existenz von Vermittlern für den Versicherungsnachfrager mitunter wirtschaftlich sinnvoll ist. Zugleich soll die Frage untersucht werden, ob sich nicht gegebenenfalls auch im Zusammenhang mit der honorarbasierten Vergütung Nachteile für den Versicherungsnachfrager ergeben.

Im 6. Kapitel sollen die bestehenden Regelungen in anderen europäischen Staaten aufgezeigt werden, die Verbote der provisions- und courtagebasierten Vergütung eingeführt haben. Dabei interessiert, ob und welche Auswirkungen die Änderung der Vergütungsregelungen hatten.

In der rechtlichen Analyse des 7. Kapitels soll zunächst die generelle Abschaffung des provisions- und courtagebasierten Vertriebs zugunsten der honorarbasierten Vergütung hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit europäischem und nationalem Recht unter Berücksichtigung der zuvor gewonne-

nen Erkenntnisse untersucht werden. Die als Ergebnis dieser Vereinbarkeitsprüfung ermittelte rechtliche Ausgestaltung soll dann hinsichtlich der sich ergebenden weiteren rechtlichen Fragestellungen erörtert werden.

Im 8. Kapitel werden dann die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst.

Kapitel 2: Rechtstatsachen

Die Verwirklichung eines europäischen Versicherungsbinnenmarktes begann mit der sogenannten ersten Generation[33] von Versicherungsrichtlinien zur Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit, wurde mit der zweiten Generation[34] zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit und mit der dritten Generation[35], welche die Rahmenbedingungen der nationalen Versicherungsmärkte durch eine Deregulierung entscheidend beeinflusste, fortgesetzt.[36] Mit den Richtlinien der dritten Generation wurde in Deutschland die Vorabkontrolle und Genehmigungspflicht von Versicherungsbedingungen und Tarifen – in der Lebens-, Kranken- und Kfz-Haftpflichtversicherung – abgeschafft, wobei Ausnahmen für substitutive Krankenversicherungen und Pflichtversicherungen gewährt wurden.[37] Durch diese Vorabkontrolle und -genehmigung sollte seinerzeit durch eine Einheitlichkeit der AVB Markttransparenz derart hergestellt werden, dass der Wett-

---

33 Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), ABl. Nr. 228/3 vom 16. August 1973, S. 3-19, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/ legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:31973L0239; Richtlinie 79/267/EWG des Rates vom 5.März 1979 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (Lebensversicherung), ABl. Nr. L63/1 vom 13. März 1979, S. 1-18, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:31979L0267.

34 Richtlinie 88/357/EWG des Rates vom 22. Juni 1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG, ABl. Nr. L 172/1 vom 4. Juli 1988, S. 1-14, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:31988L0357; Richtlinie 90/619/EWG des Rates vom 8. November 1990 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG, ABl. Nr. L 330/50 vom 29. November 1990, S. 50-61, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0619&-from=DE.

35 Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG, Abl. Nr. L 228/1 vom 11. August 1992, S. 1-23, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0049&from=DE; Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. November 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG, Abl. Nr. L 360/1 vom 9. Dezember 1992, S. 1-27, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0096&from=DE. Die drei Richtlinien zur Lebensversicherung wurden in der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, Abl. Nr. L 345/1 vom 19 Dezember 2002, S. 1-51, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX-:32002L0083:DE:HTML, zusammengefasst.

36 Überblickshaft hierzu: *Mensching*, S. 4 f.

37 Weitergehend hierzu: *Mensching*, a. a. O.

bewerb zwangsläufig nur im Bereich der Prämien sowie der vertragsbegleitenden Dienstleistungen stattfindet.[38]

Durch die Deregulierung und die damit verbundene Abschaffung der Vorabkontrolle und -genehmigung der AVB ist demnach ein wichtiges Werkzeug zum Schutz der Versicherungsnachfrager durch Schaffung von Markttransparenz weggefallen.[39] Gleichwohl sollte durch die Deregulierung selbst zugunsten des Versicherungsnachfragers der Anbieter- und Bedingungswettbewerb gefördert werden, der seinerseits die Produktqualität positiv verändern und die Preisbildung zugunsten des Versicherungsnachfragers beeinflussen sollte.[40] Die erforderliche wettbewerbsfördernde Markttransparenz sollte dann vor allem durch eine bessere Informiertheit des Versicherungsnachfragers erreicht werden.[41] Dies war eines der Ziele der Richtlinie über die Versicherungsvermittlung – Insurance Mediation Directive (IMD 1) – des Rates und des Europäischen Parlamentes vom 9. Dezember 2002.[42] Unter den Versicherungsvermittlern sah die Europäische Kommission vor allem bei den Versicherungsmaklern die besondere Rolle des Informationsintermediärs für den Versicherungsnachfrager, da der Makler gerade unabhängig von einem Versicherer agiert und über einen umfassenderen Marktüberblick als der Versicherungsvertreter verfügt.[43]

Das Bedürfnis nach Transparenz und Information für den Versicherungsnachfrager ist vor allem den spezifischen Produkteigenschaften des Versicherungsproduktes geschuldet. Insbesondere die Tätigkeit der Versicherungsvermittler und die Schaffung eines eigenen Regelungsregimes für ihre Tätigkeit werden hierdurch begründet. Diese Regulierung der Vermittlertätigkeit wirft jedoch auch die Frage auf, welcher Art diese Vermittlerleistung selbst ist und in welchem Verhältnis ihre Erbringung zum Versicherungsproduktmarkt steht. Denn kann diese unabhängig vom einzelnen

---

38 *Möller*, ZVersWiss 1985, S. 169 (194 f.).

39 *Hohlfeld*, VersR 1993, S. 144 (145).

40 *Brittan*, VW 1992, S. 671 (672 f.).

41 *Mensching*, S. 30.

42 Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. L 9 vom 15.1.2003, S. 3–10, abrufbar unter: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0092:DE:NOT*.

43 *Brittan*, VW 1990, S. 754, abrufbar unter: https://www.wiso-net.de:443/document/-VW__04x045x1990x13x0754x0001.

Versicherungsprodukt erbracht werden und ist nicht Teil des Versicherungsproduktmarkts selbst, so ist sie eigenständig handelbar. Dieses Verhältnis soll durch eine Marktabgrenzung einerseits hinsichtlich des Versicherungsproduktes und andererseits hinsichtlich der Vermittlerleistung untersucht werden.

A. Begriff der Marktabgrenzung

Die wirtschaftlichen Aktivitäten, die von den zu untersuchenden Rechtsregelungen betroffen sind, werden regelmäßig auf einem Markt vollzogen. Aufgrund ihrer Ausgestaltung kann die Rechtsregelung nur einen Teil des Marktes, nur einen Akteur oder nur eine Art von Gütern betreffen. Um diese Betroffenheit darstellen zu können, muss der jeweilig relevante Markt abgegrenzt werden. Der Begriff des relevanten Marktes entstammt der Wettbewerbstheorie und „dient der Abgrenzung einer Gruppe von Anbietern beziehungsweise Nachfragern derart, dass von den nicht zur Gruppe gehörenden Anbietern beziehungsweise Nachfragern keine oder nur zu vernachlässigende Einflüsse auf das wettbewerbliche Verhalten innerhalb der Gruppe ausgehen".[44] Im juristischen Bereich wird eine Marktabgrenzung nach dem relevanten Markt vor allem im Bereich der kartellrechtlichen Untersuchung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV oder des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV[45] beziehungsweise zur Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung nach § 18 GWB[46] vorgenommen.

Ein Markt entsteht, wo Angebot und Nachfrage aufeinander treffen,[47] und koordiniert diese derart, dass „dem Nachfrager automatisch und in optimaler Weise die gewünschten Güter zum (...) optimalen Preis zur Verfügung gestellt werden"[48]. Für einen Markt ist Mindestvoraussetzung eine potenti-

---

44 Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort (*Piekenbroch*): Markt, abrufbar unter: http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/4487/markt-v12.html.

45 Grabitz/Hilf/Nettesheim (*Jung*), Band I, Art. 102 Rn. 34 ff. (für Rechtsprechungsnachweise siehe dort: Fn. 163); Immenga/Mestmäcker (*Emmerich; Fuchs/Möschel*), Band 1, Art. 101 Abs. 1 Rn. 153 ff. und Art. 102 Rn. 42 ff.

46 *Bechtold*, § 18 Rn. 5 ff.

47 *Fritsch/Wein/Ewers*, S. 8.

48 *Wernicke*, S. 161.

elle Tauschbeziehung, das heißt, neben dem Tauschmittel – regelmäßig Geld – existieren mindestens ein Tauschobjekt, ein Anbieter und ein Nachfrager.[49] Tauschobjekte sind wirtschaftliche Güter, also solche, die der Knappheit unterliegen und ein Mittel zur Bedürfnisbefriedigung darstellen.[50] Hierbei wird zunächst zwischen Investitionsgütern – die zur Produktion weiterer Güter verwendet werden – und Konsumgütern – die von den Haushalten verbraucht werden – und auf weiterer Ebene zwischen materiellen – Sachgüter/Waren – und immateriellen Gütern – Dienstleistungen – unterschieden.[51] Der Begriff des Gutes kann nach seiner Funktion, „durch seinen Konsum zur Bedürfnisbefriedigung beizutragen", verstanden und insoweit nicht auf den Produktbegriff verengt werden.[52] Somit sind auch Dienstleistungen Konsumgüter.[53] Der Markt kann dann folgend in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt werden,[54] wobei die Marktabgrenzung nach diesen Kriterien letztendlich aber ein einheitlicher Vorgang ist.[55]

B. Versicherungsproduktmarkt

Der Versicherungsmarkt kann unter Zugrundelegung der gegebenen Definition des Marktes als der ökonomische Ort verstanden werden, „an dem Versicherungsschutz angeboten und nachgefragt wird beziehungsweise an dem zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmern das Wirtschaftsgut Versicherungsschutz gegen Zahlung eines Preises (Prämie) getauscht wird"[56]. Die direkten Marktteilnehmer des Versicherungsmarktes sind auf der Anbieterseite die Versicherungsunternehmen als Produzenten der Versicherungsprodukte und auf der Nachfragerseite die Versicherungsnehmer.[57] Er zeichnet sich neben seinen Marktakteuren und deren Beziehung zueinander auch durch die jeweilige „Informationslage bei An-

---

49 Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort (*Mecke*): relevanter Markt, abrufbar unter: http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/4793/relevanter-markt-v9.html.

50 *Piekenbrock/Henning*, S. 5.

51 *Von Böventer/Illing*, S. 3 f.

52 *Ramb*, S. 1 (7).

53 A.a.O.

54 *Piekenbrock/Henning*, S. 174 ff.

55 A.a.O., S. 174.

56 Farny/Helten/Koch/Schmidt (*Farny)*, S. 1043 (1043).

57 *Beenken/Brühl/Wende*, ZVersWiss 2011, S. 73 (83).

bieter- und Nachfragerentscheidungen“ aus.[58] Der Versicherungsmarkt hat volkswirtschaftliche Bedeutung. So zahlte jeder Bundesbürger im Jahr 2012 durchschnittlich 2256,- € an Prämien und das Gesamtvolumen an gezahlten Prämien entspricht 6,87 % des Bruttoinlandsproduktes.[59]

I. Sachliche Marktabgrenzung des Versicherungsproduktmarktes

Der Markt kann nach dem angebotenen und nachgefragten Produkt – im Falle des Versicherungsproduktmarktes das Produkt Versicherungsschutz – abgegrenzt werden, das auf dem Versicherungsmarkt gehandelt wird.[60]

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Produkte, die von den Nachfragern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden.[61] Nach diesem sogenannten Bedarfsmarktkonzept[62] oder Konzept der Austauschbarkeit von Gütern im funktionalen Sinn bestimmt sich also die sachliche Abgrenzung nach dem Kriterium der Substituierbarkeit aus Nachfragersicht mit der Folge, dass zu einem Markt nur solche Güter und Dienstleistungen gehören, „die von den potentiellen Nachfragern im Hinblick auf einen bestimmten Verwendungszweck als mögliche Substitute angesehen werden beziehungsweise ihnen als spezielle Angebote zur Deckung eines bestimmten Bedarfs nach eigener Einschätzung zur Auswahl stehen“[63]. Hierunter sind sämtliche Erzeugnisse zu fassen, „die nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage sich so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet ansieht, sie also als marktgleichwertig eingestuft werden“.[64] Das Versicherungsprodukt kann nachgefragt und erworben werden, so dass ein eigenständiger Markt der Versicherungsprodukte be-

---

58 Farny/Helten/Koch/Schmidt (*Farny)*, S. 1043 (1043).

59 Diese Angaben beruhen auf teilweise vorläufigen Werte: *GDV*, Statistisches Taschenbuch 2013, Tabelle 9.

60 *Hesberg*, VW 1986, S. 668, abrufbar unter: https://www.wiso-net.de:443/document/VW__04x041x 1986x 11x0668x0003.

61 Langheid/Wandt (*Dreher*), Band 1, Versicherungskartellrecht Rn. 7.

62 A.a.O.

63 *Piekenbrock/Henning*, S. 175.

64 *Dichtl/Issing*, Band 2, S. 1396.

steht.[65] Im Versicherungsgeschäft werden dabei zunächst die Bereiche Lebensversicherung, Nicht-Lebensversicherung[66] und Rückversicherung unterschieden, wobei sich die beiden zuerst genannten Bereiche wiederum „in so viele unterschiedliche Produktmärkte unterteilen lassen, wie es Versicherungen für unterschiedliche Risiken gibt".[67] Denn sowohl die Eigenschaften, die Prämien, als auch die Verwendungsmöglichkeiten der einzelnen Versicherungen „sind deutlich unterscheidbar und lassen diese aus der Sicht der Verbraucher nur schwer als austauschbar erscheinen".[68] Hieraus folgt, dass zumindest im Markt eines Versicherungsproduktes für ein Risiko beziehungsweise sogar in einer Versicherungssparte die einzelnen Versicherungsprodukte für den Nachfrager substituierbar sein können. Nahezu ein Viertel der Versicherungsunternehmen sieht daher „eine leichte Substituierbarkeit der eigenen Produkte durch Konkurrenzprodukte (...) als charakteristisch für ihr Wettbewerbsumfeld" an.[69] Im Bereich der Schadenversicherung sind – aus Sicht der Anbieter – die Bedingungen für die Versicherung verschiedener Risiken mithin so ähnlich und es werden von einem großen Teil der Versicherungsunternehmen Versicherungsprodukte hierzu angeboten, dass für einige Varianten der Schadenversicherung von einem einheitlichen Produktmarkt auszugehen sein kann.[70] Auch die Europäische Kommission geht für den Bereich der Nicht-Lebensversicherungsprodukte davon aus, dass die Kunden in den meisten Mitgliedstaaten der Union sehr leicht und mit tragbaren Kosten zu einem anderen, substituierbaren Produkt wechseln können.[71] Nicht abschließend können hiernach folgende Produktmärkte unterschieden werden: Leben, Feuer, Extended Coverage, Einbruch/Diebstahl, Leitungswasser, Glas, Sturm, Hausrat,

---

65 *Hesberg*, VW 1986, S. 668, abrufbar unter: https://www.wiso-net.de:443/document/VW__04x041x1986x11x0668x0003. *Hesberg* spricht insoweit von Versicherungsteilmärkten.

66 Die Versicherungsmarktregulierung erfolgt auf Ebene der Europäischen Union beispielsweise unter Aufteilung in einen Lebensversicherungs- und einen Nicht-Lebensversicherungsmarkt (*Schulenburg*, S. 79.).

67 Entscheidung der Kommission vom 17. Juni 2008 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall COMP/M.5075 – VIENNA INSURANCE GROUP/EBV) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, ABl. C 229 vom 6.9.2008, S. 13, abrufbar unter juris.

68 A.a.O.

69 *Aschoff/Blind und andere*, S. 27.

70 Entscheidung der Kommission vom 28/06/2004 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall COMP/M.3446 – UNIQA/MANNHEIMER) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3446_de.pdf.

71 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Versicherungsvermittlung, COM(2012) 360 final, S. 11, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/consumers/mediation/20120703-directive_de.pdf.

Haftpflicht, Unfall, Transport, Technische Versicherungen, Kraftfahrtversicherung, Krankenversicherung und Luftfahrtversicherung[72] sowie Versicherungen im Bereich Assistance, Kredit und Kaution sowie Rechtsschutz[73].

Zur sachlichen Marktabgrenzung kann im Weiteren auch die in der Anlage Teil A zum VAG (Versicherungsaufsichtsgesetz) a. F. (Anlage 1 zum VAG mit Wirkung ab dem 01.01.2016)[74] vorgenommene Auflistung der Versicherungssparten herangezogen werden. Die Anlage listet derzeit 25 Versicherungssparten auf: Unfall, Krankheit, Landfahrzeug-Kasko, Schienenfahrzeug-Kasko, Luftfahrzeug-Kasko, See-, Binnensee- und Flussschifffahrts-Kasko, Transportgüter, Feuer- und Elementarschäden, Hagel-, Frost- und sonstige Sachschäden, Haftpflicht für Landfahrzeuge mit eigenem Antrieb, Luftfahrzeughaftpflicht, See-, Binnensee- und Flussschifffahrtshaftpflicht, Allgemeine Haftpflicht, Kredit, Kaution, Verschiedene finanzielle Verluste, Rechtsschutz, Beistandsleistungen zugunsten von Personen, die sich in Schwierigkeiten befinden, Leben, Heirats- und Geburtenversicherung, Fondsgebundene Lebensversicherung, Tontinengeschäfte, Kapitalisierungsgeschäfte, Geschäfte der Verwaltung von Versorgungseinrichtungen und Pensionsfondsgeschäfte.

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes richtet sich somit nach dem Versicherungsprodukt und dem von ihm abgedeckten Versicherungsbedarf. Damit ist jedoch nicht ausgesagt, welche Art handelbares Gut das Versicherungsprodukt darstellt und durch welche spezifischen Eigenschaften es gekennzeichnet wird. Dieses soll im Folgenden untersucht werden.

1. Das Versicherungsprodukt als Dienstleistung

Versicherung kann mit *Schulenburg* definiert werden, als „die Verknüpfung eines Kapital-, Risiko- und Informationstransfers. Der Kapitaltransfer löst eine bedingte Forderung aus, die beim Versicherungsnehmer risiko-

---

72 Entscheidung der Kommission vom 11. November 1996 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall IV/M.812 – ALLIANZ/VEREINTE) gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, ABl. C 114 vom 12.4.1997, S. 5, abrufbar unter juris.

73 Langheid/Wandt (*Dreher*), Band 1, Versicherungskartellrecht Rn. 9.

74 Mit dem Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen vom 01.04.2015 wurde das VAG mit Wirkung ab dem 01.01.2016 aufgehoben und vollkommen neu gefasst, BGBl. I 2015, S. 434-570.

mindernd wirkt. Im Versicherungsvertrag verpflichtet sich der Versicherte, dem Versicherer bestimmte Informationen zu überlassen."[75] Dabei meint der Kapitaltransfer einerseits die Zahlung der Prämie durch den Versicherungsnehmer und andererseits die Zahlung des Versicherers bei Eintritt des Versicherungsfalles, der Risikotransfer das Leistungsversprechen des Versicherers und der Informationstransfer den Informationsaustausch zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer vor und während der Vertragslaufzeit.[76]

Nach dieser Definition zeigt sich, dass es sich bei dem Versicherungsprodukt nicht um ein materielles Gut handelt, sondern es vielmehr eine Dienstleistung darstellt. In einem ersten Schritt soll zur Untersuchung dieser Einordnung der Begriff der Dienstleistung als Wirtschaftsgut näher bestimmt werden. Eine allgemein akzeptierte Definition hat sich – wie gezeigt werden wird – bisher nicht durchgesetzt. Durch eine Überprüfung anhand der herausgearbeiteten Begriffsbestimmung wird dann in einem zweiten Schritt die Dienstleistungseigenschaft des Versicherungsproduktes belegt.

a. Definition des Dienstleistungsbegriffs

Zur Definition des Dienstleistungsbegriffs werden verschiedene Ansätze verfolgt, welche sich in der Regel in drei Gruppen aufteilen lassen.[77] So wird einerseits durch die Aufzählung von Beispielen einzelner Dienstleistungsbereiche der Ansatz einer enumerativen Definition, andererseits durch die Aufzählung von Eigenschaften, die Dienstleistungen nicht aufweisen, der Ansatz einer Negativabgrenzung zu den Sachgütern verfolgt.[78] Zuletzt wird die Dienstleistungsdefinition anhand konstitutiver Merkmale vorgenommen.[79] Dieser Ansatz soll im Folgenden zugrunde gelegt werden.[80]

---

75 *Schulenburg*, S. 36.

76 A.a.O.

77 *Meffert/Bruhn*, S. 14; *Corsten,* Dienstleistungsmanagement*,* S. 21.

78 A.a.O.; *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer*, ZfbF 1993, S. 395 (398).

79 A.a.O.

80 Die enumerative Definition führt wegen der bloßen Aufzählung der einzelnen Dienstleistungsbereiche zu keiner hinreichend präzisen Trennung zwischen Dienstleistungen und Sachgütern, da die Kriterien, nach welchen die jeweilige Zuordnung zu einem Bereich unternommen werden, nicht hinreichend dargelegt werden . Eine Begriffsbestimmung durch eine Negativabgrenzung verlangt zudem, dass hier Kriterien zur Be-

Als konstitutive Merkmale einer Dienstleistung werden danach zum einen die Immaterialität der Leistung und die daraus resultierende Nichtlagerfähigkeit und Nichttransportfähigkeit sowie die Gleichzeitigkeit von Produktion und Konsum – sogenanntes Uno-actu-Prinzip[81] – genannt.[82] Weiter wird zum anderen die Intangibilität der Dienstleistung vorgebracht, aufgrund derer der Kunde die Qualität der Dienstleistung vor dem Kauf nicht oder nur schwer einschätzen und beurteilen kann.[83] Schließlich wird die Mitwirkung des Kunden bei der Erstellung der Dienstleistung unter dem Stichwort der Integration eines externen Faktors als konstitutives Merkmal angesehen.[84] Unter den bezeichneten Merkmalen, werden überwiegend das der Immaterialität und das der Integration eines externen Faktors als konstitutiv und zur Identifikation einer Dienstleistung tauglich angesehen.[85]

aa. Definition nach Prozessabschnitten

Die vertretenen Ansätze einer Begriffsbestimmung mittels konstitutiver Merkmale knüpfen an die Phasen beziehungsweise Dimensionen der Leistungserstellung an und lassen sich demzufolge in potentialorientierte, prozessorientierte und ergebnisorientierte Definitionen unterscheiden.[86]

Sie setzen an den drei Prozessabschnitten Leistungspotential, Leistungserstellungsprozess und Leistungsergebnis der Produktion von Dienstleistungen an und stellen den jeweiligen Prozessabschnitt in den Vordergrund der Definition.[87] Das Leistungspotential ist dabei als die Fähigkeit zur Leistungserbringung beziehungsweise als die Leistungsbereitschaft zu verstehen.[88] Die Dienstleistung ist zu Beginn somit noch nicht „produziert“, son-

---

stimmung des Sachgutes herangezogen werden müssen, weshalb der Vorteil gegenüber einer Kriterienidentifikation zur Bestimmung einer Dienstleistung nicht einsichtig ist. (*Corsten*, S. 174.).

81 Die prinzipielle Gleichzeitigkeit von Produktion und Konsum kann vor dem Hintergrund, dass der Erwerb einiger Dienstleistungen dem Konsum derselben zeitlich vorgelagert ist, fraglich sein, soll im Folgenden aber nicht weiter problematisiert werden (siehe hierzu: *Haller*, S. 8.).

82 *Meffert/Bruhn*, S. 39; *Meffert/Burmann/Kirchgeorg*, S. 30 f.; *Fließ*, Dienstleistungsmanagement, S. 9.

83 *Haller*, S. 6; *Höckmayr*, S. 50.

84 *Fließ*, Prozessorganisation, S. 31; *Meffert/Bruhn*, S. 37.

85 *Haller*, S. 6.

86 *Meffert/Bruhn*, S. 15 f.; *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer*, ZfbF 1993, S. 395 (398). Für eine kritische Würdigung hierbei vertretener Ansätze siehe auch: *Richter*, Modelle, S. 9 ff.

87 *Fließ*, Prozessorganisation, S. 33 f.; *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer*, ZfbF 1993, S. 395 (398).

88 A.a.O.

dern der Anbieter stellt die Fähigkeit und Bereitschaft – durch seine personellen und materiellen Ressourcen (interne Faktoren) – zur Erbringung der Dienstleistung bereit.[89]

Das Leistungspotential des Dienstleistungsanbieters wird durch das Auftreten des Dienstleistungsnachfragers aktiviert, indem dieser – notwendigerweise[90] – externe Faktoren einbringt.[91] Solche externen Faktoren können Lebewesen – auch der Nachfrager selbst[92] –, materielle Güter, Nominalgüter oder auch Informationen sein.[93] Diese externen Faktoren sind für den Dienstleistungsanbieter nicht frei am Markt disponierbar und bleiben zum Teil während des gesamten Prozessablaufs in der Verfügungsgewalt des Dienstleistungsnachfragers.[94] Durch die Kombination der internen Faktoren des Dienstleistungsanbieters – seiner personellen und materiellen Ressourcen und Fähigkeiten – mit den externen Faktoren wird ein Dienstleistungsprozess und somit die Leistungserbringung in Gang gesetzt.[95] An dieser Stelle äußert sich das Uno-actu-Prinzip. Die Produktionsmenge ist identisch mit der Absatzmenge – die Dienstleistung ist wie gesehen nicht lagerfähig –, so dass sich Nachfrageschwankungen unmittelbar auf den Produktionsbereich auswirken und der Dienstleistungsanbieter dementsprechend flexibel in Zeiten hoher Nachfrage sein muss.[96] Gleichsam begründet die Integration des externen Faktors den individualistischen und schwer standardisierbaren Charakter vieler Dienstleistungen.[97]

Die im Prozess der Leistungserstellung durchgeführte Kombination der externen mit den internen Faktoren mündet schließlich im Dienstleistungsergebnis.[98] Soweit sich Definitionen hieran orientieren, stellen diese die Immaterialität des Ergebnisses als charakteristisches Merkmal in den Vordergrund, wenngleich eine ausschließliche Unterscheidung zwischen

---

89 *Meffert/Bruhn*, S. 16.; *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer*, ZfbF 1993, S. 395 (398 f.).
90 *Meffert/Bruhn*, S. 37.
91 *Fließ*, Prozessorganisation, S. 34.
92 A.a.O., S. 32; *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer*, ZfbF 1993, S. 395 (401).
93 *Meffert/Bruhn*, S. 16.
94 Zerres/Reich (*Sutor*), S. 83; *Meffert/Burmann/Kirchgeorg*, S. 30 f.
95 *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer,* ZfbF 1993, S. 395 (401 f.).
96 *Haller*, S. 10.
97 *Meffert/Bruhn*, S. 38.
98 *Fließ*, Prozessorganisation, S. 34; *Meffert/Bruhn*, S. 16.

Sachgut und Dienstleistung nur aufgrund dieses Merkmals nicht ausreichend präzise genug erscheint.[99]

Unter Berücksichtigung der Integration der konstitutiven Merkmale einer Dienstleistung in die Phasen ihrer Produktion können Dienstleistungen mit *Meffert/Bruhn* verstanden werden als „selbstständige, marktfähige Leistungen, die mit der Bereitstellung und/oder dem Einsatz von Leistungsfähigkeiten verbunden sind (Potenzialorientierung)", bei welchen „interne und externe Faktoren im Rahmen des Erstellungsprozesses kombiniert" (Prozessorientierung) werden und bei denen „die Faktorenkombination des Dienstleistungsanbieters mit dem Ziel eingesetzt wird, an den externen Faktoren, an Menschen und deren Objekten nutzenstiftende Wirkungen zu erzielen (Ergebnisorientierung)".[100]

bb. Definition mittels Leistungstypologie

Wenngleich durch die von *Meffert/Bruhn* gegebene Definition eine Abgrenzung der Dienstleistung von den Sachgütern ermöglicht wird, kann aus ihr jedoch nicht auf eine Homogenität des Dienstleistungsbereichs geschlossen werden.[101] Daher wird eine Unterscheidung zwischen Sachgütern und Dienstleistungen im Rahmen der Systematisierung der Wirtschaftsgüter wegen der Schwierigkeit der präzisen Abgrenzung und Definition der jeweiligen Begriffe auch gänzlich abgelehnt und zum Teil von einem Leistungsbündel ausgegangen, da jede Leistung aus einem Bündel von Teilleistungen besteht.[102] Dieses Leistungsbündel enthält – gegebenenfalls ausschließlich – stets immaterielle Ergebnisbestandteile, wobei auch materielle Ergebnisbestandteile vorliegen können, und erfordert ein Mindestmaß an Integration externer Faktoren in den Erstellungsprozess.[103] Insoweit werden hier der ergebnisorientierte und der prozessorientierte Ansatz verknüpft, ohne jedoch eine definitorische Abgrenzung zwischen Dienstleistung und Sachgut zu bezwecken.[104] Hiernach lassen sich im Rahmen einer Leistungstypologie vier Grundtypen von Leistungen unterscheiden, von

---

99 *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer*, ZfbF 1993, S. 395 (400).
100 *Meffert/Bruhn*, S. 17.
101 A.a.O.
102 *Engelhardt/Kleinaltenkamp/Reckenfelderbäumer,* ZfbF 1993, S. 395 (407).
103 A.a.O., S. 395 (416).
104 A.a.O.

welchen vorliegend Typ 1 von Interesse ist, da es sich hierbei um Leistungen handelt, „die ausschließlich bzw. in hohem Maße immaterielle Leistungsergebniskomponenten beinhalten und die vom Anbieter unter weitgehender Mitwirkung des externen Faktors erstellt werden“.[105] Diese Typologisierung zeichnet sich durch eine Kombination der Extremausprägungen des Immaterialitätsgrads des Leistungsergebnisses sowie des Integrationsgrads des externen Faktors im Rahmen des Leistungserstellungsprozesses aus.[106]

Dieser Typologisierungsansatz wird zum einen auch dahingehend modifiziert, dass anstelle des Immaterialitätsgrades der Grad der Verhaltensunsicherheit zu betrachten sein soll, da gerade die Immaterialität sowohl für den Anbieter als auch für den Nachfrager zu Bewertungsunsicherheiten führt.[107] Zum anderen findet auch eine Modifizierung – bei Beibehaltung des Merkmals des Immaterialitätsgrades – hinsichtlich des Integrationsgrades des externen Faktors statt, indem dieser in einen Interaktions- und Individualisierungsgrad unterteilt wird, wobei der Interaktionsgrad die Stärke der Einbeziehung des externen Faktors in den Leistungserstellungsprozess abbilden und der Individualisierungsgrad die kundenbezogene Spezifizität der drei Prozessabschnitte der Leistungserstellung darstellen soll.[108]

Ein weiterer Ansatz verknüpft den ergebnisorientierten, den prozessorientierten und den potentialorientierten Ansatz und grenzt davon ausgehend die Dienstleistung als eigenständigen Produkttyp von vier weiteren Produkttypen und nicht vom bloßen Sachgut ab.[109]

---

105 Leistungsgrundtyp 2 beinhaltet demgegenüber in hohem Maße materielle Leistungsergebnisbestandteile bei gleich bleibender Faktorintegration des Typ 1 – z. B. Anfertigung von Sondermaschinen. Typ 3 entspricht Typ 2 bezüglich der materiellen Leistungsergebnisbestandteile, wird aber anders als Typ 1 und Typ 2 vom Anbieter weitgehend autonom hergestellt – z. B. Anfertigung vorproduzierter Teile. Typ 4 umfasst wie Typ 1 in hohem Maße immaterielle Leistungsergebnisbestandteile bei weitgehend autonomer Erstellung – z. B. Datenbankdienste. (a.a.O.) Da sowohl das Versicherungsprodukt als auch die Vermittlungs- und Beratungsleistung immaterielle Leistungen sind, die eine Einbeziehung und Mitwirkung des Kunden erfordern, liegen Grundtyp 2 bis 4 nicht vor, so dass die Ausführungen auf Typ 1 begrenzt wurden.

106 *Meffert/Bruhn*, S. 19.

107 *Woratschek*, Der Markt, 1996, S. 59 (64 ff.).

108 *Meffert*, Marktorientierte Führung von Dienstleistungsunternehmen, DBW 1994, S. 519 (523 ff.); *Meffert/Bruhn*, S. 20.

109 *Knoblich/Oppermann*, Der Markt, 1996, S. 13 (17 ff.).

cc. Zwischenergebnis

Während die von *Meffert/Bruhn* vorgenommene Definition sich an den Phasen der einzelnen Leistungserstellung einer Dienstleistung orientiert, um solche von Sachgütern abzugrenzen, lehnen die Vertreter des Typologieansatzes eine solche Unterscheidung zwischen Sachgut und Dienstleistung ab und legen als zu betrachtendes Gut ein Leistungsbündel zugrunde, wobei sie dann eine Differenzierung je nach dem Grad der in dem Leistungsbündel enthaltenen immateriellen Leistungsergebniskomponenten unternehmen. Da auch für die Charakterisierung als Leistungsbündel des – vorliegend interessierenden – Grundtyps 1 sowie für die modifizierten Varianten der Leistungstypologisierung auf die Eigenschaften der Integration des externen Faktors sowie der Immaterialität und den damit zusammenhängenden Nebeneigenschaften zurückgegriffen wird, um zwischen den Grundtypen zu unterscheiden, und somit auf Eigenschaften zurückgegriffen wird, die auch den Dienstleistungsdefinitionen eigen sind, kommt es auf einen Entscheid zwischen den vertretenen Ansichten letztlich für die folgende Untersuchung der Dienstleistungseigenschaft des Versicherungsproduktes nicht an. Gleichwohl soll sich im Folgenden an der von *Meffert/Bruhn* gegebenen Definition orientiert werden, da diese die Erstellungsprozesse des Versicherungsproduktes als Dienstleistung prägnanter erfasst.

b. Dienstleistungseigenschaft des Versicherungsprodukts

Der Versicherungsschutz[110] beziehungsweise das ihn umfassende Versicherungsprodukt[111] ist eine Dienstleistung.[112]

---

110 *Kromschröder* erkennt die Bezeichnung Versicherungsschutz als durchaus praktikabel für die Beschreibung der Dienstleistung des Versicherers an, merkt aber zugleich an, dass eine Versicherung keine Schutzwirkung dergestalt hat, dass sie vor dem Eintritt eines Schadens schützt, sondern vielmehr den eingetretenen Schaden finanziell kompensieren soll (*Kromschröder*, ZVersWiss 1997, S. 59 (61)).

111 Die Versicherungsleistung ist zwar eine Dienstleistung. Dem steht die Bezeichnung als Produkt jedoch nicht entgegen, da Dienstleistungen ebenso wie Sachgüter durch die „Kombination von Produktionsfaktoren produziert und am Absatzmarkt gegen Entgelt verkauft werden“ (a.a.O., S. 59 (60 f.)). Siehe auch: *Vogel*, S. 13. *Dreher* legt dar, dass die Bezeichnung der Versicherung als Produkt in der Versicherungsbetriebswirtschaftslehre und der Rechtssprache nunmehr üblich ist (*Dreher*, S. 2 Fn. 7 f.). Anders indes *Möller*, der als Kernelement der Versicherung den finanziellen Austausch von Vermögenspositionen sieht (*Möller,* ZVersWiss 1985, S. 169 (173 ff.)).

112 *Schulenburg*, S. 36 und 260. Für ein kritische Auseinandersetzung mit der Dienstleistungsqualität siehe: *Velthuis*, S. 112 ff. *Velthuis* kommt zu dem Schluss, dass „die in der Dienstleistungstheorie entwickelten

Es ist ein immaterielles Wirtschaftsgut, das anders als materielle Güter nicht lagerfähig ist und insoweit auch nicht vorproduziert werden kann.[113] Es kann als „komplexe(s) Leistungsbündel (…)/Nutzenbündel“ verstanden werden.[114] Es ist immateriell, da ohne Eintritt des Versicherungsfalles das Versicherungsschutzversprechen keine konkretisierte Gestalt in Form der Versicherungsleistung annimmt, sondern abstrakt im Versicherungsvertrag und den AVB formuliert ist.[115]

Der Begriff der Produktion des Versicherungsschutzes umfasst hier die gesamte Leistungserbringung des Versicherers, welche die Entwicklung neuer Versicherungsprodukte, den Abschluss neuer Verträge und die diesbezügliche Beratung sowie die Betreuung des Bestandsgeschäftes umfasst.[116] Versicherungsprodukte können dabei so ausgestaltet sein, dass standardisierte Versicherungskomponenten entwickelt werden, die dann nach den individuellen Bedürfnissen der Versicherungsnachfrager zum bedarfsgerechten Versicherungsprodukt zusammengesetzt werden können.[117] Der Versicherungsschutz ist ein Dauerschutzversprechen, so dass diesbezüglich von „permanenten Produktionsprozessen“ gesprochen werden kann.[118] Dieses Schutzversprechen für die Dauer des Versicherungsvertrages stellt auch dessen wichtigstes Element dar.[119]

Der Versicherer kann im „Dienstleistungsgeschäft (allenfalls) bestimmte Leistungsergebnisse vorrätig halten“, so dass der Versicherungsschutz erst dann in „endgültig bestimmter Form als Marktleistung“ angeboten und produziert werden kann, wenn der Versicherungsnehmer als externen Faktor Informationen zur Verfügung stellt.[120] Die Leistungserstellung erfolgt im Rahmen des Absatzes (Vertriebs), der verstanden werden kann als „die Verwertung der im Versicherungsunternehmen erstellten Leistungen in Form von Versicherungsschutz am Absatzmarkt“ durch „Abgabe der Ver-

---

konstitutiven Dienstleistungsmerkmale zur Abgrenzung des Versicherungsproduktes wenig geeignet sind“ (S. 124). Siehe hierzu eine überblickshafte Darstellung der einzelnen Definitionsansätze bei: *Köhne*, ZVersWiss 1998, S. 143 (147 f.).

113 *Farny*, S. 584 f.

114 A.a.O., S. 21 f.

115 *Ihle*, S. 30; *Nguyen/Romeike*, S. 296.

116 *Schulenburg,* S. 13.

117 A.a.O., S. 14.

118 *Farny*, S. 585.

119 *Dreher*, S. 146.

120 *Farny*, S. 585.

sicherungsprodukte an Kunden (Versicherungsnehmer) gegen Zahlung eines Preises (Prämie)".[121] Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wird die Absatzleistung dann als Wirtschaftsgut in Form eines bedingten Leistungs- oder Zahlungsanspruchs, im Versicherungsfall dann in die vereinbarte Leistung konkretisiert.[122]

2. Das Versicherungsprodukt als Rechtsprodukt

Das Versicherungsprodukt löst nicht wie die Produkte oder Dienstleistungen anderer Branchen Kaufreflexe beim Kunden aus, da es ein abstraktes Produkt ist.[123] Es ist komplex, hat im Bereich der Lebensversicherungs- und weiterer Altersvorsorgeprodukte lange Vertragslaufzeiten, wodurch viele Kunden aufgrund der langen vertraglichen Bindung abgeschreckt werden, und wird vor der eigentlichen Leistungserstellung erworben.[124] Die Besonderheit von Versicherungsprodukten liegt wegen ihrer Immaterialität darin, dass die sie bestimmenden Hauptleistungen in den jeweiligen AVB und den Besonderen Versicherungsbedingungen[125] geregelt sind und diese Bedingungen somit das Versicherungsprodukt konstituieren.[126] Die Versicherungsbedingungen sind vorformulierte Bestimmungen, welche die Leistungs- und Produktbeschreibung einschließlich der wesentlichen Vertragsbestandteile – essentialia negotii – beinhalten und letztlich die Voraussetzungen regeln, welche Risiken vom Versicherungsschutz erfasst sein sollen.[127] Das Versicherungsprodukt kann vor diesem Hintergrund als Rechtsprodukt[128] verstanden werden. Der Versicherungsvertrag wird von seinem Inhalt her vom Versicherer festgelegt, so dass der Versicherungs-

---

121 *Farny*, S. 687.

122 *Kromschröder*, ZVersWiss 1997, S. 59 (63).

123 *Nguyen/Romeike*, S. 296.

124 A.a.O., S. 297.

125 Die AVB sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Versicherungsvertrages und die Besonderen Versicherungsbedingungen stellen Individualvereinbarungen zum Versicherungsvertrag dar (*Dreher*, S. 153.).

126 *Roth*, NJW 1993, S. 3028 (3029); *Hermes*, S. 25.

127 *Müller*, VersR 2003, S. 933 (934). *Müller* weist daraufhin, dass zuweilen der Einbezug der essentialia negotii in eine Kontrolle der AVB abgelehnt und auch eine Unterscheidung und damit unterschiedlichen Behandlung nach Besonderen und Allgemeinen sowie Zusatzbedingungen vorgenommen wird. Für die vorliegende Darstellung sind diese Fragestellungen jedoch zu vernachlässigen.

128 *Dreher*, S. 145 ff.; *Roth*, NJW 1993, S. 3028 (3029), *ders.*, VersR 1993, S. 129 (135 f.). Nach *Hermes* ist der Begriff des Rechtsprodukts nicht exakt, da die Entwicklungsschritte der Ideenfindung und Produktentwicklung noch kein Recht produzieren, sondern das Produkt erst im dritten und letzten Schritt durch die Verrechtlichung handelbar gemacht wird (*Hermes*, S. 25.).

nehmer allenfalls die Entscheidung treffen kann, ob er diesen Vertrag zu den Bedingungen abschließen möchte oder nicht.[129]

Das Versicherungsprodukt ist als Rechtsprodukt daher auch keine klassische Dienstleistung, die an einem materiellen Gut oder am Kunden selbst vorgenommen wird. Erst durch die Festlegung und Gestaltung der Regelungen in den AVB werden die Hauptleistungen der jeweiligen Parteien bestimmt und das Versicherungsprodukt handelbar gemacht.[130] *Dreher* hat den Begriff des Rechtsproduktes anhand der Versicherung derart beschrieben, dass „die Versicherung ein abstraktes Gut“ ist, „das ausschließlich durch Rechtstexte vergegenständlicht wird. Während sich Verträge in der Regel auf einen bereits vorhandenen oder noch zu schaffenden Gegenstand beziehen, wird die Versicherung erst durch den Versicherungsvertrag zum Produkt."[131] „Seinen stofflichen Niederschlag findet der Produktionsprozess in den Versicherungsverträgen, die zugleich Produktionsmittel und -ergebnis sind. Erfassbar ist somit primär nur der Rahmen, der die Erbringung der eigentlichen Leistung regelt. Indem er diese möglichst genau bestimmt, schafft er zugleich erst die Voraussetzungen für ihre Erbringung. Die Versicherung wird so zum Rechtsprodukt.“[132] Durch die AVB wird die Leistung des Produktes Versicherung erst beschrieben, indem der Leistungsgegenstand festgelegt und die Voraussetzungen und die Art und Weise der Leistungserbringung definiert werden.[133]

3. Das Versicherungsprodukt als Erfahrungs- und Vertrauensgut

In allen Gütern und Dienstleistungen lassen sich zudem drei Eigenschaften nachweisen, welche unterschiedlich stark ausgeprägt sein können.[134] Zum einen gibt es die Sucheigenschaften, also solche Eigenschaften, die der Kunde und Nachfrager vor dem Erwerb des Produktes beurteilen kann, indem er das Produkt beispielsweise anfassen und begutachten kann. Dann gibt es die Erfahrungseigenschaften, also solche Eigenschaften, die der

[129] BGH, VersR 1952, S. 52 (52); *Mauntel*, S. 25.
[130] *Hermes*, S. 26.
[131] *Dreher*, S. 3.
[132] A.a.O., S. 146.
[133] A.a.O., S. 159 f.
[134] *Weiber/Adler*, ZfbF 1995, S. 43 (60 f).

Kunde und Nachfrager nach dem Erwerb durch die Erfahrung mit dem erworbenen Produkt beurteilen kann. Letztlich gibt es noch die Vertrauenseigenschaften, die der Kunde und Nachfrager weder vor dem Erwerb noch danach beurteilen kann, sei es, weil die Beurteilung praktisch unmöglich oder mit zu hohen Kosten verbunden ist.[135] Im Fall der Vertrauensgüter versagt dann die Annahme einer Information durch Erfahrungen.[136] Hiernach lassen sich Güter und Dienstleistungen also in Such-, Erfahrungs- und Vertrauensgüter differenzieren.[137] Bei der Differenzierung sind jedoch auch der jeweilige Informationsstand und die bestehende Sachkunde des Nachfragers zu berücksichtigen, so dass sich für einen Produktexperten das Produkt als Suchgut, für den unerfahrenen Verbraucher aber als Erfahrungs- oder Vertrauensgut darstellen kann.[138]

Versicherungsprodukte können jeweils die zuvor genannten Eigenschaften in unterschiedlicher Ausprägung enthalten, je nachdem, um welche Art der Versicherung es sich handelt. Eine Sucheigenschaft können dabei der Preis oder der Deckungsumfang darstellen.[139] Der Preis ist als Eigenschaft des Produktes dahingehend wesentlich, dass bei dem Kunden mit steigendem Preis auch das empfundene Kaufrisiko steigt.[140] In Fällen nicht beurteilbarer Qualität eines Produktes ist es dann auch der Preis, der für die Kaufentscheidung ausschlaggebend wird.[141] Vor Erwerb des Versicherungsproduktes wirkt sich vor allem dessen Immaterialität aus. Der Versicherungsnachfrager kann die Bedarfsgeeignetheit vorab nicht beurteilen. Insbesondere der Umstand, dass er eigene Informationen als externe Fakto-

---

135 *Altenburger*, ZVersWiss 2001, S. 621 (623).

136 *Oehler*, Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 2013, S. 230 (235).

137 *Nelso*n, The Journal of Political Economy, 1970, S. 311 (312 f.); *Darby/Karni,* The Journal of Law and Economics, 1973, S. 67 (68 f.); *Hirshleifer*, American Economic Review, 1973, S. 31 (37 f.).

138 Bruhn/Meffert (*Kuhlmann*), S. 165 (172 f.).

139 *Altenburger*, ZVersWiss 2011, S. 621 (625). *Altenburger* scheint auch die Dimension der Beratungsqualität als eine solche Sucheigenschaft zu betrachten. Unter der Annahme, dass es sich bei der Beratung um eine eigene Dienstleistung des Vermittlers handelt, welche mit dem Versicherungsprodukt in Zusammenhang stehen kann, kann diese eigenständig nach den Kategorien Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften beurteilt werden. Die eigenständige Eigenschaftsbeurteilung der Beratung beeinflusst die Annahme als Sucheigenschaft für das Versicherungsprodukt. Die Qualität der Beratung – insbesondere hinsichtlich der Bedarfseignung – kann sich für den Kunden bestenfalls durch Erfahrung beispielsweise im Leistungsfall zeigen; ohne solche Anhaltspunkte kann die Beurteilung gänzlich unmöglich sein, so dass der Kunde auf die Qualität vertrauen muss. Eine pauschale Einordnung der Beratungsqualität als Sucheigenschaft ist vor diesem Hintergrund fraglich.

140 *Kaas*, ZfbF 1992, S. 884 (887).

141 *Mensching,* S. 19.

ren einzubringen hat, bedingt diese fehlende Möglichkeit der Beurteilung. Denn selbst bei vorhandenen standardisierten Leistungskomponenten bedarf es dieser privaten Informationen des Versicherungsnachfragers zur individuellen Leistungserstellung. Zudem ist die Versicherung als Rechtsprodukt abstrakt und schafft nur die Voraussetzung für die Leistungserbringung im Versicherungsfall. Die Geschwindigkeit der Regulierung im Leistungsfall und der Umgang mit der Regulierung selbst stellen dann gegebenenfalls Erfahrungseigenschaften dar.[142] Die Versicherung ist danach jedenfalls ein Erfahrungs- oder Vertrauensgut.[143]

4. Komplexität und Erklärungsbedürftigkeit

Die AVB, die das eigentliche Versicherungsschutz- und Leistungsversprechen des Versicherers beinhalten, sind für den Versicherungsinteressenten, und bei weitem nicht nur für diesen, wegen ihrer Intransparenz[144] und Komplexität kaum verständlich, so dass der Kunde letztlich „nicht weiß, was er erwirbt".[145] Das Versicherungsprodukt als immaterielles Produkt besitzt selbst keine eigene Kommunikationswirkung und kommt daher als „erklärungsbedürftiges, individuelles Produkt (…) nur selten aufgrund unpersönlicher Kommunikation" zustande.[146] Aufgrund ihres hohen Erklärungsbedarfs sind Versicherungsprodukte Low-interest-Produkte.[147] Anders als viele Sachgüter besitzt das Versicherungsprodukt auch keinen sogenannten ‚want appeal', kann also nicht durch besondere optische oder andere Reize einen Erwerbswunsch bei den Nachfragern auslösen.[148] Vielmehr muss der Bedarf erst geweckt werden. Dass Versicherungsprodukte erklärungsbedürftig sind, ergibt sich unter anderem daraus, dass diese oftmals – entgegen der Überzeugung der Versicherungsnehmer – gerade nicht jedes Risiko abdecken, so dass zum Beispiel eine Hausratsversicherung nicht auch zwingend Glasbruch mit abdeckt und dieser demnach ge-

---

142 *Altenburger*, ZVersWiss 2011, S. 621 (626).

143 *Karten*, Ökonomische Aspekte, S. 5, abrufbar unter: http://hdl.handle.net/10419/54226.

144 *Hermes* sieht in diesem Zusammenhang die Einführung von umfassenden Schutzrechten für Rechtsprodukte als Anreiz für die Versicherungsunternehmen zur Schaffung innovativer Rechtsprodukte, insbesondere zur transparenteren Gestaltung der Produkte (*Hermes*, S. 27, zur Frage der derzeit bestehenden Schutzrechtslage für Versicherungsprodukte siehe insbesondere S. 32 ff.).

145 *Rixecker*, FS Käfer, S. 273 (274.).

146 *Vogel*, S. 92.

147 *Rehberg*, S. 65.

148 Bruhn/Meffert (*Maleri*), S. 117 (134).

sondert versichert werden muss, was für den Versicherungsnachfrager aus den AVB zumeist nicht ohne weiteres ersichtlich ist.[149]

Das Versicherungsprodukt ist ferner zeitraumbezogen und soll in der Zukunft liegende, mögliche Risiken erfassen mit der Folge, dass die Formulierungen der AVB sehr abstrakt sind, um die Mehrzahl der in der Zukunft liegenden Ereignisse potentiell zu erfassen.[150] Zugleich sind die AVB sehr umfangreich, da die Versicherer durch „sehr ausführliche Beschreibungen des versicherten Risikos bestehende Rechtsunsicherheiten" verringern wollen.[151] Für die Versicherungsnachfrager führen der hohe Abstraktionsgrad, die Verwendung von juristischen und versicherungstechnischen Fachbegriffen sowie von Verweisen auf Gesetzesbestimmungen und andere Regelungswerke dazu, dass diese die Klauseln in ihrer Wirkung nicht nachvollziehen, geschweige denn mögliche nachteilige wirtschaftliche Konsequenzen daraus erkennen können.[152]

Aufgrund der Komplexität und der Erklärungsbedürftigkeit wurde die Eignung von Versicherungsprodukten unter anderem zum Vertrieb über das Internet – obwohl ihre Immaterialität, sie gut handelbar in elektronischen Netzen macht – zuweilen in Frage gestellt.[153] Diese Einschätzung wird allerdings dadurch widerlegt, dass vor allem im Bereich des Vertriebs von Kfz-Haftpflichtversicherungen eine stärkere Nutzung des Abschlusses via Internet zu beobachten ist.[154]

5. Zwischenergebnis

Versicherungsprodukte sind Dienstleistungen, die allerdings einige Besonderheiten aufweisen. Sie haben keinen Selbstwerbeeffekt, so dass sie letztlich als sogenannte Low-interest-Produkte[155] nur schwer verkäuflich sind, was vor allem durch ihre Eigenschaft als Erfahrungs- und Vertrauensgut, ihre Immaterialität und die damit unmögliche Qualitätsbeurteilung im Vor-

149 *Schulenburg*, S. 260.
150 *Rehberg*, S. 33 f.
151 *Sonnenberg*, S. 43.
152 *Ihle*, S. 37.
153 *Altenburger*, ZVersWiss 2011, S. 621 (621).
154 *Gärtner/Noack,* VW 2013, S. 16 (16).
155 *Köhne/Kopp*, ZVersWiss 2007, S. 227 (237 f.).

feld des Erwerbs begründet werden kann.[156] Das Interesse der Verbraucher an Versicherungsprodukten ist trotz des Bewusstseins über ihre Notwendigkeit gering, da sie „weder unmittelbar lebensnotwendig noch ein Statussymbol“ sind.[157] Dass die AVB den wesentlichen Inhalt des Versicherungsprodukts darstellen, weshalb es ein Rechtsprodukt ist, ist den Kunden nicht bewusst, so dass sie – wie in der Regel bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen – den Inhalt gar nicht zur Kenntnis nehmen.[158] Aufgrund der abstrakten Formulierungen der AVB ist das Versicherungsprodukt auch erklärungsbedürftig und komplex. Durch die Entwicklung kapitalmarktnaher Versicherungsprodukte wie fondsgebundener Versicherungen[159] werden überdies die Grenzen zu anderen Finanzprodukten[160] wie Investmentfonds fließend.[161] So kann es nicht nur ein Produkt geben, welches zur Bedürfnisbefriedigung geeignet ist, sondern mehrere, die denselben Zweck erfüllen und in diesem Sinne für den Nachfrager substituierbar sind.[162]

II. Räumliche Marktabgrenzung

Das Versicherungsgeschäft ist trotz der unternommenen Deregulierung immer noch vorwiegend national bezogen und führt zur Entwicklung einer eigenen „nationalen Versicherungskultur“.[163] Die mit der Deregulierung des Versicherungsmarktes anvisierte Schaffung eines Versicherungsbinnenmarktes wurde nicht realisiert.[164] Es existieren weiterhin nationale Eigenheiten im Rahmen der Strukturen und Prozesse der Versicherungswirtschaft, so dass die Entstehung eines Versicherungsbinnenmarktes im Bereich des Privatkundengeschäfts daher noch eine sehr lange Entwicklungs-

---

156 *Köhne*, VW 1999, S. 842 (842); *ders.*, ZfV 2013, S. 262 (263).

157 *Sonnenberg*, S. 45.

158 *Eidenmüller*, JZ 2009, S. 641 (650), im Zusammenhang mit Rechtswahlklauseln.

159 Siehe hierzu Varianten der Ausgestaltung fondsgebundener Lebensversicherungen bei: *Dreher/Schmidt*, WM 2008, S. 377 (378 ff.). *Dreher/Schmidt* kommen zu dem Ergebnis, dass es sich bei einer solchen Versicherung um einen Versicherungsvertrag im Sinne des VVG handelt, „wenn sie die Übernahme eines lebenslangen Rentenrisikos des Versicherers zum Gegenstand hat“ (S. 380). Das Maß des Risikotransfers berührt diese Einordnung indes nicht (ebenda).

160 Zu den Begriffen der Finanzdienstleistung, des Finanzinstruments, des Finanzprodukts siehe: *Schmidt*, S. 15 ff.

161 A.a.O., S. 3.

162 Zur Frage der Nachfragesubstituierbarkeit bei bei Finanzprodukten siehe: *Schmidt*, S. 41 ff.

163 *Farny*, S. 171.

164 *Sonnenberg*, S. 54.