

Versicherungsrecht

Herausgeber: Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt/M.

Herausgeberbeirat: Prof. Dr. Walter Bayer, Jena; RA Dr. Gunne Bähr, LL.M., Köln; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München; Prof. Dres. iur. Dres. med. h. c. Erwin Deutsch †, Göttingen; Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz; RA Dr. Joachim Grote, Köln; VRIOLG Dr. Gregor Gundlach, Hamm; RiBGH Marion Harsdorf-Gebhardt, Karlsruhe; RA Dr. Bodo Hasse, LL.M., München; Prof. Dr. Helmut Heiss, LL.M., Zürich; VRIOLG Dr. Ulrich Herrmann, Karlsruhe; Prof. Dr. Robert Koch, LL.M., Hamburg; Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim; RA Dr. Bernd Michaels, Düsseldorf; Vizepräsident BGH a. D. Dr. Gerda Müller, Karlsruhe; Prof. Dr. Petra Pohlmann, Münster; Prof. Dr. Roland Rixecker, Saarbrücken; Prof. Dr. Martin Schauer, Wien; Prof. Dr. Andreas Spickhoff, München; VRIOLG a. D. Wilfried Terno, Karlsruhe; RiBGH Vera von Pentz, Karlsruhe; Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M., Berlin.

Hauptschriftleitung: Prof. Dr. Manfred Wandt. Weitere Mitglieder der Schriftleitung: Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M., Mannheim (Kranken- und Unfallversicherung, Straßenverkehrsrecht), Dr. Jürgen Bürkle, Stuttgart (Versicherungsaufsichts- und Versicherungsunternehmensrecht), VRIOLG a. D. Lothar Jaeger, Köln (Berufshaftungs- und Amtshaftungsrecht), RA Dr. Theo Langheid, Köln (Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, alle Versicherungszweige außer Haftpflicht- und Personenversicherung), Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf (Haftpflichtversicherung, Haftungsrecht, Sozialversicherungsrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht), Prof. Dr. Peter Reiff, Trier (Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, Vertriebsrecht, Prozessrecht).

VersR 69. Jahrgang

15. September 2018

Heft 18 · 1093–1156

Aufsätze

Vergütungen nach der IDD

Prof. Dr. Michael Gruber und Dr. Julia Baier, Salzburg*

I. Einleitung

1. Die Versicherungsvertriebsrichtlinie (Insurance Distribution Directive [IDD])¹ enthält anders als ihre Vorgängerin, die Versicherungsvermittlungsrichtlinie (Insurance Mediation Directive [IMD]),² auch Normen zur Vergütung des Vertreibers.³ Das ist zum einen deshalb von Bedeutung, weil der Anwendungsbereich der IDD erheblich erweitert wurde: War von der IMD bislang nur die Versicherungsvermittlung betroffen, regelt die IDD nunmehr den gesamten Versicherungsvertrieb. Dazu gehört auch der Direktvertrieb durch Versicherungsunternehmen.⁴

Zum anderen haben die Richtlinienbestimmungen auch mittelbar Einfluss auf die praktische Rechtsanwendung: Für Versicherungsanlageprodukte (*insurance-based investment products* [IBIPs]), also einen Teilanwendungsbereich der IDD, existiert eine (von bisher zwei) in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbare Delegierte Verordnung.⁵ Diese enthält eine detaillierte Bestimmung zur inhaltlichen Ausgestaltung der Vergütung im Versicherungsvertrieb, die auf die IDD insgesamt ausstrahlt.⁶ Aber auch die Vergütungsbestimmungen der IDD selbst sind jedenfalls in Deutschland und Österreich in Form von wörtlichen Übernahmen der deutschen Sprachfassung der Richtlinie in das nationale Recht umgesetzt worden.⁷ Zur richtlinienkonformen Auslegung dieser nationalen Vergütungsnormen ist es daher – jedenfalls im

Rahmen des Mindeststandards der IDD (unten unter 3) – unerlässlich, sich mit den einschlägigen Richtlinienbestimmungen näher zu beschäftigen.

2. Die Vergütungsbestimmungen der IDD normieren zum einen Offenlegungspflichten (Art. 19, 29 Abs. 1 IDD). Zum anderen setzt die IDD der Vergütung auch inhaltliche Grenzen (Art. 17 Abs. 3, 29 Abs. 2). Gemeinsam ist diesen Bestimmungen ihr Zweck, den Kunden zu schützen.

a) Dieser Kundenschutz soll einerseits durch Transparenz bewerkstelligt werden (*Offenlegungspflichten*). Ein durch Transparenz der Vergütung bewerkstelligter Kundenschutz ist ein Spezifikum des Vertriebs von Finanzprodukten (IDD, MiFID II). Zwar ist die Transparenz ein bekanntes Mittel zum Schutz des Kunden, man denke nur an die vielfältigen Informations- und Aufklärungspflichten im Verbraucherschutzrecht. Dass aber ein Unternehmer (Vermittler) Inhalte seiner mit einem anderen Unternehmer (Ver-

* Der Autor Prof. Dr. Michael Gruber ist Leiter des Forschungsinstituts Privatversicherungsrecht an der Universität Salzburg, die Autorin Dr. Julia Baier ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebendort.

sicherer) getroffenen Vergütungsvereinbarung gegenüber dem Kunden offenlegen muss, ist der Rechtsordnung in vergleichbaren Konstellationen der Absatzmittlung (z. B. Handelsvertreter) bisher unbekannt. Auch die Offenlegungspflicht des Versicherers mutet seltsam an: Ein Vertragspartner (Versicherer) muss dem anderen Vertragspartner vor Vertragsabschluss offenlegen, welche Art der Vergütung er (der Versicherer) seinen Angestellten bezahlt. Erklären lässt sich diese Offenlegungspflicht wohl nur damit, dass der Unionsgesetzgeber die Provision und das damit verbundene Interesse des Angestellten an einem möglichst hohen Umsatz als potenziell mit den Kundeninteressen konfliktierend betrachtet. Abgesehen von den inhaltlichen Beschränkungen für die Vergütung (dazu sogleich) soll der Kunde also zumindest darüber Bescheid wissen, dass der ihm gegenüber für den Versicherer auftretende Außendienstmitarbeiter auch „provisionsgetrieben“ ist.

b) Das Vergütungsregime der IDD geht aber noch weiter: Bestimmte *Inhalte* der Vergütungsvereinbarung sind *unzulässig*. Die IDD greift also in die privatautonome Gestaltung der Vergütung zwischen dem Versicherer und dem selbstständigen Vermittler (Agent, Makler) – sohin zwischen zwei Unternehmern – ein, um damit den Kunden des Vermittlers zu schützen. Analoges gilt für die dienstvertragliche Regelung der Vergütung zwischen dem Versicherer und seinem Außendienstmitarbeiter. Die Beschränkung der Privatautonomie rechtfertigt sich hier nicht wie sonst (etwa im Arbeitsrecht, Mietrecht oder Verbraucherschutzrecht) durch die Notwendigkeit, die strukturell unterlegene Vertragspartei zu schützen. Vielmehr ist es der Schutz eines vertragsfremden Dritten (Kunde), der in vertraglichen Kontakt mit einem Vertragspartner (Vermittler) tritt und in der Folge Vertragspartner der anderen Vertragspartei (Versicherer) wird. Beim Direktvertrieb durch den Versicherer liegen die Dinge etwas anders, wengleich nicht weniger spannend: Der Versicherer wird in seiner Freiheit, die Vergütung mit seinen Außendienstmitarbeitern zu vereinbaren, nicht (nur) durch arbeitsrechtliche Normen (z. B. Tarifvertrag), sondern (auch) zum Schutz des vom Mitarbeiter betreuten Kunden beschränkt.

Als Grundrechtseingriff bedarf die Beschränkung der privatautonomen Gestaltung der Vergütung einer sachlichen Rechtfertigung.⁸ Worin besteht diese sachliche Rechtfertigung? Der Unionsgesetzgeber rechtfertigt den inhaltlichen Eingriff in die Vergütungsvereinbarung damit, dass Vergütungen Interessenkonflikte hervorrufen und so dem Kundeninteresse schaden können.⁹ Zweck der inhaltlichen Vergütungsbeschränkungen sowohl des Art. 17 Abs. 3 IDD als auch des Art. 29 Abs. 2 IDD ist also die *Wahrung des Kundeninteresses*. Nicht nur im Lager des Kunden stehende Vermittler (Makler), sondern sämtliche Vertrieber, also auch die Versicherungsunternehmen selbst und deren Agenten, haben im besten Interesse des Kunden zu handeln. Der Kunde soll schon im Vorfeld konkreter Vermittlungsakte geschützt werden, indem Interessenkonflikte, die durch die Vergütung entstehen könnten, hintangehalten werden.¹⁰

Das Ziel der Wahrung des Kundeninteresses ist Teil jener Ziele, die mit der IDD insgesamt verfolgt werden: Anhebung des Kunden- bzw. Verbraucherschutzes; Stärkung des Vertrauens der Kunden in den Versicherungsmarkt.¹¹ Im Bereich der IBIPs, also für Art. 29 Abs. 2 IDD, kommt überdies das Ziel hinzu, den Anlegerschutz dem Niveau der MiFID II anzugleichen und somit Aufsichtsarbitrage zu vermeiden.¹² Auch MiFID II stellt mit ihren Vergütungsbeschränkungen¹³ auf die Wahrung des Kundeninteresses bzw. den Kunden- oder Verbraucherschutz ab. So sieht MiFID II in ihrem Erwägungsgrund 77 den Zweck hinter Beschränkungen von Vergütungen für Angestellte von Wertpapierfirmen im Verbraucherschutz.

Aus grundrechtlicher Sicht sind Kundenschutz (auch Anleger- und Verbraucherschutz) sowie die Stärkung des Vertrauens in den Markt bzw. auch die Marktintegrität je für sich, umso mehr in ihrer Kumulation sachliche Gründe, welche einen gesetzgeberischen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie von Versicherer und Vertrieber rechtfertigen.

3. Die IDD legt einen *Mindeststandard* fest¹⁴. Daher ist es den Mitgliedstaaten möglich, im nationalen Recht strengere Regelungen einzuführen; so auch bei den Vergütungsbestimmungen.¹⁵ Überdies bietet die IDD den Mitgliedstaaten *Umsetzungsoptionen*, für Vergütungen etwa in Art. 22 Abs. 3 IDD. Zu einer Vereinheitlichung der Vergütungspraktiken im europäischen Raum wird

- 1 Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 1. 2016 über Versicherungsvertrieb ABIEU L 26/19. In Kraft getreten am 23. 2. 2016. Ende der Umsetzungsfrist war der 1. 7. 2018 (die ursprünglich vorgesehene Umsetzungsfrist bis zum 23. 2. 2018 [vgl. Art. 42 IDD] war durch die Richtlinie [EU] 2018/411 zur Änderung der Richtlinie [EU] 2016/97 rückwirkend verschoben worden; vgl. *Ramharter ZFR* 2018, 203). Spätestens mit 1. 10. 2018 müssen die Umsetzungsbestimmungen angewendet werden.
- 2 Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 12. 2002 über Versicherungsvermittlung ABIEG L 9/3.
- 3 Deutlich erkennbares Vorbild ist MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU ABIEU L 173/349).
- 4 Eingehender zum Anwendungsbereich etwa *Gruber ZFR* 2016, 211 (211 f.); *Jabornegg* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 13, 23 ff.; *Koban/Keltner* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 37, 40 ff.; *Reiff VersR* 2016, 1533 (1535 f.).
- 5 Delegierte Verordnung (EU) 2017/2359 der Kommission vom 21. 9. 2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln ABIEU L 341 vom 20. 12. 2017, 8 – künftige „Deleg. Verordnung“.
- 6 Unten unter V 3 b und VI.
- 7 Vgl. für Deutschland §§ 48 a VAG, 14, 15 VersVerMV 2018 (Entwurf), 7 b VVG 2008; für Österreich §§ 128, 133, 135, 135 c VAG. Für die Versicherungsvermittler existiert in Österreich noch kein Umsetzungsentwurf (Juli 2018).
- 8 Für diese Zusammenhänge (Privatautonomie, Grundrechtsschutz) s. *Berka*, Die Grundrechte 1999 Rn. 712; *Bezemek* in Holoubek/Lienbacher, GRG-Kommentar 2014 Art. 16 Rn. 1 ff.; *Di Fabio* in Maunz/Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 ff.; VfSlg 12.227/1989.
- 9 Erwägungsgrund 46 der IDD. Allgemein auch Erwägungsgrund 10.
- 10 Vgl. auch Erwägungsgrund 39 zur IDD. Daher verbieten – wie noch zu zeigen sein wird (unten unter V 3) – Art. 17 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 2 IDD bereits solche Arten von Vergütungen, die nur dazu geeignet sind, ein Handeln entgegen den Kundeninteressen herbeizuführen.
- 11 Vgl. zu diesen allgemeinen Zielen der IDD Erwägungsgrund 10.
- 12 Erwägungsgrund 56 zur IDD.
- 13 MiFID II sieht in Art. 24 Abs. 9 ein – dem Art. 29 Abs. 2 IDD sehr ähnliches – Verbot für „inducements“, also Vorteile von dritter Seite für Wertpapierfirmen vor, sofern diese „inducements“ nicht dazu bestimmt sind, die Qualität der Dienstleistung für den Kunden zu verbessern und sie nicht die Verpflichtung der Wertpapierfirma, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, beeinträchtigen. Art. 24 Abs. 10 MiFID II schreibt – ähnlich Art. 17 Abs. 3 IDD – vor, dass eine Wertpapierfirma die Leistungen ihrer Angestellten nicht in einer Weise vergüten darf, die mit der Pflicht, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, kollidiert.
- 14 *Gruber ZFR* 2016, 211 (211); *Gisch/Weinrauch ecolex* 2016, 956 (957).
- 15 Art. 22 Abs. 2 und 29 Abs. 3 IDD.

es somit nicht kommen. Die Festlegung eines Mindeststandards und die Umsetzungsoptionen sind Zugeständnisse an die unterschiedlichen Vergütungssysteme in den diversen Mitgliedstaaten, die sich teils erheblich unterscheiden. So finden sich in einigen Staaten vorwiegend provisionsbasierte Modelle, in anderen sind Modelle der Honorarberatung vorherrschend. Eine Einigung auf ein bestimmtes Modell, verhandelt wurde ein Provisionsverbot, wäre wohl nicht zustande gekommen und hätte die Gesetzgebung der gesamten IDD blockiert. Somit stellen die Vergütungsregelungen der IDD eine *Kompromisslösung* dar.

Die politische Uneinigkeit in der Union beim Thema Vergütung zeigt sich paradigmatisch daran, dass man die „heiße Kartoffel“ Provisionsverbot an die Mitgliedstaaten weitergereicht hat: Nach Art. 22 Abs. 3 IDD können die Mitgliedstaaten Versicherungsvertreibern die Annahme oder den Erhalt von Gebühren, Provisionen oder anderen monetären oder nicht-monetären Vorteilen, die ihnen ein Dritter oder eine Person, die im Namen eines Dritten handelt, zahlt oder gewährt, im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Versicherungsprodukten beschränken oder untersagen. Die Bestimmung enthält also die Option für die Mitgliedstaaten, ein Provisionsverbot einzuführen.

4. Die IDD ist eine *Rahmenrichtlinie*¹⁶. Sie enthält an diversen Stellen Ermächtigungen für Level-2-Rechtsakte der Kommission. Eine der von der Europäischen Kommission bisher erlassenen Delegierten Verordnungen enthält (u. a.) Spezifizierungen für die Vergütung beim Vertrieb von IBIPs.¹⁷

II. Die Vergütung im Gesetzgebungsprozess der IDD

Wer den kompromisshaften Inhalt der Vergütungsbestimmungen in der IDD verstehen will, tut gut daran, sich ihren Entstehungsprozess näher anzusehen. Darin spiegelt sich der Interessengegensatz zwischen der Versicherungsindustrie und den Verbraucherschutzverbänden. Ihre Lobbyarbeit hat etwa drei Jahre hindurch die Positionen der Trilogparteien Kommission, Rat und Parlament deutlich beeinflusst. Wer sich ein überzeugendes und in sich logisches gesetzgeberisches Konzept zur Frage der Vergütung im Versicherungsvertrieb erwartet hatte, wurde spätestens am Ende des Trilogs enttäuscht. Herausgekommen ist ein das Binnenmarktziel konterkarierender politischer Kompromiss, bei dem vor allem die Zweispurigkeit der Regelungen für alle Versicherungsprodukte einerseits und für IBIPs andererseits dem Rechtsanwender noch einiges Kopfzerbrechen bereiten wird.¹⁸

Mit dem ersten Richtlinienvorschlag der Kommission vom 3. 7. 2012 strebte man vor dem Hintergrund der Finanzkrise¹⁹ u. a. auch die Verbesserung des Schutzes für VN, insbesondere beim Erwerb von IBIPs, an.²⁰ Ziel war es dabei, einen mit der MiFID²¹ vergleichbaren Verbraucherschutzstandard für Versicherungsanlageprodukte zu schaffen.²² In Anlehnung an die MiFID war im Richtlinienvorschlag deshalb neben speziellen Offenlegungspflichten betreffend IBIPs ein Verbot betreffend den Empfang von Zuwendungen Dritter – also ein Provisionsverbot – für den Fall vorgesehen, dass der Versicherungsvertreiber dem Kunden mitteilt, dass eine Beratung unabhängig erfolgt.²³ Auch generelle, also nicht bloß IBIPs betreffende, Offenlegungspflichten waren vorgesehen.²⁴ Hintergrund dafür war die Sorge vor Interessenkonflikten, die dadurch entstehen könnten, dass ein Versicherungsvermittler einerseits als Vermittler für den Kunden, andererseits als Vertriebskanal für das Versicherungsunternehmen agiert.²⁵ Ein Provisionsverbot für Versicherungsprodukte allgemein gab es nicht.

Der abgeänderte Entwurf des Parlaments von 26. 2. 2014²⁶ sah sodann überhaupt kein Verbot für Provisionen mehr vor. Er enthielt lediglich Offenlegungsregeln und die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, strengere Bestimmungen zu erlassen.

Mit dem am 13. 5. 2014 veröffentlichten ersten Vorschlag des Rates²⁷ zur Abänderung des Kommissionsvorschlags wurde wiederum keine Beschränkung für Provisionen im allgemeinen Bereich eingeführt; für IBIPs war allerdings eine Möglichkeit für die Mitgliedstaaten vorgesehen, Vergütungen von dritter Seite zu verbieten.

Am 20. 6. 2014 veröffentlichte der Rat einen neuen Vorschlag,²⁸ der nun erstmals eine Bestimmung vorsah, die den Mitgliedstaaten im Hinblick auf sämtliche Versicherungsprodukte die Möglichkeit einräumte, ein Provisionsverbot vorzusehen.²⁹ Gleich im Anschluss an diese Bestimmung – in Art. 15 Abs. 4 des Vorschlags – wurde vorgeschrieben, dass ein Versicherungsvertreiber sicherstellen solle, dass er seine Mitarbeiter („staff“) nicht in einer Weise vergütet oder bewertet, die mit der Verpflichtung, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, kollidiert. Diese Bestimmung entsprach jener des Art. 24 Abs. 10 MiFID II und bezog sich nur auf die Vergütung der Angestellten eines Vertreibers, somit nicht auf Vermittler im Sinne der IMD. Für IBIPs sollten die Mitgliedstaaten gem. Art. 24 Abs. 10 des Vorschlags sicherstellen, dass Vergütungen von dritter Seite nur erlaubt sind, wenn sie geeignet sind, die Dienstleistungsqualität zu verbessern und nicht die Verpflichtung, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, beeinträchtigen. Diese Bestimmung entsprach im Wesentlichen jener des Art. 24 Abs. 9 MiFID II.

Am 8. 9. 2014 erging ein neuerlicher Vorschlag des Rates,³⁰ mit welchem die Bestimmung über die Möglichkeit der Einführung eines allgemeinen Provisionsverbots für sämtliche Versicherungsprodukte gestrichen wurde und der die allgemeine Regelung betreffend Vergütungen für Angestellte so abänderte, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen sollten, dass Vertreter (und nicht mehr bloß Mitarbeiter der Vertreter) nicht in einer Weise vergütet werden oder sie ihre Angestellten („employees“) nicht in einer Weise vergüten, die mit der Best-interest-Verpflichtung kollidieren. Mit diesem Vorschlag wurde somit jene Regelung eingeführt, die nun nach Art. 17 Abs. 3 IDD als allgemeine Regelung eines Verbots für bestimmte Provisionen gilt.

16 Gruber ZFR 2016, 211 (211); Jabornegg in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 13, 33 f.

17 Art. 8 Deleg. Verordnung – unten unter V 3 b und VII.

18 Weiterführend unten unter V 1.

19 Kritisch zur Bezugnahme auf die Finanzkrise als Rechtfertigung für eine Neugestaltung der IMD etwa Gisch/Weinrauch *ecolex* 2016, 956.

20 Vgl. Ramharter ZFR 2012, 213 (213).

21 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 4. 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates.

22 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung (Neufassung) 3. 7. 2012 COM(2012) 360 final auf S. 2 und Erwägungsgrund 42. Vgl. dazu Ramharter ZFR 2012, 213 (214).

23 Art. 24 Abs. 5 b des Vorschlags.

24 Art. 17 des Vorschlags.

25 Vgl. auch Erwägungsgründe 29, 31 des Vorschlags.

26 P7_TA(2014)0155.

27 Council of the European Union 9760/14.

28 Council of the European Union 11141/14.

29 Art. 15 Abs. 3 des Vorschlags: "Member States may prohibit the acceptance or receipt of fees, commissions or monetary benefits paid or provided to insurance distributors by any third party or a person acting on behalf of a third party in relation to the distribution of insurance products."

30 Council of the European Union 12961/14.

Mit dem Vorschlag des Rates vom 15. 10. 2014³¹ wurde an der allgemeinen Bestimmung zum Provisionsverbot nichts mehr geändert. Jene betreffend IBIPs wurde dahin gehend geändert, dass die Provisionen nun nicht mehr (wie in MiFID II) zur Verbesserung der Dienstleistung geeignet zu sein hatten, sondern lediglich keinen „detrimental impact“ auf die Dienstleistung haben durften. Diese Bestimmung entsprach somit der heute geltenden Regelung des Art. 29 Abs. 2 IDD.

III. Der sachliche Anwendungsbereich – die Vergütung

Die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs der IDD-Vergütungsnormen wird dadurch erschwert, dass die Richtlinie keine einheitliche Terminologie verwendet. Vor allem fällt dieser Umstand im Vergleich der für alle Versicherungsprodukte geltenden Bestimmungen (Art. 17, 19 IDD) mit jenen Regelungen auf, die nur für IBIPs gelten (Art. 29 IDD). Diese Zweiteilung hat bekanntlich historische Gründe: Die Bestimmungen über IBIPs wurden bereits durch MiFID II in die IMD eingefügt und folgen der Terminologie ihres unmittelbaren Vorbilds (MiFID II).³² Die anderen Bestimmungen wurden erst im Zuge der Entstehung der IDD³³ geschaffen. Dabei hat man es leider verabsäumt, die Terminologie zu vereinheitlichen.

Art. 17 Abs. 3 und Art. 19 IDD sprechen von „Vergütungen“. Diese werden in Art. 2 Abs. 1 Nr. 9 IDD definiert. Danach sind Vergütungen alle Arten von Provisionen, Gebühren, Entgelten oder sonstigen Zahlungen, einschließlich wirtschaftlicher Vorteile jeglicher Art, oder finanzielle oder nichtfinanzielle Vorteile oder Anreize, die in Bezug auf Versicherungsvertriebstätigkeiten angeboten oder gewährt werden. Erfasst sind somit nicht bloß monetäre Vorteile, sondern grundsätzlich alles, was für eine Versicherungsvertriebstätigkeit gewährt oder angeboten wird, unabhängig davon, wie hoch der gewährte Vorteil ist. Eine Bagatelgrenze ist nicht vorgesehen. Sämtliche Arten von Provisionen, Bonifikationen oder etwa Incentives fallen unter den Begriff der Vergütung nach der IDD.

Art. 29 Abs. 1 IDD erfasst „sämtliche Kosten und verbundene Gebühren“. Art. 29 Abs. 2 IDD spricht von „Provisionen, Gebühren und nichtmonetären Vorteilen“.³⁴ Art. 29 Abs. 4 IDD, der die Ermächtigung an die Kommission enthält, Abs. 2 zu konkretisieren, verwendet den Begriff „Anreize“. Die Deleg. Verordnung definiert den Begriff „Anreiz“ als

„alle Arten von Gebühren, Provisionen oder nichtmonetären Vorteilen, die einem Vermittler oder Unternehmen von einem Dritten – mit Ausnahme des am Geschäft beteiligten Kunden oder einer im Namen des Kunden handelnden Person – oder die einem solchen Dritten vom Vermittler oder Unternehmen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten gezahlt bzw. gewährt werden“ (Art. 2 Z 2 Deleg. Verordnung).

Der Begriff Anreiz ist somit mit „Provisionen, Gebühren und nichtmonetären Vorteilen“ i. S. d. Art. 29 Abs. 2 IDD gleichzusetzen.

Sind damit von Art. 29 Abs. 2 IDD nur „klassische“ Provisionen, also Vergütungen, die anlässlich der Vermittlung eines konkreten Versicherungsvertrags gezahlt werden, aber keine Bonifikationen ohne Bezug zu einem konkreten Versicherungsvertrag erfasst? Dies ist zu verneinen: Sowohl die IDD als auch die Deleg. Verordnung gehen von einem weiten Begriffsverständnis aus.³⁵ „Provision“ erfasst nicht nur klassische Provisionen, sondern schließt Bonifikationen mit ein. Denn die englischen Begriffe *contingent commission* und *profit commission* umfassen Fälle wie die im deutschen/österreichischen Versicherungsvertrieb typischen Bonifikationen und sind damit von der (englischen) Formulierung des Art. 29 Abs. 2 IDD und der Deleg. Verordnung – *commission* – erfasst.³⁶

Zumal dieses Begriffsverständnis mit dem Zweck des Art. 29 Abs. 2 IDD übereinstimmt. Art. 29 Abs. 2 IDD möchte verhindern,

dass an Vertreter gegebene Vorteile (von dritter Seite) das Handeln im besten Interesse des Kunden beeinflussen. Ein negativer Einfluss kann aber sowohl von Provisionen als auch von Bonifikationen ausgehen. Dass Bonifikationen erfasst sein sollen, lässt sich auch ohne Weiteres daraus erschließen, dass die Deleg. Verordnung u. a. auf das Erreichen bestimmter Verkaufsvolumina für den Erhalt von Anreizen abstellt, somit auf eine klassische Ausprägung von Bonifikationen.³⁷

Der sachliche Anwendungsbereich der Vergütungsbestimmungen in der IDD ist also grundsätzlich derselbe. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 29 Abs. 2 nur solche Vorteile erfasst, die von dritter Seite stammen.³⁸

IV. Vergütungen beim Vertrieb sämtlicher Versicherungsprodukte

1. Offenlegung

Nach Art. 19 Abs. 1 d IDD sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass der Versicherungsvermittler dem Kunden rechtzeitig vor Abschluss eines Versicherungsvertrags die Art der im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag erhaltenen³⁹ Vergütung mitteilt.⁴⁰ Nach Art. 19 Abs. 4 IDD sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass jedes Versicherungsunternehmen rechtzeitig vor Abschluss eines Versicherungsvertrags dem Kunden die Art der Vergütung mitteilt, die seine Angestellten im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag erhalten.⁴¹ Über die *Art der Vergütung* ha-

31 Council of the European Union 14341/14.

32 Gruber ZFR 2014, 261; 2016, 211 (211); 2016, 275 (279).

33 Oben unter II.

34 Englisch: „*commission, fee, non-monetary benefit*“; französisch: „*commission, honoraire, avantage non monétaire*“.

35 Erwägungsgrund 56 der IDD, der auf die Sonderregelungen für IBIPs Bezug nimmt, spricht davon, dass zu den Regelungen, welche für IBIPs im Speziellen vorzusehen seien, auch Beschränkungen hinsichtlich der „Vergütung“ gehören müssten. Für das weite Begriffsverständnis spricht auch der entstellungsgeschichtliche Hintergrund der Norm: Art. 29 Abs. 2 IDD hat sein unmittelbares Vorbild in Art. 24 Abs. 9 MiFID II. Auch dort ist lediglich von Gebühren, Provisionen und nichtmonetären Vorteilen die Rede. Allerdings ist dies eine Ausnahme in Art. 24 MiFID II. Alle anderen Absätze der Bestimmung, welche Vorteile erwähnen, listen auch sonstige monetäre Vorteile auf, selbst Unterabs. 2 des Abs. 9, der, wie sich aus Struktur und Zusammenhang ergibt, eindeutig keinen anderen Anwendungsbereich haben sollte als Unterabs. 1. Die Nichterwähnung sonstiger monetärer Vorteile dürfte somit auf einem Redaktionsversehen beruhen, das in die IDD übernommen wurde.

36 Vgl. auch EIOPA-17/048, 45.

37 Unten unter VII 2 und 6. Auch EIOPA, die vorbereitend zur Deleg. Verordnung einen Technical Advice (EIOPA-17/048) erstellt hatte, versteht unter Anreiz alles, was nur irgendwie einen Vorteil darstellt. So war im Technical Advice der Begriff Anreiz auch als jede Gebühr, Provision und jeglicher monetärer oder nichtmonetärer Vorteil umschrieben. In der nunmehrigen Deleg. Verordnung sind zwar andere „monetäre“ Vorteile nicht mehr erwähnt. Die Kommission wollte aber offensichtlich nicht vom Verständnis der EIOPA abgehen. Denn sie führt in ihrer Begründung zur Deleg. Verordnung jene Punkte konkret an, in denen sie vom Technical Advice der EIOPA abweicht (C[2017] 6229 final 3). Von Anreizen ist dort nicht die Rede.

38 Dazu noch genauer unten unter V 3 a.

39 Es kommt nicht darauf an, dass der Vermittler die Vergütung tatsächlich bereits erhalten hat, sondern lediglich darauf, dass sie ihm im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss zukommen soll; vgl. dazu Schauer in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 69, 84 f.

40 Die Modalitäten der Auskunftserteilung regelt Art. 23 IDD.

41 § 133 Abs. 2 Nr. 12 VAG [Österreich]; § 15 Abs. 1 Nr. 5 VersVermV 2018 (Entwurf).

ben also Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen gleichermaßen zu informieren.⁴² Die Mitgliedstaaten können strengere Regeln erlassen (Art. 22 Abs. 2 IDD).⁴³

Lediglich Versicherungsvermittler, nicht aber Versicherungsunternehmen, haben überdies nach Art. 19 Abs. 1 e IDD mitzuteilen, ob sie im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag (i) auf Basis einer Gebühr arbeiten, die Vergütung also direkt vom Kunden bezahlt wird, (ii) auf Basis einer Provision arbeiten, die Vergütung also in der Versicherungsprämie enthalten ist, (iii) auf Basis einer anderen Art von Vergütung arbeiten, einschließlich wirtschaftlicher Vorteile jeglicher Art, die im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag angeboten oder gewährt werden, oder (iv) auf Basis einer Kombination einer Art von Vergütung arbeiten, die in den Ziffern i, ii und iii genannt ist.⁴⁴

Für Versicherungsvermittler wird also der Inhalt der Mitteilung über die Vergütungsart (Art. 19 Abs. 1 d IDD) in Buchst. e näher definiert. Prototypisch geht es dabei um die Information, ob der Vermittler auf Honorar- oder Provisionsbasis arbeitet. Für die Information des Versicherungsunternehmens über die Vergütungsart ihrer Angestellten (Art. 19 Abs. 4 IDD) sieht die Richtlinie dagegen keine näheren Spezifikationen vor. Es wird hier praktisch vor allem um die Information des Kunden darüber gehen, dass der Angestellte für einen von ihm getätigten Abschluss eine Provision erhält. Die dahinterstehende Teleologie ist schon angesprochen worden:⁴⁵ Der Kunde soll darüber Bescheid wissen, dass der ihm gegenüber für den Versicherer auftretende Außendienstmitarbeiter auch „provisionsgetrieben“ ist.

Sowohl der Vermittler als auch das Versicherungsunternehmen haben den Kunden nur über die Art, *nicht* aber über die Höhe der Vergütung zu informieren.⁴⁶ Anderes gilt nur, wenn der Versicherungsvermittler auf Basis einer Gebühr arbeitet, die Vergütung also direkt vom Kunden bezahlt wird (Art. 19 Abs. 1 e Z (i) IDD): Ist nämlich die *Gebühr direkt vom Kunden zu bezahlen*, informiert der Versicherungsvermittler den Kunden über den Betrag der Gebühr oder, falls dies nicht möglich ist, über die Methode zur Berechnung der Gebühr (Art. 19 Abs. 2 IDD). Diese Information wird der Kunde schon dadurch erhalten, dass die Gebühr ja zwischen ihm und dem Vermittler vereinbart werden muss.⁴⁷ Darin besteht auch die *ratio legis*: Der Kunde soll wissen, wie viel er an den Versicherer (Nettoprämie) und wie viel an den Vermittler (Gebühr) zu zahlen hat. Nur so ist dem Kunden ein Kostenvergleich mit anderen Anbietern möglich, auch wenn diese eine Bruttoprämie anbieten.

Dass der Kunde beim Provisionsvertrieb nicht erfährt, wie viel der Vermittler (Angestellte des Versicherungsunternehmens) von der Bruttoprämie als Provision erhält, ist bei dem von der IDD verfolgten Transparenzkonzept eigentlich inkonsequent. Die Provisionshöhe ist allerdings ein wichtiger Kostenfaktor auf dem ohnehin umkämpften Versicherungsvertriebsmarkt. Die Versicherungsunternehmen und ihre Vertriebspartner betrachten daher ihr jeweiliges Provisionssystem kaum überraschend und wohl nicht zu Unrecht als Geschäftsgeheimnis. Dem EU-Gesetzgeber war daher ein Eingriff durch Transparenz offenbar zu heikel. Für den neutralen Beobachter bleibt der Eindruck eines politischen Kompromisses. Denn systematisch-logisch lässt sich kaum erklären, warum die Provisionshöhe nicht offenzulegen ist, wenn der EU-Gesetzgeber gleichzeitig inhaltliche Beschränkungen für die Vergütung vorgibt.⁴⁸

Beim Direktvertrieb muss der Versicherer wie ausgeführt nur die Art der Vergütung seiner Angestellten offenlegen. Hier erscheinen die Offenlegungsbestimmungen gemessen an ihrem Zweck lückenhaft: Der Vermittler hat die Art seiner Vergütung näher zu spezifizieren. Erhält der Vermittler die Vergütung („Gebühr“) vom Kunden, ist dieser auch über die Höhe zu informieren. Der Versicherer erhält die Vergütung beim Direktvertrieb immer vom Kunden. Der Versicherer muss den Kunden darüber informieren, welche Art der Vergütung der Versicherer an seinen Außen-

dienstmitarbeiter weiterreicht. Handelt es sich dabei um eine in die Prämie eingepreiste Provision, erfährt der Kunde deren Höhe nicht. Das ist auch beim Vermittler so. Beim Honorarvertrieb durch den Vermittler ist der Kunde über die Honorarhöhe zu informieren. Sollte – was derzeit unüblich ist, aber künftig vielleicht wegen der gesetzlichen Restriktionen für die Provision kommen könnte – der Direktvertrieb als Honorarvertrieb erfolgen, braucht diese Information nicht zu erfolgen. Mit anderen Worten: Beim Direktvertrieb erfährt der Kunde nur die Bruttoprämie und welche Vergütungsart der Außendienstmitarbeiter erhält.

Wenn überhaupt, so ließe sich diese Differenzierung mit dem schutzwürdigen Interesse des Außendienstmitarbeiters des Versicherers an der Geheimhaltung seines Einkommens gegenüber dem Kunden rechtfertigen. Dieses Argument gilt aber ebenso für den selbstständigen Vermittler. Gemessen am Zweck der Offenlegung der Vergütung nach der IDD müsste der Kunde auch beim Direktvertrieb darüber informiert werden, wie viel er (im Gesamtbetrag der Prämie enthalten) für die Beratung bezahlt. Denn sonst erfährt der Kunde zwar, dass ein Honorarvertrieb erfolgt, anders als beim Vermittlervertrieb erhält er aber keine Kenntnis über die Honorarhöhe. Ein Konditionenvergleich mit anderen Anbietern – oben als *ratio legis* identifiziert – ist dem Kunden nicht möglich.

2. Inhaltliche Beschränkungen

Art. 17 Abs. 3 S. 1 IDD⁴⁹ sieht ein Verbot für sämtliche Vergütungen im Versicherungsvertrieb vor, sofern die Vergütungsweise mit der Pflicht der Vertrieber, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert.⁵⁰ Damit knüpft Art. 17 Abs. 3 IDD an Art. 17 Abs. 1 IDD an. Nach Art. 17 Abs. 1 IDD haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Versicherungsvertrieber gegenüber ihren Kunden stets ehrlich, redlich und professionell in deren bestmöglichem Interesse handeln.⁵¹

Es kommt nicht darauf an, ob es in einem konkreten Fall durch die Vergütung zu einem Nachteil eines bestimmten Kunden bzw. zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung seiner Interessen kommt. Eine Vergütungsweise ist immer dann verboten, wenn sie dazu geeignet ist, den Vertrieber nicht im Interesse der Kunden, sondern im Eigeninteresse handeln zu lassen. Bereits dann kommt es zu ei-

42 Gruber ZFR 2016, 211 (215).

43 Schauer in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 69, 85; Reiff r+s 2016, 593 (598); VersR 2016, 1533 (1540).

44 § 15 Abs. 1 Nr. 6–8 VersVermV (Entwurf).

45 Oben unter I.

46 Gruber ZFR 2016, 211 (215); Ramharter ZVersWiss 2016, 221 (229); Schauer in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 69, 85; Reiff VersR 2016, 1533 (1539); Reiff/Köhne VersR 2017, 649 (653).

47 Brömmelmeyer r+s 2016, 269 (274).

48 Unten unter IV 2 und V 3.

49 „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Versicherungsvertrieber nicht in einer Weise vergütet werden oder die Leistung ihrer Angestellten nicht in einer Weise vergüten oder bewerten, die mit ihrer Pflicht, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert.“ § 128 Abs. 3 S. 1 VAG (Österreich); § 48 a Abs. 1 S. 1 VAG (Deutschland); § 14 Abs. 2 S. 1 VersVermV (Entwurf).

50 In der englischen Sprachfassung heißt es „in a way that conflicts with their duty to act in accordance with the best interests of their customers“; die französische Version lautet: „d'une façon qui aille à l'encontre de leur obligation d'agir au mieux des intérêts de leurs clients“.

51 Die Bestimmung wurde aus der MiFID II übernommen; vgl. Gruber ZFR 2016, 211 (213 f.); Schauer in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 69, 76.

ner Kollision⁵² mit der Pflicht des Vertreibers zum Handeln im bestmöglichen Kundeninteresse.⁵³ Das heißt aber auch, dass die Zahlung einer Vergütung selbst keine Pflichtverletzung nach Art. 17 Abs. 1 IDD ist. Vielmehr soll verhindert werden, dass die Vergütung zu einer Pflichtverletzung veranlasst. Es geht also um einen präventiven Kundenschutz, bevor es überhaupt zu einer Pflichtverletzung durch den Vertreter gegenüber dem Kunden kommt. Dennoch ist die nicht dem Art. 17 Abs. 3 IDD entsprechende Vergütung unzulässig. Sie ist von den Mitgliedstaaten zu verbieten.

Die generell-abstrakte Eignung der Vergütung zur Kollision mit der Pflicht zum Handeln im bestmöglichen Interesse des Kunden kann nur beurteilt werden, wenn man sich fragt, worin diese Pflicht besteht und wie weit sie reicht. Hier wird mit *Schauer*⁵⁴ anzunehmen sein, dass der Umfang der Pflicht differiert, etwa je nachdem, wie sich die Produktpalette gestaltet, die der Vertreter anzubieten hat, oder ob eine Vermittlung mit oder ohne Beratung stattfindet. Es wird also auch von der Rolle abhängen, die der Versicherungsvertreiber im vorvertraglichen Stadium übernimmt, welchen Anforderungen sein Handeln im bestmöglichen Kundeninteresse entsprechen muss.⁵⁵ Vereinfacht gesagt: Bei einer Beratung wird die Vergütung des Beraters eher geeignet sein mit seiner Pflicht zum Handeln im bestmöglichen Interesse des Kunden zu kollidieren als bei einer bloßen Vermittlung. Denn die Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Kunden geht schon nach geltendem Recht bei einer Beratung weiter als bei einer Vermittlung.

Art. 17 Abs. 3 S. 2 IDD⁵⁶ konkretisiert die Regel des Satzes 1 mit Beispielen („insbesondere“). Genannt sind durch Vergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise geschaffene Anreize, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl der Versicherungsvertreiber ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnte. Auch hier wird wie in S. 1 deutlich, dass die abstrakte Eignung, einen solchen Anreiz zu schaffen, genügt.⁵⁷ Mit der Vergütung knüpft S. 2 an S. 1 an: Könnte die Vergütung für den Vertreter einen Anreiz schaffen, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl der Versicherungsvertreiber ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnte, so kollidiert diese Vergütung mit dessen Pflicht, im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln. Bemerkenswert ist, dass der Unionsgesetzgeber ausdrücklich auf Verkaufsziele als Form der Anreizschaffung abhebt.⁵⁸ Dies lässt den Schluss zu, die IDD betrachte quantitative Kriterien für die Vergütung als besonders anfällig, einen Konflikt mit dem bestmöglichen Kundeninteresse zu verursachen. Diese gesetzgeberische Skepsis verstärkt sich – so viel sei vorweggenommen – in der zu Art. 17 Abs. 3 korrespondierenden Norm für IBIPs (Art. 29 Abs. 2 IDD) und in der dazu ergangenen Deleg. Verordnung (unten V 3 und VI).

V. Versicherungsanlageprodukte betreffende Vergütungsbestimmungen

Die vergütungsrelevanten Bestimmungen des Art. 29 Abs. 1 und 2 IDD gelten, wie erwähnt, nur für den Vertrieb von IBIPs. Für diese Art von Versicherungsprodukten trifft die IDD somit ein Mehr an Vorgaben hinsichtlich Vergütungen – die allgemeinen Bestimmungen sind daneben ebenfalls zu beachten.⁵⁹

1. Versicherungsanlageprodukte⁶⁰

Nach einhelliger Ansicht⁶¹ entspricht die Definition der IBIPs in Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 IDD⁶² jener, die in der PRIIP-VO⁶³ gilt. Der Begriff ist daher für IDD und PRIIP-Verordnung einheitlich auszulegen.⁶⁴

a) Anwendungsbereich

Einigkeit besteht weitgehend darüber, dass fonds- und indexgebundene Lebensversicherungen IBIPs sind.⁶⁵ Sie fallen unter den Wortlaut des Grundtatbestands der Definition, da sie einen

Fälligkeits- bzw. Rückkaufwert bieten, der Marktschwankungen ausgesetzt ist. Fonds- und indexgebundene Lebensversicherungen waren wohl auch diejenigen Produkte, die der Unionsgesetzgeber vordergründig vor Augen hatte, als er die Sonderre-

52 Zu einem *conflict* oder zu einem *aller à l'encontre*.

53 Dies deckt sich auch mit Erwägungsgrund 39 der IDD, der die Ausrichtung der Richtlinie hinsichtlich eines verbesserten Kundenschlutzes hervorhebt, indem er auf das durch das größere Spektrum an Versicherungsvertriebstätigkeiten mittlerweile erhöhte Potenzial für Interessenkonflikte hinweist und es als erforderlich beschreibt, Bestimmungen vorzusehen, die sicherstellen, dass solche Interessenkonflikte die Interessen der Kunden nicht beeinträchtigen.

54 *Schauer* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 69, 77.

55 *Schauer* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 69, 77.

56 „Insbesondere trifft ein Versicherungsvertreiber keine Vorkehrungen durch Vergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise, durch die Anreize für ihn selbst oder seine Angestellten geschaffen werden könnten, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl der Versicherungsvertreiber ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnte.“ § 128 Abs. 3 S. 2 VAG (Österreich); § 48 a Abs. 1 S. 2 VAG (Deutschland); § 14 Abs. 2 S. 2 VersVermV 2018 (Entwurf).

57 Arg „geschaffen werden könnten“ (Hervorhebung durch die Verfasser).

58 „... keine Vorkehrungen durch Vergütung, Verkaufsziele oder in anderer Weise ...“ (Hervorhebung durch die Verfasser). In der englischen Fassung „sales targets“, in der französischen Fassung „forme d'objectifs de vente“.

59 S. Art. 26 IDD, wonach die Vorschriften des Kapitel VI zusätzliche Anforderungen im Vergleich zu den gemäß den Art. 17–20 anwendbaren Anforderungen an den Versicherungsvertrieb festlegen.

60 Dazu jetzt auch *Baier* ZFR 2018, 166.

61 *Fenyves* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 121 m. w. N.

62 „Versicherungsanlageprodukt [ist] ein Versicherungsprodukt, das einen Fälligkeitswert oder einen Rückkaufwert bietet, der vollständig oder teilweise direkt oder indirekt Marktschwankungen ausgesetzt ist, mit Ausnahme von

a) in Anhang I der Richtlinie 2009/138/EG [i. e. Solvency II Anmerkung der Verfasser] genannten Nichtlebensversicherungsprodukten (Versicherungszweige der Nichtlebensversicherung);

b) Lebensversicherungsverträgen, deren vertragliche Leistungen nur im Todesfall oder bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Körperverletzung, Krankheit oder Gebrechen zahlbar sind;

c) Altersvorsorgeprodukten, die nach nationalem Recht als Produkte anerkannt sind, deren Zweck in erster Linie darin besteht, dem Anleger im Ruhestand ein Einkommen zu gewähren, und die dem Anleger einen Anspruch auf bestimmte Leistungen einräumen;

d) amtlich anerkannten betrieblichen Altersversorgungssystemen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/41/EG [Richtlinie über Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung Anmerkung der Verfasser] oder der Richtlinie 2009/138/EG fallen;

e) individuellen Altersvorsorgeprodukten, für die nach nationalem Recht ein finanzieller Beitrag des Arbeitgebers vorgeschrieben ist und die bzw. deren Anbieter weder der Arbeitgeber noch der Beschäftigte selbst wählen kann.“

63 Art. 4 Nr. 2 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 11. 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP) ABIEU L 352/1.

64 *Reiff r+s* 2016, 593 (600); *VersR* 2016, 1533 (1542); *Reiff/Köhne* *VersR* 2017, 649 (654); *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (271); *Fenyves* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 121.

65 *Fenyves* in Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 122 m. w. N.; *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (271); *Reiff* *VersR* 2016, 1533 (1542); differenzierter *Reiff/Köhne* *VersR* 2017, 649 (656); *Beyer* *VersR* 2016, 293 (294).

gelingen für IBIPs schuf.⁶⁶ Nicht als IBIP zu qualifizieren könnten fonds- und indexgebundene Lebensversicherungsprodukte nur dann sein, wenn sie einen der Ausnahmetatbestände erfüllen.

Der Ausnahmetatbestand der Buchst. a ist dahin gehend jedenfalls nicht relevant. Er verweist gerade auf Nichtlebensversicherungsprodukte im Anhang zur Solvency-II-Richtlinie.⁶⁷ Nichtlebensversicherungsprodukte sind somit keine IBIPs. Dazu gehören die Schadensversicherung sowie die Kranken- und Unfallversicherung.⁶⁸ Auch die Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr ist vom Ausnahmetatbestand erfasst,⁶⁹ selbst wenn sie kapitalbildende Elemente umfasst und somit mit einem Anlageprodukt zu vergleichen wäre.⁷⁰ Der Unionsgesetzgeber wollte offensichtlich nur (bestimmte) Lebensversicherungsprodukte als IBIPs erfassen. Wenn man bedenkt, dass die Sonderregelungen der IDD zu IBIPs den „Anlagecharakter“ bestimmter Versicherungsprodukte erfassen sollten, ist es nicht ganz verständlich, weshalb der Unionsgesetzgeber nur Lebensversicherungen mit Anlagecharakter behandeln wollte und nicht auch Produkte anderer Zweige mit Anlagecharakter.⁷¹

Von den Lebensversicherungsprodukten werden mit Buchst. b wiederum solche ausgenommen, die nur im Todesfall oder im Fall von Arbeitsunfähigkeit infolge von Körperverletzung, Krankheit oder Gebrechen leisten. Darunter fallen die reinen Risikolebensversicherungen.⁷² Auch solche Risikolebensversicherungen, die einen Rückkaufswert bieten, sind keine IBIPs: Sie fallen zwar – wenn der Rückkaufswert Marktschwankungen unterliegt – unter den Wortlaut des Grundtatbestands, sind aber keine Anlageprodukte, also Produkte, die ein Kunde – auch – zur Geldanlage erwirbt. Der Rückkaufswert dient nicht der Anlage von Kapital, sondern kommt aufgrund besonderer Beitragskalkulation zustande.⁷³

Beim Ausnahmetatbestand des Buchst. c ist strittig, wann ein Altersvorsorgeprodukt als „nach nationalem Recht anerkannt“ gilt. In Deutschland ist anerkannt, dass die Riester- und Rürup- (auch Basis)-Renten unter den Buchst. c fallen.⁷⁴ Unseres Erachtens ist es nicht ausschlaggebend, ob die staatliche Anerkennung durch einen formalen Akt (etwa einen Verwaltungsakt) vorgenommen wird. Auch etwa eine bloß sich aus dem Gesetz ergebende steuerliche Privilegierung kann für die „Anerkennung“ im Sinne der IDD ausreichen. Jedoch muss diese Anerkennung, also eben die steuerliche Privilegierung, gerade deshalb gewährt werden, weil es sich bei dem Produkt um eines handelt, das ein Einkommen im Ruhestand gewähren soll, also zur Altersvorsorge dient, der Gesetzgeber es als ein solches Produkt sieht. Der Zweck der Förderung muss somit in der Förderung der Altersvorsorge liegen.⁷⁵

Der Ausnahmetatbestand des Buchst. d – amtlich anerkannte betriebliche Altersversorgungssysteme, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/41/EG⁷⁶ oder der Richtlinie 2009/138/EG fallen – erfasst in Österreich etwa die Betriebspensionen nach § 2 BPG,⁷⁷ die in Form einer Lebensversicherung gewährt werden, also insbesondere die betriebliche Kollektivversicherung, die Direktversicherung und die Pensionsrückdeckungsversicherung.⁷⁸ Es zeigt sich, dass das Kriterium der „amtlichen Anerkennung“ auch dann als gegeben erachtet wird, wenn eine gewisse gesetzliche Anerkennung erfolgt.⁷⁹ Dies wird auch durchaus durch die englische Sprachfassung unterstützt, die von *officially recognised* spricht und somit nicht einen behördlichen Akt derart nahelegt wie die deutsche Fassung.

Unter den letzten Ausnahmetatbestand des Buchst. e wird etwa das deutsche Modell der von Unterstützungskassen abgeschlossenen Rückdeckungsversicherungen fallen.⁸⁰

b) Klassische Kapitallebensversicherung

Umstritten ist, ob die klassische Kapitallebensversicherung ein IBIP ist.⁸¹ Unseres Erachtens sprechen die besseren Gründe dafür:

Bei grammatikalischer Auslegung fällt die klassische Kapitallebensversicherung unter den Grundtatbestand der Definition des IBIP.⁸² Sie bietet einen Fälligkeitwert (und auch einen Rückkaufswert), der teilweise (hinsichtlich der Gewinnbeteiligung) indirekt (die Höhe der variablen Leistung hängt vom Überschuss ab, den das Versicherungsunternehmen durch Veranlagung erzielt) Marktschwankungen ausgesetzt ist. Die gegen dieses Wortlautargument vorgebrachten teleologischen Argumente vermögen letztlich nicht zu überzeugen:

66 Die fondsgebundene Lebensversicherung wird im Entwurf zur IMD 2, also zur späteren IDD, als Beispiel für IBIPs genannt; vgl. COM(2012) 360 final S. 4; vgl. auch *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (271).

67 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2009 betreffend Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit ABIEG L 235/10.

68 *Reiff/Köhne VersR* 2017, 649 (656).

69 *Baroch Castellví VersR* 2017, 129 (130).

70 *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (271).

71 Darauf weist zu Recht *Brömmelmeyer (r+s* 2016, 269 [271]) hin.

72 *Reiff r+s* 2016, 593 (600); *Beyer VersR* 2016, 293 (294).

73 *Baroch Castellví VersR* 2017, 129 (133).

74 *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (271); *Reiff r+s* 2016, 593 (600); *Reiff/Köhne VersR* 2017, 649 (656) m. w. N.

75 Ob man allerdings so weit gehen kann, auch eine Anerkennung als Produkt, das dazu dient, im Ruhestand ein Einkommen zu sichern, durch die Judikatur als möglich anzusehen, ist unseres Erachtens fraglich; so aber *Bürkle VersR* 2017, 331 (333). In Österreich könnte die prämiengünstige Zukunftsvorsorge nach § 108 g EStG wohl als ein solches Produkt betrachtet werden (vgl. dazu genauer *Fenyves* in *Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb [IDD]* S. 119, 123 f., der diese allerdings nicht als Altersvorsorgeprodukt einstufen will, da eine Bindungsfrist nur für zehn Jahre besteht; zu möglichen Gegenargumenten für diese Ansicht *Fenyves aaO*; vgl. *Baroch Castellví VersR* 2017, 129 [131]). Das VersVertrRÄG 2018 (BGBl I 2018 16) als Umsetzungsgesetz zur IDD ändert bei der Definition des IBIP den Buchst. c ab: Dort (vgl. den durch das VersVertrRÄG 2018 eingefügten § 5 Z 63 öVAG) ist von Produkten, „die in einem Bundesgesetz unter Verweis auf diese Bestimmung als Produkte anerkannt sind, die ...“ die Rede [Hervorhebung durch die Verfasser]. Damit wird die Diskussion umgangen, mangels eines Verweises sind danach prämiengünstige Zukunftsvorsorgeverträge gem. § 108 g EStG nicht vom Ausnahmetatbestand erfasst und somit IBIPs nach dem VAG (Österreich) in der Fassung des VersVertrRÄG 2018.

76 Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. 6. 2003 über die Tätigkeit und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung ABIEG L 335 S. 1.

77 Bundesgesetz vom 17. 5. 1990, mit dem betriebliche Leistungszusagen gesichert werden (Betriebspensionsgesetz) BGBl 1990 282.

78 *Fenyves* in *Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD)* S. 119, 125.

79 *Baroch Castellví VersR* 2017, 129 (131 f.). Dies steht zumindest im Einklang mit Erwägungsgrund 7 zur PRIIP-Verordnung, in dem lediglich auf einen nach nationalem Recht anerkannten Zweck zur Einkommensgewährung im Ruhestand abgestellt wird.

80 *Baroch Castellví VersR* 2017, 129 (132); *Reiff/Köhne VersR* 2017, 649 (656).

81 Dafür die Gesetzesmaterialien zum österreichischen VersVertrRÄG; *Ramharter ZFR* 2018, 276; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD)* S. 119, 122 m. w. N.; *Mönnich* in *Gisch/Kronsteiner/Riedlspurger, Versicherungsvermittlung in Österreich* 2013 S. 129, 137; *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (271); dagegen *Reiff r+s* 2016, 593 (600 ff.); *Reiff/Köhne VersR* 2017, 649 (657); *Beyer VersR* 2016, 293 (294 f.); *Bürkle VersR* 2017, 331.

82 Dies gestehen auch *Reiff (r+s* 2016, 593 [600 f.]); *Beyer (VersR* 2016, 293 [294]); *Reiff/Köhne (VersR* 2017, 649 [657]) zu.

Dass der Unionsgesetzgeber in erster Linie fonds- und indexgebundene Lebensversicherungen vor Augen hatte, mag zwar stimmen, ist aber allein kein Argument gegen die Einstufung der klassischen Kapitallebensversicherung als IBIP. Hätte er nur diese Produkte erfassen wollen, hätte er die Definition entsprechend formulieren können. Wie bereits angesprochen, beruhen die Sonderregelungen der IDD auf dem Gedanken, dass es Versicherungsprodukte gibt, die als Alternative zu Produkten der MiFID angeboten werden, die wie diese einen Anlageaspekt aufweisen. Vergleichsmaßstab sind sämtliche Produkte der MiFID. Für die PRIIP-Verordnung kommt es (neben dem Anlageaspekt) darauf an, dass es sich um ein kompliziertes, verpacktes Produkt handelt. Auf ein Anlagerisiko, wie *Beyer*⁸³ meint, kommt es unseres Erachtens bei beiden Rechtsakten nicht an. Dieses macht einen Anlagecharakter eines Produkts nicht aus – auch Produkte der MiFID können eine Kapitalgarantie beinhalten.⁸⁴ Erwägungsgrund 15 der PRIIP-Verordnung besagt außerdem, dass Basisinformationsblätter nur wesentliche Informationen enthalten sollen, etwa auch, ob ein Kapitalverlust möglich ist. Daraus folgt *contra-rio*, dass für Produkte im Sinne der PRIIP-Verordnung, somit auch für IBIPs, die Möglichkeit eines Kapitalverlustes keine Voraussetzung ist. Sonst wäre ja die Information funktionslos: Wäre der Kapitalverlust für IBIPs wesensimmanent, so bräuchte der Kunde nicht informiert zu werden, ob ein solcher Verlust *möglich* ist, sondern dass dieses Verlustrisiko besteht. Im Übrigen wäre, wenn man ein Verlustrisiko voraussetzte, der Teil der Definition des IBIP sinnlos, der auch ein bloß teilweises Unterliegen unter Marktschwankungen ausreichen lässt.⁸⁵ Auch dass der VN bei der klassischen Kapitallebensversicherung keinen Einfluss auf das Investment nehmen kann, spielt unseres Erachtens keine Rolle.⁸⁶ In der Literatur wird diesbezüglich vorgebracht, es fehle dadurch an einer Investitionsmöglichkeit, die aber für ein IBIP – wie sich aus Erwägungsgrund 6 und 7 der PRIIP-Verordnung ergeben soll – gefordert sei. Die genannten Erwägungsgründe können aber auch so verstanden werden, dass nicht eine Einflussnahme auf die Investitionsmöglichkeit innerhalb des Produkts gefordert ist, sondern dass schlicht das Produkt selbst (bzw. die Entscheidung für das Produkt) eine Investitionsmöglichkeit – im Sinne einer Möglichkeit zur Anlage von Kapital – darstellen muss. Die klassische Kapitallebensversicherung bietet aber – neben dem Versicherungsaspekt – solch eine Kapitalanlagemöglichkeit.

Zusammenfassend sprechen unseres Erachtens somit die besseren Gründe dafür, die klassische Kapitallebensversicherung als vom Begriff IBIP erfasst anzusehen. Dies gilt freilich nur dann, wenn sie nicht einen der Ausnahmetatbestände, speziell jenen des Buchst. c, erfüllen, indem sie etwa gerade wegen ihrer Eigenschaft als Altersvorsorgeprodukt steuerlich begünstigt sind.⁸⁷

2. Offenlegung

Art. 29 Abs. 1 IDD enthält die Verpflichtung zur Offenlegung von Informationen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von IBIPs an (potenzielle) Kunden.⁸⁸ Gem. Art. 29 Abs. 1 S. 1 IDD sind – unbeschadet der Art. 18 und 19 Abs. 1 und 2 IDD – angemessene Informationen über den Vertrieb von IBIPs und sämtliche Kosten und verbundenen Gebühren rechtzeitig vor dem Abschluss eines Vertrags zur Verfügung zu stellen.⁸⁹ Satz 2 enthält Angaben zum Mindestinhalt dieser Informationen.⁹⁰

Die offenzulegenden Informationen über sämtliche Kosten und verbundene Gebühren haben mindestens Informationen über den Vertrieb des Produkts, einschließlich gegebenenfalls der Beratungskosten, der Kosten des dem Kunden empfohlenen oder vertriebenen Produkts und wie der Kunde Zahlungen leisten kann, sowie einschließlich etwaiger Zahlungen Dritter zu enthalten.⁹¹ Offenzulegen sind also auch Vergütungen. Dies ergibt sich aber ohnehin schon aus Art. 19 Abs. 1 IDD⁹², „unbeschadet“ dessen die Informationspflicht des Art. 29 Abs. 1 IDD normiert ist.

Art. 29 IDD enthält grundsätzlich keine Verpflichtung zur Offenlegung der Vergütungshöhe. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Kunde keine Aufstellung der Kosten und Gebühren nach Posten verlangt.⁹³ Gem. Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 1 IDD sind nämlich die Informationen über alle Kosten und Gebühren, einschließlich Kosten und Gebühren im Zusammenhang mit dem Vertrieb des IBIP, die nicht durch das zugrunde liegende Marktrisiko verursacht werden, *in aggregierter Form* zu erteilen, um es dem Kunden zu ermöglichen, die Gesamtkosten sowie die kumulative Wirkung auf die Anlagerendite zu verstehen.⁹⁴ In aggregierter Form heißt, dass die Gesamtkosten in einer Ziffer zusammengefasst dem Kunden mitzuteilen sind. Eine Provision ist Teil dieser Gesamtkosten, wird aber nicht gesondert ausgewiesen.

Etwas anderes könnte sich aus Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2 IDD ergeben: Falls der Kunde dies verlangt, ist eine *Aufstellung der Kosten und Gebühren nach Posten* zur Verfügung zu stellen. Ergibt sich daraus die Verpflichtung des Vertriebers, die Provisionshöhe offenzulegen? Im Schrifttum wird dies bejaht:⁹⁵ Verlangt der Kunde, dass ihm vom Vertrieber eine Aufstellung der Kosten und Gebühren nach Posten zur Verfügung gestellt wird, so stellt sich die Frage, ob als einer dieser „Posten“ auch die Provision einschließlich ihrer konkreten Höhe anzugeben ist. Nun dürfte unstrittig sein, dass der Begriff der Vertriebskosten in Art. 29 IDD weit auszulegen ist.⁹⁶ Auf den Detaillierungsgrad der Aufschlüs-

83 *Beyer* VersR 2016, 293 (294 f.).

84 Insoweit ist es nicht von Relevanz, dass bei klassischen Lebensversicherungen ein Sicherheitsnetz besteht, worauf aber *Bürkle* (VersR 2017, 331 [334]) hinaus will.

85 In diesem Sinn auch *Baroch Castellví*, VersR 2017, 129 (135) m. w. N. In der Deleg. Verordnung werden überdies IBIPs definiert, hinsichtlich derer *execution only* erfolgen kann (nicht komplexe Versicherungsanlageprodukte). Hier wird explizit u. a. darauf abgestellt, dass die Produkte einen vertraglich garantierten Mindestwert bei Fälligkeit aufweisen – sie also eine Kapitalgarantie aufweisen (Art. 16). Somit geht also zumindest auch die Kommission davon aus, dass eine Kapitalgarantie den Charakter als IBIP nicht beseitigt.

86 A. A. aber *Reiff r+s* 2016, 593 (602); *Reiff/Köhne* VersR 2017, 649 (657); *Beyer* VersR 2016, 293 (295).

87 Dass die klassische Kapitallebensversicherung – im Vergleich etwa zu fondsgebundenen Lebensversicherungen – in der Regel zu Vorsorgezwecken verwendet wird, ist kein Argument gegen die Einordnung unter den Begriff des IBIP. Die Altersvorsorge ist eben ein spezieller Zweck hinter dem allgemeinen Zweck zur Anlage von Vermögen, der aber auch beim Kauf jedes anderen Produkts im Hintergrund stehen kann. Auch dass die Ausnahmetatbestände Altersvorsorgeprodukte ausnehmen, heißt nicht, dass Produkte zur Altersvorsorge generell nicht erfasst sein sollen. Gerade indem nur bestimmte Altersvorsorgeprodukte ausgenommen sind, lässt sich daraus ableiten, dass Altersvorsorgeprodukte grundsätzlich im Begriff enthalten sein sollten.

88 Diese Informationspflichten bestehen zusätzlich zu jenen nach der PRIIP-Verordnung; *Gruber* ZFR 2016, 275 (278).

89 Für die Form der Auskunftserteilung gelten Art. 23 sowie Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 3 IDD.

90 Art. 29 IDD legt lediglich einen Mindeststandard fest; die Mitgliedstaaten können nach Art. 29 Abs. 3 IDD strengere Anforderungen vorschreiben; vgl. *Gruber* ZFR 2016, 275 (278).

91 § 135 c Abs. 1 Z 6 VAG (Österreich); § 7 b Abs. 1 Nr. 3, 4 VVG 2008 (Deutschland).

92 Oben unter IV 1.

93 *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (274); *Reiff* VersR 2016, 1533 (1541); s. auch *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233.

94 § 7 b Abs. 2 VVG 2008 (Deutschland); § 135 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 VAG (Österreich).

95 *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 134; *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233; vgl. dazu auch *Brömmelmeyer r+s* 2016, 269 (274).

96 *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233.

selung der Gesamtkosten nach Posten lässt dies allerdings nicht zwingend schließen. Dabei könnte ja auch ein pauschaler Posten Vertriebskosten angeführt werden. Wenn aber Erwägungsgrund 42 zur IDD von den Kosten der Vertriebsdienstleistung spricht, so erfordert dies wohl eine detailliertere Aufschlüsselung der Kosten.⁹⁷ Denn dies entspricht dem Zweck der Kostenaufschlüsselung: Der Kunde soll die Möglichkeit erhalten, die Kosten unterschiedlicher Vertriebskanäle und der dort jeweils angebotenen Vertriebsdienstleistungen zu vergleichen.⁹⁸ Dies spricht mit *Ramharter* doch recht deutlich dafür, dass auch die Provisionshöhe offenzulegen ist, wenn der Kunde eine Kostenaufschlüsselung nach Posten verlangt.⁹⁹ Gegen diesen Befund spricht auch nicht, dass Art. 29 Abs. 1 c IDD allfällige Beratungskosten ausdrücklich erwähnt. Denn dies kann man ebenso gut so verstehen, dass die mit einer Beratung verbundenen höheren Kosten in einer Kostenaufstellung nach Posten gesondert auszuweisen sind.¹⁰⁰

Selbst wenn man die Lösung der IDD für nicht eindeutig hält,¹⁰¹ gibt es doch ein unseres Erachtens entscheidendes teleologisches Argument für die Offenlegung der Provisionshöhe. Schon *Ramharter*¹⁰² weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die IDD das Kundenschutzniveau möglichst an jenes von MiFID II heranführen möchte. MiFID II sieht eine Pflicht zur umfassenden Offenlegung u. a. von Provisionen vor (Art. 24 Abs. 9 MiFID II).¹⁰³ Daraus ergibt sich aber für die Auslegung der IDD ein systematisch-teleologisches Argument: Wenn schon Art. 29 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 1 IDD das Niveau von MiFID II herabsetzt und eine Information nur der aggregierten Gesamtkosten verlangt, so muss doch das Verlangen des Kunden nach einer Kostenaufstellung nach Posten einen darüber hinausgehenden Sinn haben. Es wäre inkonsequent, einerseits das Schutzniveau von MiFID II anzustreben und andererseits die dort normierte Offenlegung der Provisionshöhe nicht einmal dann vorzusehen, wenn der Kunde eine Detaillierung der Gesamtkosten verlangt.

Aus teleologischer Sicht spricht also vieles dafür, dass die Provisionshöhe anzugeben ist, wenn der Kunde eine Kostenaufstellung nach Posten verlangt.

3. Inhaltliche Beschränkungen

a) Art. 29 Abs. 2 IDD

Art. 29 Abs. 2 IDD¹⁰⁴ bezieht sich auf Zuwendungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von IBIPs, die nicht vom Kunden bezahlt werden. Die Bestimmung umfasst – anders als Art. 17 Abs. 3 IDD¹⁰⁵ – nicht interne Zahlungen von Versicherungsunternehmen an ihre Angestellten.¹⁰⁶ Entsprechen die erfassten Vergütungen nicht den Vorgaben der Buchst. a und/oder b, erfüllen die Vertreter (Versicherungsvermittler bzw. Versicherungsunternehmen) nicht ihre Pflichten nach Art. 17 Abs. 1, 27 und 28 IDD. Die umständlich anmutende Formulierung des Tatbestands erklärt sich aus dem für eine Richtlinie typischen Sicherstellungsauftrag an die Mitgliedstaaten. Nach dem in Deutschland (Österreich) üblichen Verständnis heißt dies, dass die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der IDD eine den Vorgaben des Art. 29 Abs. 2 IDD entsprechende Gesetzesnorm zu erlassen haben.¹⁰⁷

Art. 29 Abs. 2 IDD erklärt Vergütungen, die nicht den Vorgaben der Buchst. a und/oder b entsprechen, nicht für unzulässig. Die Richtlinie verpflichtet auch die Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich, solche Vergütungen für unzulässig zu erklären, also sie zu verbieten. Vielmehr beschreitet Art. 29 Abs. 2 IDD gleichsam einen Umweg: Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass die Zahlung/der Erhalt einer nicht den Vorgaben der Buchst. a und/oder b entsprechenden Vergütung eine Pflichtverletzung darstellt. Ein Versicherungsvertreiber, der eine solche Vergütung bezahlt/erhält, erfüllt seine Pflichten nach Art. 17 Abs. 1, 27 und 28 IDD nicht.

Angesprochen ist zum einen die Pflicht des Vertreibers zu Handeln im bestmöglichen Interesse seines Kunden (Art. 17 Abs. 1 IDD). Entsprechen die von Art. 29 Abs. 2 IDD erfassten Vergütungen nicht den Vorgaben der Buchst. a und/oder b, handeln die Vertreter nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden (Art. 17 Abs. 1 IDD). Durch den Verweis auf Art. 17 Abs. 1 IDD wird damit eine Verletzung der Interessenwahrungspflicht unabhängig davon angenommen, ob die Interessen eines Kunden tatsächlich beeinträchtigt wurden. Darin unterscheidet sich Art. 29 Abs. 2 IDD von Art. 17 Abs. 3 IDD für den Vertrieb sämtlicher Versicherungsprodukte: Die Zahlung/der Erhalt einer nicht dem Art. 29 Abs. 2 IDD entsprechenden Vergütung ist eine Pflichtverletzung nach Art. 17 Abs. 1 IDD. Das kann für Art. 17 Abs. 3 IDD so nicht gesagt werden.¹⁰⁸

Der weitere Verweis in Art. 29 Abs. 2 IDD auf die Art. 27 und 28 IDD stellt den sachlichen Zusammenhang zwischen der für den Kunden nachteiligen Provision und dem Thema Interessenkonflikt her. Eine Vergütung, die nicht den Anforderungen des Art. 29 Abs. 2 IDD entspricht, ist unzulässig, weil sie einen Konflikt zwischen den monetären Interessen des Versicherungsvertreibers und den Interessen des Kunden bewirkt.

Die Mitgliedstaaten haben auch sicherzustellen, dass die Vertreter ihren Pflichten nach Art. 17 Abs. 1, 28 IDD nachkommen. Lediglich Art. 27 IDD über die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten richtet sich – richtlinienuntypisch – direkt an den Vertreter. Die Verletzung dieser Pflichten ist (nach den mitgliedstaatlichen Umsetzungsnormen) gesetzwidrig, also verboten. Wenn aber die Zahlung/der Erhalt einer nicht Art. 29 Abs. 2 Buchst. a und/oder b

97 So zu Recht *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233.

98 *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233 mit dem zutreffenden Hinweis auf die funktionsverwandte PRIIP-Verordnung.

99 *Ramharter* ZVersWiss 2016, 234.

100 So *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233.

101 So *Ramharter* ZVersWiss 2016, 233; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 134.

102 *Ramharter* ZVersWiss 2016, 234.

103 Im gegebenen Zusammenhang statt vieler *Ramharter* ZVersWiss 2016, 234 m. N.

104 „Unbeschadet des Artikels 19 Absatz 1, Buchstaben d und e, des Artikels 19 Absatz 3 sowie des Artikels 22 Absatz 3 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass davon ausgegangen wird, dass Versicherungsvermittler bzw. -unternehmen, die eine Gebühr oder Provision zahlen oder eine Gebühr oder Provision erhalten oder einer Partei einen nichtmonetären Vorteil im Zusammenhang mit dem Vertrieb eines Versicherungsanlageprodukts oder einer Nebendienstleistung gewähren oder einen solchen von einer Partei erhalten, sofern es sich bei dieser Partei nicht um den Kunden oder eine Person handelt, die im Auftrag des Kunden tätig wird, ihre Verpflichtungen nach Artikel 17 Absatz 1, Artikel 27 oder Artikel 28 nur erfüllen, sofern die Provision oder der Vorteil

a) sich nicht nachteilig auf die Qualität der entsprechenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt und (englische Version: „does not have a detrimental impact on the quality of the relevant service to the customer; and“; französische Version: „n'a pas d'effet négatif sur la qualité du service fourni au client; et“)

b) nicht die Verpflichtung des Versicherungsvermittlers oder -unternehmens beeinträchtigt, im besten Interesse seiner Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln“.

105 Oben unter IV 2.

106 EIOPA-17/048, 42.

107 § 135 Abs. 4 VAG (Österreich); § 48 Abs. 6 VAG (Deutschland); § 19 VersVermV (Entwurf).

108 Oben unter IV 1.

IDD entsprechenden Vergütung eine Pflichtverletzung darstellt, so ist auch diese Zahlung/dieser Erhalt verboten.

Wir können also den Umweg, den Art. 29 Abs. 2 IDD einschlägt, abkürzen: Entsprechen die Vergütungen nicht den Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 2 a und/oder b IDD, sind sie unzulässig. Anders gewendet: Art. 29 Abs. 2 IDD enthält ein Verbot für nicht den Anforderungen in dieser Norm entsprechende Vergütungen. Ein voraussetzungsloses Provisionsverbot enthält die IDD dagegen auch für IBIPs nicht.¹⁰⁹

Eine Vergütung ist demnach Art. 29 Abs. 2 IDD unzulässig, wenn sie sich nachteilig auf die Qualität der entsprechenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt (Buchst. a), oder¹¹⁰ wenn sie die Verpflichtung des Versicherungsvermittlers oder -unternehmens beeinträchtigt, im besten Interesse seiner Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln (Buchst. b).¹¹¹

Es steht den Mitgliedstaaten allerdings frei, strengere Regeln bezüglich der Zulässigkeit von Vergütungen von dritter Seite zu erlassen – entweder im Rahmen des Art. 29 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 IDD für die Erbringung von Versicherungsberatungsleistungen oder über Art. 22 Abs. 3 IDD für Versicherungsprodukte allgemein.¹¹²

Nach Art. 29 Abs. 4 IDD hat die Kommission die Befugnis, delegierte Rechtsakte zu erlassen, um a die Kriterien festzulegen, anhand derer beurteilt wird, ob sich Anreize, die von einem Versicherungsvermittler oder einem Versicherungsunternehmen gesetzt oder erhalten wurden, nachteilig auf die Qualität der entsprechenden Dienstleistung für den Kunden auswirken; b die Kriterien festzulegen, anhand derer beurteilt wird, ob Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen, die Anreize setzen oder erhalten, die Verpflichtung erfüllen, ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln.

Die Kommission hat von ihrer Ermächtigung bereits Gebrauch gemacht. In Art. 8 DelegVerordnung¹¹³ hat sie entsprechende Konkretisierungen getroffen. Die Kommission hat sich dabei im Wesentlichen am Technical Advice von EIOPA¹¹⁴ orientiert. Die Ausführungen von EIOPA zum Technical Advice können somit zur Auslegung der Deleg. Verordnung herangezogen werden.

b) Art. 8 Deleg. Verordnung

aa) Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung

In Art. 8 Abs. 1¹¹⁵ stellt die Deleg. Verordnung ein „high-level principle“¹¹⁶ zur Beurteilung auf, wann ein Anreiz (eine Anreizregelung) als nachteilig für die Qualität der Dienstleistung für den Kunden zu betrachten ist. Dies ist zu bejahen, wenn der Anreiz Anlass dafür bietet, Versicherungsvertriebstätigkeiten auf eine Art und Weise auszuführen, die gegen die Verpflichtung verstößt, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Dabei stellt Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung auf „Art und Ausmaß“ des Anreizes (der Anreizregelung) ab.

Vergleicht man Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung mit Art. 29 Abs. 2 IDD (oben unter V 3 a), so fällt auf: In der Deleg. Verordnung werden die beiden Kriterien der IDD in deren Buchst. a und b miteinander verknüpft. Art. 29 Abs. 2 a und b sind mit „und“ verknüpft. Nach herkömmlichem grammatikalischem Verständnis heißt dies: Beide Tatbestände müssen *kumulativ* erfüllt sein, damit der Versicherungsvertreiber seinen Verpflichtungen nach Art. 17 Abs. 1, 27, 28 IDD nachkommt; kurz: damit die Vergütung zulässig ist.¹¹⁷ Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung macht aus zwei kumulativen Tatbestandselementen der Rahmenrichtlinie im Ergebnis eine Tatbestandsvoraussetzung. Die in Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung enthaltene Anordnung lautet: Art. 29 Abs. 2 a IDD ist erfüllt, wenn Buchst. b erfüllt ist. Der Anreiz wird als nachteilig für die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden angesehen,

sofern der Anreiz Anlass dafür bietet, gegen die Verpflichtung zu verstoßen, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Im Ergebnis geht es also lediglich darum, ob eine Vergütung (ein Anreiz) Anlass für ein Handeln des Vertreibers entgegen seiner Verpflichtung, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln, bietet.

Damit gelangen wir zu einer weiteren Erkenntnis: Inhaltlich fordert Art. 29 Abs. 2 IDD – jedenfalls nach dem Verständnis der Europäischen Kommission in Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung – für die Zulässigkeit der Vergütung dasselbe Kriterium wie Art. 17 Abs. 3 IDD: Nach Art. 17 Abs. 3 IDD ist eine Vergütung unzulässig, wenn sie mit der Pflicht der Vertreter, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert. Nach Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung i. V. m. Art. 29 Abs. 2 IDD ist eine Vergütung unzulässig, wenn sie einen Anlass bietet, entgegen den besten Interessen des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Sowohl Art. 17 Abs. 3 IDD (seinem Inhalt nach) als auch Art. 29 Abs. 2 IDD (ausdrücklich) beziehen sich auf die Verpflichtung der Versicherungsvertreiber, gegenüber ihren Kunden stets ehrlich, redlich und professionell in deren bestmöglichem Interesse zu handeln (Art. 17 Abs. 1 IDD).¹¹⁸

Art. 17 Abs. 1 IDD spricht von „bestmöglichem“ Interesse der Kunden.¹¹⁹ Im dazugehörigen Erwägungsgrund 46 der IDD¹²⁰ ist, ebenso wie dann in Art. 29 Abs. 2 b IDD vom „besten“ Interes-

109 *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 128.

110 Da bei der positiven Formulierung – also wann Provisionen die Verpflichtungen nicht beeinträchtigen – ein „und“ steht und somit die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, ist bei der negativen Formulierung – wann eine Provision also unzulässig ist – zwischen die Voraussetzungen ein „oder“ zu stellen; schon wenn eine Voraussetzung nicht erfüllt ist, ist die Provision unzulässig.

111 Die Vergütungsbeschränkung des Art. 29 Abs. 2 IDD ist weniger streng als jene in der MiFID II. Dort sind Vorteile nur dann zulässig, wenn sie dazu bestimmt sind, die *Qualität der jeweiligen Dienstleistung für den Kunden zu verbessern* und nicht die Erfüllung der Pflicht der Wertpapierfirma, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, beeinträchtigen (Art. 24 Abs. 9 MiFID II): *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) S. 119, 129.

112 *Gruber* ZFR 2016, 275 (280).

113 S. Fn. 5.

114 EIOPA-17/048.

115 „Ein Anreiz bzw. eine Anreizregelung wird als nachteilig für die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden angesehen, sofern der Anreiz bzw. die Anreizregelung aufgrund der Art und des Ausmaßes Anlass dafür bietet (englisch: *“that it provides an incentive”*; französisch: *“qu’ils incitent à”*), Versicherungsvertriebstätigkeiten auf eine Art und Weise auszuführen, die gegen die Verpflichtung verstößt, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln“.

116 EIOPA-17/048, 43.

117 Oben unter V 3 a.

118 Weiterführend unten unter VI.

119 Die Formulierung hat eine lange Tradition im Recht des Wertpapiervertriebs: Art. 11 Abs. 1 ISD (Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. 5. 1993 über Wertpapierdienstleistungen ABIEG L 141/27); Art. 19 Abs. 1 MiFID I (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 4. 2004 über Märkte für Finanzinstrumente zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates ABIEG L 145/1); Art. 24 Abs. 1 MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU ABIEU L 173/349).

120 Nicht aber in Erwägungsgrund 45, wie *Dörner* (in *Prölls/Martin* VVG 30. Aufl. 2018 Vorbem. zu §§ 59–73 Rn. 19) behauptet.

se der Kunden die Rede. Art. 29 Abs. 4 b IDD entspricht demgegenüber wieder – abgesehen von der Verwendung der Einzahl statt der Mehrzahl – der Formulierung in Art. 17 Abs. 1 IDD („bestmöglich“). Der auf der Grundlage des Art. 29 Abs. 4 IDD erlassene Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung stellt schließlich wieder wie Art. 29 Abs. 2 IDD auf das „beste“ Interesse ab. Ein nach den Regeln der deutschen Sprache denkbarer Bedeutungsunterschied ist mit diesen differierten Formulierungen nicht verbunden.¹²¹ Dies zeigt ein Blick auf die englische¹²² und französische¹²³ Sprachfassung der IDD/Deleg. Verordnung; dort werden dieselben Wortfolgen verwendet.¹²⁴

bb) Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung

Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung¹²⁵ sieht für die Beurteilung, ob ein Anreiz sich nachteilig auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt, eine Gesamtanalyse vor, bei der sämtlichen relevanten Faktoren, die das Risiko einer nachteiligen Auswirkung auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden erhöhen bzw. senken können, sowie den organisatorischen Maßnahmen, die zur Verhinderung des Risikos einer nachteiligen Auswirkung von dem Versicherungsvermittler/Versicherungsunternehmen, das Vertriebstätigkeiten ausführt, ergriffen werden, Rechnung getragen wird. Die Gesamtanalyse ist vom Versicherungsvermittler/Versicherungsunternehmen selbst vorzunehmen. Es gibt also keine hoheitliche Genehmigung der Vergütung, sondern der Verreiber hat die Vergütung selbst zu beurteilen. Ein derartiges Konzept der Selbsteinschätzung bringt für den Versicherungsverreiber das Risiko mit sich, dass ihm nachträglich von der Aufsichtsbehörde oder von einem Gericht eine Fehlbeurteilung mit entsprechenden Rechtsfolgen vorgehalten wird.¹²⁶

Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung listet Kriterien auf, die insbesondere zu beachten sind, die Liste ist nicht erschöpfend.¹²⁷ Auf die Kriterien der Buchst. a–f ist damit zwar in jedem Fall besonderes Augenmerk zu legen, sie sind aber nicht die einzigen Kriterien, denen im Rahmen der Gesamtanalyse Rechnung zu tragen ist. Einzufließen hat jeglicher Aspekt.

Aus der Formulierung der Tatbestände in den Buchst. a–f lässt sich in der Regel erkennen, unter welchen Umständen sich ein Anreiz nach Auffassung des Ordnungsgebers der Deleg. Verordnung nachteilig auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt. Beispiel: Wenn der Versicherungsverreiber als Bewertungskriterium im Rahmen seiner Gesamtanalyse zu berücksichtigen hat, ob der Anreiz ganz oder überwiegend zum Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags oder über die gesamte Laufzeit dieses Vertrags gezahlt wird (Art. 8 Abs. 2 d),¹²⁸ so wird deutlich: Die Auszahlung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kann sich nachteilig auswirken. Eine Auszahlung über die gesamte Laufzeit ist dagegen für die Qualität der Dienstleistung neutral oder wirkt sich sogar positiv auf diese aus. Um sich nicht dem Risiko auszusetzen, die Vergütung (teilweise) zu verlieren, wird sich der Versicherungsverreiber während der gesamten Vertragslaufzeit um die Interessen des Kunden bemühen. „Hit-and-run“-Vertragsabschlüsse, durch welche die Kundeninteressen beeinträchtigt werden könnten, werden verhindert.

Die gelisteten Kriterien geben also wieder, welche Aspekte als positiv und welche als negativ für die Qualität der Dienstleistung für den Kunden zu betrachten sind. Treffen ein oder mehrere Negativpunkte der Liste zu, ist dies ein starkes Indiz für die Unzulässigkeit eines Anreizes, die Unzulässigkeit kann aber unter Umständen noch widerlegt werden. Treffen keine Negativkriterien der Liste zu, muss dies noch nicht in jedem Fall die Zulässigkeit der Vergütung bedeuten. Zu berücksichtigen sind immer auch noch das allgemeine Prinzip nach Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verord-

nung (oben unter V 3 b aa) sowie etwaige nicht in der Liste angeführte Kriterien. Sind allerdings bei einem Anreiz bzw. Anreizsystem die Negativkriterien nicht vorhanden, die Positivkriterien der Liste aber schon, sprechen gute Gründe dafür, den Anreiz bzw. das Anreizsystem als zulässig i. S. d. Art. 29 Abs. 2 IDD zu erachten.

Der Rechtssicherheit ist dieses Konzept wenig zuträglich: Die legislative Lösung einer generalklauselartigen Umschreibung samt einer beispielhaften Liste zur näheren Illustration des vom Gesetzgeber Bezweckten hat für die normunterworfenen Versicherungsverreiber den praktischen Nachteil, für den Inhalt einer konkreten Vergütungsvereinbarung nur einschätzen zu können, ob dieser Inhalt eher zulässig ist oder nicht. Eine für die Gestaltung von Vertriebsvereinbarungen (bzw. beim Direktvertrieb entsprechender interner Vergütungsordnungen) notwendige sichere Beurteilung *ex ante* ist anhand dieser gesetzgeberischen Vorgaben nicht möglich.

121 Ebenso Brömmelmeyer r+s 2016, 269 (272).

122 „The best interests“ in allen genannten Bestimmungen.

123 „Aux mieux des intérêts“ (IDD); „aux mieux les intérêts“ (Deleg. Verordnung).

124 Dörner (in Prölss/Martin VVG 30. Aufl. 2018 Vorbem. zu §§ 59–73 Rn. 19) spricht daher von einem Übersetzungsfehler; vgl. auch Beenken ZfV 2016, 347.

125 „Um zu beurteilen, ob ein Anreiz bzw. eine Anreizregelung sich nachteilig auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden auswirkt, nehmen die Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen eine Gesamtanalyse vor, bei der sämtlichen relevanten Faktoren, die das Risiko einer nachteiligen Auswirkung auf die Qualität der betreffenden Dienstleistung für den Kunden erhöhen bzw. senken können, sowie den organisatorischen Maßnahmen, die zur Verhinderung des Risikos einer nachteiligen Auswirkung von dem Versicherungsvermittler bzw. Versicherungsunternehmen, das Vertriebstätigkeiten ausführt, ergriffen werden, Rechnung getragen wird.“

Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere,

- a) ob der Anreiz bzw. die Anreizregelung den Versicherungsvermittler bzw. das Versicherungsunternehmen dazu veranlasst, dem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt bzw. eine bestimmte Versicherungsleistung anzubieten oder zu empfehlen, trotz des Umstands, dass er bzw. es imstande wäre, ein anderes Versicherungsprodukt bzw. eine andere Versicherungsleistung anzubieten, das bzw. die den Bedürfnissen des Kunden besser entspricht;
- b) ob der Anreiz bzw. die Anreizregelung ausschließlich oder vorwiegend auf wirtschaftlichen Kriterien beruht oder ob er bzw. sie angemessene qualitative Kriterien berücksichtigt, in welche die Erfüllung der geltenden Verordnungen, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen sowie die Kundenzufriedenheit einfließen;
- c) den Wert des gezahlten oder entgegengenommenen Anreizes im Verhältnis zum Wert des Produkts und der Dienstleistungen;
- d) ob der Anreiz ganz oder vorwiegend zum Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags oder über die gesamte Laufzeit dieses Vertrags gezahlt wird;
- e) ob ein angemessener Mechanismus zur Rückforderung des Anreizes bei einem Storno oder frühzeitigen Rückkauf des Produkts oder im Fall einer Schädigung der Interessen des Kunden existiert;
- f) ob eine variable oder an die Erreichung eines bestimmten Ziels gebundene Schwelle jedweder Form oder ein anderer werterhöhender Mechanismus besteht, der bei Erreichung eines bestimmten Verkaufsvolumens oder -werts ausgelöst wird.“

126 Das Feld der Rechtsfolgen unzulässiger Vergütungen ist soweit ersichtlich noch überhaupt nicht beackert worden. Auch wir können diese Frage, schon um den Umfang dieses Beitrags nicht zu sprengen, nicht vertiefen.

127 EIOPA-17/048, 43. Weiterführend unten unter VII.

128 Unten unter VII 4.

VI. Verhältnis von Art. 8 Deleg. Verordnung zu Art. 17 Abs. 3 IDD

Art. 29 Abs. 2 IDD und dessen Konkretisierung durch Art. 8 Deleg. Verordnung gelten für IBIPs. Sie sind zusätzlich zu Art. 17 Abs. 3 IDD zu beachten. Für Nicht-IBIPs scheint daher Art. 8 Deleg. Verordnung keine Bedeutung zu haben. Diese Schlussfolgerung würde zumindest die systematische Stellung der Art. 17 und 29 IDD nahelegen. Art. 8 Deleg. Verordnung hat seine Ermächtigungsgrundlage allein in Art. 29 Abs. 4 IDD. In Art. 17 IDD existiert keine vergleichbare Ermächtigung für einen Level-2-Rechtsakt.

Aus dem systematischen Verhältnis von Art. 17 und 29 IDD könnte man daher folgenden Schluss ziehen: Erfüllt eine Bonifikationsvereinbarung die Voraussetzungen des Art. 8 Deleg. Verordnung bzw. des Art. 29 Abs. 2 IDD für die Zulässigkeit, dann ist sie auch als i. S. d. Art. 17 Abs. 3 IDD zulässig zu beurteilen. Diese Schlussfolgerung setzt aber voraus, dass der Schutzzweck von Art. 17 und 29 IDD derselbe oder ein zumindest sehr ähnlicher ist. Denn nur dann erfüllt den Grundtatbestand (Art. 17 IDD) auch der, welcher den weiter gehenden Spezialtatbestand (Art. 29 IDD) erfüllt. Ist aber der Schutzzweck beider Richtliniennormen derselbe oder zumindest ein sehr ähnlicher, so spricht umgekehrt vieles dafür, die Kriterien jener Norm, welche eine Richtlinienerbestimmung (Art. 29 IDD) auf Level 2 konkretisieren soll (Art. 8 Deleg. Verordnung), auch für die Prüfung nach Art. 17 Abs. 3 IDD heranzuziehen.

Tatsächlich stimmen ungeachtet ihrer systematischen Stellung und ihres unterschiedlichen Anwendungsbereichs Inhalt und Zweck der Art. 17 Abs. 3 und 29 Abs. 2 IDD weitestgehend überein:

Zwar schuf der Unionsgesetzgeber für IBIPs bewusst besondere Vorschriften, weil er in ihnen Produkte sah, hinsichtlich deren Vertriebskunden in besonderem Maß zu schützen seien.¹²⁹ Die Regelungen für IBIPs sollen also ein Mehr an Schutz schaffen, sie sollen strenger sein. Gerade in Zusammenhang mit Vergütungen und der damit verbundenen Gefahr des Interessenkonflikts ist der Schutzzweck der Art. 17 Abs. 3 und 29 Abs. 2 aber ganz offenkundig derselbe:

- Art. 17 Abs. 3 IDD erlaubt solche Vergütungen, die nicht mit der Pflicht, *im besten Interesse des Kunden* zu handeln, kollidieren. Es sind dies Vergütungen, die keinen Anlass bieten, entgegen den Kundeninteressen zu agieren. Schutzzweck der Bestimmung ist also die Wahrung der Kundeninteressen.
- Dies ist auch der Schutzzweck von Art. 29 Abs. 2 IDD: Art. 29 Abs. 2 b IDD erlaubt Zuwendungen, die die Verpflichtung, *im besten Interesse der Kunden* ehrlich, redlich und professionell vorzugehen, nicht beeinträchtigen.
- Der Unterschied besteht darin, dass die Zahlung/der Erhalt einer nicht tatbestandsgemäßen Vergütung nach Art. 29 Abs. 2 IDD an sich schon eine Verletzung der Pflicht des Vertreibers darstellt, im besten Interesse der Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Demgegenüber ist die Zahlung einer dem Art. 17 Abs. 3 IDD nicht entsprechenden Vergütung zwar keine Verletzung der Pflicht des Vertreibers, im besten Interesse der Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln, aber dennoch unzulässig. Diese Differenzierung im Tatbestand wirkt sich nur in der Anknüpfung der Pflichtverletzung aus. Nach beiden Tatbeständen ist die tatbestandswidrige Vergütung unzulässig.

Beide Normen stellen somit darauf ab, dass ein Handeln entgegen den Kundeninteressen durch Zuwendungen nicht ermöglicht werden darf. Schäden für den Kunden durch Interessenkonflikte sollen vermieden werden.

Dieser übereinstimmende Schutzzweck beider Normen ergibt sich, wie gezeigt,¹³⁰ bereits aus ihrem jeweils sehr ähnlichen Wortlaut. Die teleologische Parallele findet überdies ihre Entsprechung im systematischen Zusammenhang der Art. 17 und 29 IDD: Art. 17 Abs. 3 findet sich im Kontext der allgemeinen Wohlverhaltensregel des Art. 17 Abs. 1 IDD. Art. 29 Abs. 2 wiederum nimmt genau auf ebendiesen Art. 17 Abs. 1 IDD Bezug („... ihre Verpflichtungen nach Art. 17 Abs. 1 nur erfüllen ...“).¹³¹ Stets geht es also um die Einhaltung der *Wohlverhaltenspflicht* des Art. 17 Abs. 1 IDD bzw. darum, dass kein Anlass geschaffen wird, diese zu beeinträchtigen.

Gegen die behauptete Parallele spricht auch nicht, dass Art. 29 Abs. 2 IDD neben der Beeinträchtigung der Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden (Buchst. b) – also demselben Kriterium wie in Art. 17 Abs. 3 IDD – als zweites Kriterium auch noch die nachteilige Auswirkung auf die Qualität der Dienstleistung nennt (Buchst. a). Denn, wie gezeigt,¹³² werden in der Deleg. Verordnung beide Kriterien der IDD inhaltlich dergestalt zusammengeführt, dass Buchst. a (nachteilige Auswirkung auf die Qualität der Dienstleistung) in Buchst. b (Beeinträchtigung der Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden) aufgeht. Nach Art. 8 Deleg. Verordnung ist eine nachteilige Auswirkung auf die Qualität der Dienstleistung i. S. d. Buchst. a des Art. 29 Abs. 2 IDD immer dann anzunehmen, wenn durch eine Zuwendung Anlass gegeben wird, entgegen dem *besten Interesse des Kunden* zu handeln. Damit stellt Buchst. a kein eigenständiges Kriterium neben Buchst. b dar, das die besagte Parallelität zu Art. 17 Abs. 3 IDD abschwächen könnte.

Dass mit Art. 17 Abs. 3 IDD und Art. 29 Abs. 2 IDD/Art. 8 Deleg. Verordnung gleichartige Typen von Kundeninteressen beeinträchtigenden Zuwendungen erfasst werden sollen, ergibt sich schließlich daraus, dass Art. 17 Abs. 3 IDD und Art. 8 Deleg. Verordnung beispielhaft auf gleiche Kriterien für solche Zuwendungen abstellen: auf eine Auszahlung bei Erreichen bestimmter Schwellenwerte bzw. Verkaufsziele und auf den Anreiz, dass einem Kunden ein bestimmtes Produkt empfohlen wird, obwohl ein anderes Produkt besser für ihn geeignet wäre.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Vergütungen anlässlich des Vertriebs jeglicher Art von Versicherungsprodukten kann somit das Abwägungsschema des Art. 8 Deleg. Verordnung herangezogen werden. Anders gewendet: *Die Kriterien des Art. 8 Deleg. Verordnung können auch zur Konkretisierung des Art. 17 Abs. 3 IDD dienen.*

Allerdings werden diese Kriterien bei IBIPs und Nicht-IBIPs im Einzelnen unterschiedlich konturiert entsprechend den Besonderheiten des jeweils vertriebenen Versicherungsprodukts anzuwenden sein. Denn nicht alle Kriterien des Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung¹³³ passen für IBIPs und Nicht-IBIPs gleichermaßen. Art. 8 Abs. 2 d und e Deleg. Verordnung stellen etwa auf die hohe Belastung mit Abschlusskosten bei Vertragsbeginn ab, also ein für die Lebensversicherung (ein IBIP), nicht aber etwa für die Sachversicherung (ein Nicht-IBIP) typisches Phänomen.

129 Vgl. auch Erwägungsgrund 56 zur IDD. Die Bestimmungen sind bereits durch MiFID II in die IMD eingefügt („IMD 1.5“) und so dann in die IDD übernommen worden: Gruber ZFR 2014, 261.

130 Oben unter V 3.

131 Art. 29 Abs. 2 IDD stellt auch noch auf Art. 27 und 28 IDD ab, die ebenfalls das Ziel verfolgen, Schädigungen der Kunden durch Interessenkonflikte zu vermeiden – oben unter V 3 a.

132 Oben unter V 3 b.

133 Zu diesen unten unter VII.

VII. Die Kriterien des Art. 8 Deleg. Verordnung im Einzelnen

1. Anreiz veranlasst zum Angebot eines weniger geeigneten Produkts

Es kommt nach Art. 8 Abs. 2 a Deleg. Verordnung¹³⁴ nicht darauf an, ob ein Anreiz tatsächlich bewirkt, dass ein Produkt bzw. eine Dienstleistung angeboten wird, die dem Kunden weniger entspricht als ein anderes. Ausreichend ist, dass ein Anreiz dazu verleiten kann, so zu handeln. Der deutsche Wortlaut legt dies nicht eindeutig offen. „Dazu veranlasst“ könnte in dem Sinn interpretiert werden, dass es auf eine tatsächliche Veranlassung ankommen soll. Damit könnte aber das Kriterium der Buchst. a immer erst *ex post* und in einem konkreten Anwendungsfall beurteilt werden. Intendiert ist aber gerade eine Beurteilung der Zulässigkeit von Zuwendungen bereits *ex ante*. Dies ergibt sich u. a. daraus, dass auch Anreizregelungen Beurteilungsgegenstand sind, womit gerade nicht auf einen individuellen Fall abgestellt wird. Im Übrigen geht aus dem englischen und dem französischen Wortlaut des Buchst. a hervor, dass es auf die bloße Eignung, zum Anbieten eines bestimmten Produkts/einer bestimmten Dienstleistung zu veranlassen, ankommt, obwohl ein anderes/eine andere besser entspräche.¹³⁵

Art. 8 Abs. 2 a Deleg. Verordnung stellt darauf ab, dass ein Produkt bzw. eine Dienstleistung angeboten wird, obwohl das Versicherungsunternehmen bzw. der Versicherungsvermittler imstande wäre, ein anderes Produkt bzw. eine andere Leistung anzubieten, das/die den Bedürfnissen des Kunden besser entspricht. Nicht erfasst ist dem Wortlaut nach die Situation, dass ein Anreiz dazu verleitet, ein Produkt anzubieten, das den Wünschen des Kunden nicht entspricht, wenn das Versicherungsunternehmen/der Vermittler kein anderes Produkt im Programm hat bzw. kein solches, das dem Kunden besser entspräche. Auch eine derartige Situation muss aber letztendlich, wenn auch nicht unmittelbar über Art. 8 Abs. 2 a Deleg. Verordnung, im Rahmen der Abwägung gem. Art. 8 Deleg. Verordnung beachtet werden. Auch sie bietet Anlass dazu, nicht im besten Interesse des Kunden zu handeln („high-level principle“ des Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung; Art. 29 Abs. 2 b IDD).

Das Kriterium des Buchst. a ist im Rahmen des Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung bzw. des Art. 29 Abs. 2 IDD nur als eines u. a. genannt, die allesamt abgewogen werden müssen, um zu beurteilen, ob ein Anreiz unzulässig ist oder nicht. Dennoch kommt Buchst. a eine besondere Stellung zu. Dies ergibt sich einerseits aus einer Betrachtung des Art. 17 Abs. 3 IDD: Die Formulierung des Art. 17 Abs. 3 S. 2 IDD lässt schließen, dass eine Vergütung immer bereits dann unzulässig sein soll, wenn durch sie ein Anlass geschaffen werden könnte, ein Produkt zu empfehlen, obwohl ein besser entsprechendes Produkt angeboten werden könnte.¹³⁶ Das Kriterium in Art. 8 Abs. 2 a Deleg. Verordnung wird also nicht bloß in besonderem Maß zu beachten sein, wenn es um eine Abwägung geht. Vielmehr ist wegen des Zusammenhangs mit Art. 17 Abs. 3 S. 2 IDD davon auszugehen, dass die Unzulässigkeit einer Vergütung bereits dann anzunehmen ist, wenn Art. 8 Abs. 2 a Deleg. Verordnung erfüllt ist.

Dennoch sind die anderen Buchstaben des Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung und weitere Kriterien auch in diesem Fall nicht ohne Relevanz. Ob Buchst. a erfüllt ist, wird nämlich zum Teil nur anhand der weiteren Kriterien beurteilt werden können. Insbesondere kann es zu einer Veranlassung, ein bestimmtes, weniger entsprechendes Produkt anzubieten, dann kommen, wenn – i. S. d. Buchst. f (s. dazu unten VII 6) – auf das Erreichen eines bestimmten Verkaufsvolumens eines Produkts abgestellt wird. Derjenige, der den Anreiz erhalten soll, wird dann vorwiegend versuchen, dieses Produkt zu vertreiben, um das Verkaufsvolumen und somit den Anreiz zu erreichen. Buchst. a entpuppt sich als eine Art Generalklausel.

2. Anreiz beruht auf quantitativen wirtschaftlichen Kriterien

Aus Art. 8 Abs. 2 b Deleg. Verordnung¹³⁷ lässt sich ableiten, dass das ausschließliche oder vorwiegende Abstellen auf quantitative wirtschaftliche Kriterien für einen Anreiz die Gefahr einer nachteiligen Auswirkung auf die Dienstleistung erhöht. Das Wort „quantitativ“ findet sich in der deutschen Fassung des Buchst. b nicht, wohl aber in der englischen und in der französischen Sprachfassung.¹³⁸ Überdies ist zu bedenken, dass bereits das „high-level principle“ in Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung neben der Art auch auf das Ausmaß des Anreizes abstellt.¹³⁹

Soll ein Anreiz hingegen dann gezahlt werden, wenn angemessene qualitative Kriterien erfüllt sind, ist dies als positives Abwägungskriterium zu würdigen. Allerdings müssen die qualitativen Kriterien überwiegen oder zumindest die quantitativen Kriterien aufwiegen. Das ergibt ein Umkehrschluss aus Buchst. b („ausschließlich oder vorwiegend auf wirtschaftlichen Kriterien beruht“). Als qualitative Kriterien gelten solche, „in welche die Erfüllung der geltenden Verordnungen, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen sowie die Kundenzufriedenheit einfließen“. Mit anderen Worten: Auf wirtschaftlichen Kriterien beruhende Anreizsysteme werden künftig nur mehr zulässig sein, wenn die quantitativen durch qualitative Kriterien zumindest aufgewogen werden. Beispiel: 50 % der Vergütung hängen vom Verkaufsvolumen ab, die restlichen 50 % werden nach einem zu vereinbarenden Parameter für die Kundenzufriedenheit ausbezahlt.

Fraglich ist, was Art. 8 Abs. 2 b Deleg. Verordnung mit „angemessene qualitative Kriterien“ („appropriate qualitative criteria“) meint. Es dürfte sich um die Anordnung einer Abwägung der quantitativen und qualitativen Kriterien im Einzelfall handeln. Dafür spricht ein Hinweis im Technical Advice der EIOPA nach der Auflistung von Kriterien, die das Risiko einer nachteiligen Auswirkung vermindern können.¹⁴⁰

- 134 „Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere, a) ob der Anreiz bzw. die Anreizregelung den Versicherungsvermittler bzw. das Versicherungsunternehmen dazu veranlasst, dem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt bzw. eine bestimmte Versicherungsleistung anzubieten oder zu empfehlen, trotz des Umstands, dass er bzw. es imstande wäre, ein anderes Versicherungsprodukt bzw. eine andere Versicherungsleistung anzubieten, das bzw. die den Bedürfnissen des Kunden besser entspricht;“
- 135 Im Englischen heißt es „whether the inducement or inducement scheme could provide an incentive ... to offer or recommend ...“, im Französischen „si l'incitation ou un régime d'incitation sont susceptibles d'inciter ... à proposer ou recommander ...“.
- 136 Oben unter IV 2.
- 137 „[Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere] b) ob der Anreiz bzw. die Anreizregelung ausschließlich oder vorwiegend auf wirtschaftlichen Kriterien beruht oder ob er bzw. sie angemessene qualitative Kriterien berücksichtigt, in welche die Erfüllung der geltenden Verordnungen, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen sowie die Kundenzufriedenheit einfließen;“
- 138 „Quantitative commercial criteria“ bzw. „des critères commerciaux quantitatifs“.
- 139 Oben unter V 3 b.
- 140 „This list is non exhaustive and is not intended to create a legal “safe harbour” and should be understood as examples of criteria to be applied in an overall analysis, only. They are deemed to promote more customercentric behaviour by distributors. It should be noted that insurance undertakings and insurance intermediaries are, in any case, not relieved from a thorough assessment whether an inducement has a detrimental impact and that these practices may not be adequate or sufficient to mitigate the risk of detrimental impact in an appropriate way, depending on the specific circumstances of the individual case.“ (EIOPA-17/048, 46 – Hervorhebung durch die Verfasser).

Der englische Text legt überdies nahe, dass die in der Bestimmung aufgelisteten Kriterien (Kundenzufriedenheit u. s. w.) jedenfalls als „angemessene qualitative Kriterien“ gelten.¹⁴¹ So wäre dann auch in der deutschen Sprachfassung der Relativsatz („in welche“) zu verstehen; auch die genannten qualitativen Kriterien sind somit nur Beispiele.

Die als qualitatives Kriterium genannte Qualität der Dienstleistung ist allerdings im Gefüge des Art. 8 Deleg. Verordnung eine Selbstverständlichkeit, die zirkelartig anmutet: Es geht nach Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung darum, ob sich ein Anreiz nachteilig auf die Qualität der Dienstleistung auswirkt.¹⁴² Stellt der Anreiz auf die Qualität der Dienstleistung ab, so wird sich dieser Anreiz naturgemäß nicht nachteilig auf deren Qualität auswirken.

Das Abstellen auf die *Kundenzufriedenheit* ist dagegen folgerichtig: Ist der Kunde mit der Dienstleistung des Vermittlers zufrieden, so ist dies ein starkes Indiz dafür, dass der Vermittler im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell gehandelt hat. Stellt ein Anreiz auf diese Kundenzufriedenheit ab, so bietet er gerade keinen Anlass dafür, Versicherungsvertriebstätigkeiten auf eine Art und Weise auszuführen, die gegen die Verpflichtung verstößt, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Versicherer und Vermittler werden daher Kriterien zu entwickeln und in ihre Vergütungsvereinbarungen zu integrieren haben, welche zur Messung der Kundenzufriedenheit geeignet sind (z. B. Net Promoter Score¹⁴³ o. Ä.). Nur damit werden überkommene quantitative Anreizsysteme zumindest teilweise beibehalten werden können.

Nicht klar erscheint, was unter „Erfüllung der geltenden Verordnungen“ als qualitatives Kriterium zu verstehen ist. Da der englischen sowie der französischen Fassung¹⁴⁴ auch ein weites Verständnis in der Hinsicht beigelegt werden kann, dass nicht nur nationale Verordnungen im formellen Sinn oder EU-Verordnungen gemeint sein müssen, sondern generell „anwendbare Bestimmungen“, ist davon auszugehen, dass auch mit der deutschen Formulierung „Verordnungen“ ganz allgemein anwendbare Vorschriften gemeint sein sollen. Damit ist also nichts anderes als die ohnehin selbstverständliche Legalitätspflicht gemeint. Zur Abwägung für die Zulässigkeit eines Anreizes ist dieses Kriterium aber unbrauchbar. Dies würde ja bedeuten, dass es als positiv zu vermerken wäre, wenn der Versicherer dem Vermittler dafür einen Anreiz verspricht, dass sich Letzterer an die Gesetze hält. Dazu ist der Vermittler aber jedenfalls verpflichtet. Ihm dafür einen Anreiz zu versprechen, kann daher kein positiv zu wertendes qualitatives Kriterium sein.

3. Wertverhältnis Anreiz – Produkt

Nach Art. 8 Abs. 2 c Deleg. Verordnung¹⁴⁵ ist der Wert des Anreizes im Verhältnis zum Wert des Produkts und der Dienstleistung ebenfalls als Bewertungskriterium zu berücksichtigen. Dies kann nur so verstanden werden, dass es einen negativen Aspekt darstellt, wenn der Wert des Anreizes unverhältnismäßig hoch im Vergleich zum Wert des mit dem Erhalt bzw. der Zahlung in Zusammenhang stehenden Produkts bzw. der Dienstleistung ist. Hintergrund – zumindest für die Relevanz des Werts der Dienstleistung – ist wohl die Ansicht, dass anlässlich des Vertriebs von Versicherungsprodukten erhaltene Vorteile ein Entgelt für die Leistungen darstellen sollen, die im Rahmen der Vertriebstätigkeit erbracht wurden.¹⁴⁶

Der Tatbestand birgt mehrere Unklarheiten: Was ist unter dem „Wert“ eines Versicherungsprodukts zu verstehen?¹⁴⁷ In einem Provisionssystem wird man an das Prämienvolumen gerechnet auf die Vertragslaufzeit denken. Es könnte aber auch die Versicherungssumme gemeint sein. Im Schrifttum wird vorgeschlagen, dass mit dem Wert des Produkts die Höhe der Beiträge und mit dem Wert der Dienstleistung etwa der Umfang der Beratung gemeint sei.¹⁴⁸

Was das Verhältnis des Anreizes zum Wert des Produkts angeht, ist nicht eindeutig, wie eine Beurteilung konkret auszusehen hat. Blickt man auf die Formulierung, die EIOPA für Buchst. c gewählt hatte,¹⁴⁹ und geht man davon aus, dass auch die Kommission Buchst. c in diesem Sinn verstanden wissen wollte, dann würde dies bedeuten, dass der gewährte Vorteil nicht *unangemessen* hoch im Verhältnis zum Wert des Produkts sein dürfe. Wann von Unangemessenheit auszugehen ist, wird auch aus dem Technical Advice von EIOPA nicht ersichtlich. Im Schrifttum wird vorgeschlagen EIOPA zusammengefasst so zu verstehen: Je niedriger die Prämie und je niedriger der Beratungsaufwand, desto niedriger sollte die Vergütung sein und umgekehrt.¹⁵⁰

Zur Auslegung des Art. 8 Abs. 2 c Deleg. Verordnung wird man auf den Zweck des Art. 8 Deleg. Verordnung rekurren müssen: Es ist im Zusammenhalt mit dem *high-level-principle* des Art. 8 Abs. 1 Deleg. Verordnung zu fragen, wann das Verhältnis zwischen Anreiz und Wert Anlass dafür bietet, Versicherungsvertriebstätigkeiten auf eine Art und Weise auszuführen, die gegen die Verpflichtung verstößt, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Die damit gewonnene abstrakte Richtschnur lässt sich aber nur schwer operationalisieren. Nehmen wir als Beispiel die Provision, die für den Tatbestand des Buchst. c wohl Pate gestanden haben dürfte. Die Provision ist in der Regel ein Prozentsatz der vereinnahmten Prämie. Kein Versicherer wird mehr an Provision zahlen als er an Prämie einnimmt. Wann ist somit die Provision im Verhältnis zum Prämienvolumen unverhältnismäßig hoch? Sollte die Deleg. Verordnung hier tatsächlich einen Flankenschutz zum Versicherungsaufsichtsrecht bilden? Hohe Abschlusskosten reduzieren in der Lebensversicherung bekanntlich das Ergebnis des Versicherers und damit die Gewinnbeteiligung des VN. Dem setzt zwar das Aufsichtsrecht Grenzen. Zusätzlich soll aber offenbar auch das Vertriebsrecht zum Schutz des Kunden eingreifen. Weil Abschlusskosten im Ergebnis zum ökonomischen Nachteil des Kunden gereichen, sind unangemessen hohe Vergütungen geeignet, ein Handeln des Vertreibers gegen das *best interest* des Kunden zu fördern. Mit diesem Verständnis des Art. 8 Abs. 2 c Deleg. Verordnung stimmt überein, dass die folgenden Buchst. d und e die Abschlusskosten in Fällen regeln, in denen ein ähnliches Schutzbedürfnis des Kunden besteht. Es geht dort um die Vertragsauflösung *early stage*.¹⁵¹

141 „Or whether it takes into account appropriate qualitative criteria, reflecting compliance with applicable regulations, the quality of services provided to customers and customer satisfaction“.

142 Oben unter V 3 b.

143 Weiterempfehlungsrate.

144 Die englische Formulierung lautet „compliance with applicable regulations“, die französische „réflétant la conformité à la réglementation applicable“.

145 „[Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere,] c) den Wert des gezahlten oder entgegengenommenen Anreizes im Verhältnis zum Wert des Produkts und der Dienstleistungen;“.

146 EIOPA-17/048, 44 (bei Punkt 20): „EIOPA acknowledges that commission-based distribution is still a widespread practice in some Member States and that commissions are a percentage of the premium paid by the customer for coverage based upon the intermediary’s agreement with the insurance undertaking which are, in principle, meant to compensate for services linked to the conclusion of the contract or services provided during the lifetime of the insurance contract“ (Hervorhebung durch die Verfasser).

147 Ein Blick auf die englische („value“) bzw. französische („la valeur“) Sprachfassung hilft nicht weiter.

148 *Boslak* in Brand/Baroch Castellví, VAG 2018 § 48 a Rn. 20.

149 EIOPA-17/048, 48.

150 *Boslak* in Brand/Baroch Castellví, VAG 2018 § 48 a Rn. 20.

151 Unten unter VII 4 und 5.

4. Auszahlung der Abschlussprovision

Art. 8 Abs. 2 d Deleg. Verordnung¹⁵² stellt darauf ab, ob Provisionen ganz oder überwiegend zum Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags oder über die gesamte Laufzeit dieses Vertrags gezahlt werden. Dahinter stehen Überlegungen von EIOPA, die im Technical Advice sogenannte *upfront commissions* deutlich negativ bewertet.¹⁵³ Demnach soll es ein Risiko für die Qualität der Dienstleistung für den Kunden sein, wenn der Anreiz bereits gänzlich oder großteils bei Abschluss des Vertrags gezahlt wird. In der Tat kann der Ansporn, im besten Interesse des Kunden zu handeln, geringer sein, wenn es für den Erhalt des Vorteils auf das Verhalten des Vermittlers in der Zeit nach Vertragsabschluss nicht mehr ankommt. Im Fokus steht hierbei einerseits die Wahrung der Kundeninteressen während des laufenden Vertragsverhältnisses, aber auch das Handeln im besten Interesse des Kunden bei Anbahnung des Versicherungsverhältnisses. Auch dieses kann negativ beeinträchtigt werden, wenn es für den Erhalt der Vergütung allein darauf ankommen sollte, dass ein Vertragsabschluss stattfindet und die Vergütung mit Vertragsabschluss sofort ausbezahlt wird. Ob der Vertrag dem Kundeninteresse entspricht oder der Kunde ihn storniert, würde für die Vergütung des Vermittlers keine Rolle mehr spielen. Hier kann eine auf die Vertragslaufzeit verteilte Zahlung der Vergütung helfen, das Verhalten des Vermittlers positiv zu beeinflussen. Es soll also dem Anreiz zu „Hit-and-run“-Geschäften entgegengewirkt werden.

Die Negativbeurteilung der überwiegenden Provisionszahlung bei Vertragsabschluss kann jedoch mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 e Deleg. Verordnung¹⁵⁴ relativiert werden. Nach Buchst. e ist es also positiv zu berücksichtigen, wenn ein angemessener Mechanismus zur Rückforderung bei einem Storno oder bei frühzeitigem Rückkauf des Produkts oder im Fall der Schädigung der Interessen des Kunden existiert. Besteht ein derartiger Mechanismus bei grundsätzlicher Auszahlung der Vergütung bei Vertragsabschluss, ist der Dienstleister gehalten, auch weiterhin (also während der Vertragslaufzeit) im besten Interesse des Kunden zu agieren, um die Vorteile auch zu behalten. Er wird diese Tätigkeit nicht einstellen (womit gleichzeitig auch das Handeln im Kundeninteresse nicht mehr vorläge) und so ein Storno oder einen Rückkauf riskieren. Er wird auch von vornherein bemüht sein, einen für den Kunden passenden Vertrag zu vermitteln um das Stornorisiko zu minimieren. Die Buchstaben d und e stehen also innerhalb des Art. 8 Abs. 2 der Deleg. Verordnung in einem sachlogischen Zusammenhang. Das Fehlen einer über die Vertragslaufzeit aufgeteilten Zahlung kann durch das Vorhandensein eines Rückforderungsmechanismus im Fall von Storno oder Rückkauf des Vertrags kompensiert werden.¹⁵⁵

Wie ist es zu beurteilen, wenn eine Provision zwar über mehrere Perioden, nicht aber über die gesamte Vertragslaufzeit gezahlt wird? Buchstabe d erwähnt solche Fälle nicht. Nach dem *telos* von Buchst. d (und e) wird es auch in diesem Fall darauf ankommen, ob für den Rest der Laufzeit nach vollständigem Erhalt der Provision eine angemessene Rückforderungsregel für die der Restlaufzeit entsprechenden Vergütungsteile beim Rückkauf besteht. Bezieht sich der angemessene Rückforderungsmechanismus dagegen nur auf Vertragsauflösungen *early stage*, so wird er nach Ablauf mehrerer Perioden, in denen die Provision ausbezahlt worden ist, nicht mehr greifen. In diesem Fall wäre es nach Buchst. d negativ zu bewerten, dass die Provision nicht auf die gesamte Vertragslaufzeit verteilt ausbezahlt wird. Nur so kann eine Umgehung der Buchst. d und e mit ihrem aufeinander abgestimmten Normzweck vermieden werden.

5. Rückforderungsmechanismus

Art. 8 Abs. 2 e Deleg. Verordnung¹⁵⁶ stellt auf den bereits erwähnten¹⁵⁷ Rückforderungsmechanismus für den Fall ab, dass das Produkt storniert oder frühzeitig zurückgekauft wird¹⁵⁸ oder es zu einer Schädigung der Interessen des Kunden kommt.

Als positives Bewertungskriterium ist also zu berücksichtigen, wenn Versicherer und Vertreter einen angemessenen Mechanismus zur Rückforderung des Anreizes für drei alternative Sachverhalte vorsehen: Storno, frühzeitiger Rückkauf oder Schädigung der Kundeninteressen. Gemessen am Zweck eines solchen Mechanismus sind Storno und Rückkauf einerseits und Schädigung der Kundeninteressen andererseits zu differenzieren.

Der Rückforderungsmechanismus für *Storno* und *Rückkauf* soll ähnlich wie die Verteilung der Vergütung auf die Vertragslaufzeit (Buchst. d)¹⁵⁹ dem Anreiz zu „Hit-and-run“-Geschäften entgegenwirken. Der Versicherungsvertreiber wird bemüht sein, im Interesse des Kunden zu handeln, damit er seinen erhaltenen Vorteil nicht wieder verliert. Er wird auch von Beginn an bestrebt sein, einen Vertrag zu vermitteln, der dem Kunden entspricht und der den Kunden dadurch anhält, am Vertrag festzuhalten. Storno und frühzeitigen Rückkauf wertet der Verordnungsgeber der Deleg. Verordnung als Indizien dafür, dass das vertriebene Versicherungsprodukt nicht den Interessen des Kunden entspricht. Um den Interessen des Kunden als Schutzzweck des Art. 8 Deleg. Verordnung gerecht zu werden, bedarf es daher für Storno und frühzeitigen Rückkauf eines Rückforderungsmechanismus.

Umgelegt auf das deutsche/österreichische Recht bedeutet Storno den Widerruf (§§ 8, 152 VVG 08 [Deutschland]) bzw. Rücktritt (§§ 5 b, 5 c, 165 VersVG [Österreich]). Fraglich ist, was mit *frühzeitigem* Rückkauf gemeint ist. Denkbar sind – zumindest nach der Vertragspraxis in Deutschland/Österreich – folgende Zusammenhänge: Bei einer Lebensversicherung ist der frühzeitige Rückkauf für den Kunden in der Regel deshalb nachteilig, weil die (gezillerten) Abschlusskosten den Rückkaufswert unter den Betrag der Einzahlungen drücken.¹⁶⁰ Je nach Produkt kann als Faustregel gelten, dass dies bei einem Rückkauf in den ersten fünf Jahren der Fall ist. Die Vertriebsvergütung macht in der Regel einen erheblichen Teil der Abschlusskosten aus. Sieht der Versicherer im Vertrag mit dem Vertreter vor, dass Letzterer die Vergütung bei einem frühzeitigen Rückkauf (anteilig) zurückzuzahlen hat, braucht der Versicherer den Rückkaufswert nicht mit dieser Vergütung zu belasten. Der Kunde erhält einen höheren Rückkaufswert. Unter diesem Prätext wäre der Rückkauf einer Lebensversicherung in den ersten fünf Jahren ein frühzeitiger Rückkauf i. S. d. Buchst. e. Es muss sich jedenfalls um einen frühzeitigen Rückkauf handeln. Ein Rückkauf etwa gegen Ende der Vertragslaufzeit kann von Buchst. e nicht gemeint sein.

152 „[Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere,] d) ob der Anreiz ganz oder vorwiegend zum Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags oder über die gesamte Laufzeit dieses Vertrags gezahlt wird.“

153 EIOPA-17/048, 44 f.

154 Zu Buchst. e sogleich noch bei VII 5.

155 Dies hat sich im Technical Advice der EIOPA noch deutlicher gezeigt, in dem beide Tatbestände in einem Buchst. zusammengeführt waren. EIOPA-17/048, 48: Buchst. d des Punktes 5 des Technical Advice lautete: „the inducement is intirely or mainly paid upfront when the product is sold without any appropriate refunding mechanism if the product lapses or is surrendered at an early stage“. Die Rückforderung bei Schädigung von Kundeninteressen war hier noch nicht enthalten. Dies wurde erst durch die Kommission hinzugefügt.

156 „[Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere,] e) ob ein angemessener Mechanismus zur Rückforderung des Anreizes bei einem Storno oder frühzeitigen Rückkauf des Produkts oder im Falle einer Schädigung der Interessen des Kunden existiert.“

157 Oben unter VII 4.

158 Englisch: “In case the product lapses or is surrendered at an early stage”; französisch: “ou le produit tombe en déchéance ou s’il est résilié de manière anticipée”.

159 Oben unter VII 4.

160 Dies wird künftig nicht mehr im selben Ausmaß zulässig sein, weil Buchst. d ja die Verteilung der Abschlusskosten auf die gesamte Vertragslaufzeit fordert (oben unter VII 4).

Ebenfalls dem Schutz der Kundeninteressen dient der Rückforderungsmechanismus im Fall einer *Schädigung der Interessen des Kunden*. Der drohende Verlust eines Anreizes im Fall der Schädigung eines Kunden leitet den Vertreter dazu an, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, um Schäden zu vermeiden. Von Buchst. e wird ein Rückforderungsmechanismus für den Fall einer tatsächlichen Schädigung der Kundeninteressen gefordert. Stellt sich heraus, dass der Vertreter die Kundeninteressen geschädigt hat, so ist im Vertrag mit dem Versicherer vorzusehen, dass der Vertreter seine Vergütung zurückzuzahlen hat. Die Rückforderung ist in diesem Fall eine vertragliche Sanktion für das Fehlverhalten des Versicherungsvertreibers. Fehlt ein Rückforderungsmechanismus, so ist dieser Umstand im Rahmen der Gesamtanalyse des Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung negativ zu bewerten. Der Rückforderungsmechanismus im Fall einer Schädigung der Interessen des Kunden ist somit ein Präventivinstrument, mit dessen Hilfe ein die Kundeninteressen schädigendes Verhalten des Vertreibers verhindert werden soll.

Buchstabe e spricht von einem „angemessenen Mechanismus“ zur Rückforderung „des“ Anreizes. Insofern stellt sich die Frage, was unter „angemessen“ zu verstehen ist, und ob sich die Rückforderung auf die Gesamtsumme des Anreizes beziehen muss, oder ob auch nur eine Teilrückforderung Buchst. e entspräche. Die Formulierung „des Anreizes“ ließe darauf schließen, dass es um die Rückforderung des gesamten gezahlten Anreizes geht. Das gilt zumindest dann, wenn es um eine Rückforderung wegen der Schädigung von Kundeninteressen geht. Nach dem Zweck des Buchst. e und auch in einer Zusammenschau mit den Wertungsgesichtspunkten des Buchst. d ist aber davon auszugehen, dass nicht in jedem Fall die Rückforderung des gesamten Anreizes für eine positive Beurteilung nach Buchst. e notwendig ist. Vielmehr muss die Rückforderung umfänglich in einem angemessenen Verhältnis zu den bereits im Kundeninteresse erbrachten Leistungen stehen. Sie muss grundsätzlich nur jene Perioden der an sich vorgesehenen Vertragslaufzeit umfassen, die von Storno bzw. Rückkauf bis zum vorgesehenen Vertragsende bestehen. Ist eine Stornierung oder ein frühzeitiger Rückkauf allerdings darauf zurückzuführen, dass der Vermittler sich nicht im Sinne der Kundeninteressen verhalten hat bzw. keinen dem Kunden entsprechenden Vertrag vermittelt hat, ist es „angemessen“, ihm auch den gesamten mit diesem Vertrag in Zusammenhang stehenden Anreiz wieder zu entziehen. Die angesprochene Verhältnismäßigkeit wird in Buchst. e mit der Formulierung „angemessener Mechanismus“ zum Ausdruck gebracht.

6. Schwellenwerte

Art. 8 Abs. 2 f Deleg. Verordnung¹⁶¹ erklärt das Abstellen auf bestimmte Verkaufsvolumina oder -werte bzw. auf das Erreichen bestimmter Schwellenwerte zur Auszahlung eines Anreizes als ein negatives Kriterium bei der Abwägung des Art. 8 Deleg. Verordnung. Damit sind solche Vergütungen angesprochen, die nicht in Bezug auf einen bestimmten Versicherungsvertrag ausgezahlt werden. Erfasst sind Vergütungen, die losgelöst von einem spezifischen Versicherungsverhältnis bei Erreichen eines bestimmten Verkaufsziels (z. B. Prämienvolumen, Zahl der vermittelten Versicherungsverträge) für ein am Markt angebotenes Produkt oder etwa einen angebotenen Produkttyp oder eine Produktkategorie bezahlt werden. So weist EIOPA in ihrem Technical Advice¹⁶² darauf hin, dass *contingent commissions* und *profit commissions* von der Kommission im Rahmen ihres *Sector Inquiry on business insurance* im Jahr 2007 als Quellen für Interessenkonflikte identifiziert wurden. Erfasst sind auch Mechanismen zur Werterhöhung einer Vergütung bei Erreichen bestimmter Werte in Bezug auf angebotene Produkte/Produkttypen/Produktkategorien.

Gerade Bonifikationen, die etwa bei Erreichen eines bestimmten Verkaufsvolumens oder eben sonstiger Schwellenwerte ausgezahlt werden, fallen unter Buchst. f. Bonifikationsmodelle, die auf Schwellenwerte abstellen, sind somit stark in Richtung Unzu-

lässigkeit zu gewichten. Freilich können Aspekte, die unter den Kriterien des Art. 8 Deleg. Verordnung als positiv zu werten sind (etwa das Abstellen auch auf qualitative Kriterien zur Auszahlung der Bonifikation), diese Gewichtung wiederum abschwächen. Allerdings ist zu bemerken, dass mit dem Abstellen auf bestimmte Schwellenwerte gleichzeitig auch ein Abstellen auf quantitative wirtschaftliche Kriterien i. S. d. Buchst. b vorliegt und somit ein weiteres Negativkriterium der Liste des Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung erfüllt ist. Das Auszahlen einer Vergütung bei Erreichen etwa eines bestimmten Volumens an Verkäufen eines bestimmten Produkts wird einen Vermittler überdies dazu anspornen, gerade dieses Produkt vermehrt zu vermitteln. Damit liegt wiederum auch die Erfüllung des Buchst. a des Art. 8 Abs. 2 Deleg. Verordnung nahe. Insofern wird es im Einzelfall schwierig sein, quantitativ orientierte Bonifikationen durch qualitative Kriterien aufzuwiegen. Dies dürfte für den Versicherungsvertrieb zumindest kurzfristig eine Herausforderung darstellen.

VIII. Zusammenfassung

- Die IDD trifft erstmals Vergütungsregelungen für den Versicherungsvertrieb auf unionsrechtlicher Ebene. Sie legt dabei lediglich einen Mindeststandard fest.
- Einerseits enthält die IDD Offenlegungspflichten, andererseits inhaltliche Beschränkungen für Vergütungen. Solche bestehen zum einen für den Vertrieb sämtlicher Versicherungsprodukte (Art. 17 Abs. 3, 19 IDD), daneben gibt es spezielle Regelungen für den Vertrieb von IBIPs, die zusätzlich zu beachten sind (Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 IDD).
- Von den Vergütungsbestimmungen erfasst sind sämtliche monetäre und nichtmonetäre Vorteile und Anreize, die in Zusammenhang mit Versicherungsvertriebstätigkeiten gewährt bzw. erhalten werden.
- Art. 17 Abs. 3 IDD verbietet Vergütungen, die dazu geeignet sind, den Vertreter nicht im bestmöglichen Interesse der Kunden handeln zu lassen. Ein tatsächliches Handeln entgegen den Kundeninteressen ist nicht nötig.
- Nach Art. 19 IDD ist dem Kunden die Art der Vergütung, grundsätzlich aber nicht deren Höhe mitzuteilen.
- Auch Art. 29 Abs. 1 IDD für den Vertrieb von IBIPs enthält grundsätzlich keine Offenlegungspflicht betreffend die Höhe einer Vergütung von dritter Seite. Aus teleologischer Sicht spricht aber vieles dafür, dass die Provisionshöhe anzugeben ist, wenn der Kunde eine Kostenaufstellung nach Posten verlangt.
- Nach Art. 29 Abs. 2 IDD sind Vergütungen anlässlich des Vertriebs von IBIPs immer dann unzulässig, wenn sie einen Anreiz schaffen, die Interessen der Kunden zu missachten.
- Konkretisierungen zu Art. 29 Abs. 2 IDD trifft Art. 8 Deleg. Verordnung der Kommission. Danach ist die Zulässigkeit einer Vergütung anhand einer Abwägung sämtlicher Faktoren, die die Gefahr einer nachteiligen Auswirkung auf die Qualität der Dienstleistung für den Kunden erhöhen oder mindern können, zu beurteilen. Art. 8 Deleg. Verordnung listet derartige Faktoren beispielsweise auf.
- Negativ ist danach insbesondere etwa das Abstellen auf quantitative Kriterien zum Erhalt der Vergütung oder die Zahlung der gesamten Vergütung im Zeitpunkt des Abschlusses eines Versicherungsvertrags ohne geeigneten Rückforderungsmechanismus zu bewerten.
- Die Kriterien des Art. 8 Deleg. Verordnung können auch dazu herangezogen werden, zu beurteilen, ob eine Vergütung nach Art. 17 Abs. 3 IDD zulässig ist.

161 „[Als Bewertungskriterien berücksichtigen sie insbesondere,] f) ob eine variable oder an die Erreichung eines bestimmten Ziels gebundene Schwelle jedweder Form oder ein anderer werterhöhender Mechanismus besteht, der bei Erreichung eines bestimmten Verkaufsvolumens oder -werts ausgelöst wird.“

162 EIOPA-17/048, 44 f.