

MEMORANDUM

zur unionsrechtlichen Beurteilung des Richtlinienentwurfs für ein „Provisionsverbot“ für Versicherungsmakler anhand der EU-Grundfreiheiten und EU-Grundrechte

im Auftrag

des Fachverbandes der Versicherungsmakler und Berater in
Versicherungsangelegenheiten
Wirtschaftskammer Österreich

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. Thomas Jaeger, LL.M.
Dr. Cornelia Lanser, LL.M.
(Wien)

18. August 2023

Inhaltsübersicht

Executive Summary.....	4
1. Gegenstand und Aufbau	7
2. Rechtlicher Rahmen	8
2.1 Hintergrund und Allgemeines zur IDD-RL und zum RL-Entwurf.....	8
2.2 Umfang und Reichweite des vorgeschlagenen sekundärrechtlichen Provisionsverbots	8
2.2.1 Versicherungsvermittler:	11
2.2.2 Kundeninformation.....	11
2.2.3 Unabhängige Beratung	14
2.3 Zwischenergebnis.....	15
3. Rechtliche Beurteilung des vorgeschlagenen Provisionsverbots.....	16
3.1 Vorüberlegungen.....	16
3.2 Freiverkehrsrechtliche Beurteilung (Grundfreiheiten)	20
3.2.1 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Niederlassungsfreiheit.....	20
3.2.2 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Dienstleistungsfreiheit.....	21
3.3 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip	23
3.4 Unionsgrundrechtliche Beurteilung (EU-Grundrechtecharta)	23
3.4.1 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit der Gleichbehandlungspflicht	24
3.4.2 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit der unternehmerischen Freiheit	25
3.4.3 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit der Berufsfreiheit.....	26
3.5 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Transparenz- und Bestimmtheitsgebot.....	26
3.6 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Begründungspflicht nach Art 296 AEUV und Art 41 GRC	29
3.6.1 Erforderlichkeit der Maßnahme.....	30
3.6.2 Wirksamkeit der Maßnahme	32
3.6.3 Angemessenheit der Maßnahme	34

3.6.4	Auswahl der Betroffenen.....	36
3.6.5	Zwischenergebnis	36
4.	Ergebnis.....	38

Executive Summary

- (1) Der aktuelle Kommissionsentwurf zur Ergänzung der IDD-RL sieht in Art 30 Abs 5b lit b eine Vergütungsbeschränkung für (i) Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen, welche (ii) Kunden darüber informieren, dass (iii) die Beratung unabhängig erbracht wird, vor (**partielles „Provisionsverbot“**).

Unzureichend determinierter Anwendungsbereich

- (2) Mangels eindeutiger Formulierung der RL-Bestimmung ist **unklar, welche Versicherungsvermittler vom avisierten Provisionsverbot erfasst** sein würden: Von den drei möglichen Auslegungsvarianten, wonach (1) nur all diejenigen Versicherungsvermittler, die unabhängig sind und den Kunden auch ausdrücklich darüber informieren, (2) all diejenigen Versicherungsvermittler, die beim Kunden den Anschein der Unabhängigkeit erwecken, oder (3) all diejenigen Versicherungsvermittler, die sich gegenüber dem Kunden als unabhängig darstellen wollen, erfasst sind, erweist sich die dritte Auslegungsvariante als wahrscheinlichste, welche für die nachfolgende rechtliche Beurteilung herangezogen wird.
- (3) Es ist daher davon auszugehen, dass das **zentrale Element**, an welches das Verbot anknüpft, nicht das Anscheinserwecken beim Verbraucher betreffend die Unabhängigkeit ist, sondern das **„Wollen“ des Versicherungsvermittlers**. Dies führt zu einer unscharfen Ausdehnung der vom Provisionsverbot erfassten Personengruppe. Es kann nach dieser Definition nicht ausgeschlossen werden, dass auch Versicherungsvermittler, die auf Rechnung und im Namen eines Versicherungsunternehmens handeln (Versicherungsagenten nach österreichischer Diktion der Standesregeln für Versicherungsvermittlung) unter das Provisionsverbot fallen könnten.

Eingriff in die unionsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten

- (4) Eine freiverkehrsrechtliche Beurteilung erweist, dass das partielle Provisionsverbot mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als **unzulässiger Eingriff in die grenzüberschreitende Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit** zu qualifizieren ist. Zudem ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Maßnahme auch nicht gerechtfertigt werden kann, da sie unverhältnismäßig, insbesondere sie nicht das gelindeste, zur Zielerreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus geeignete Mittel, sein dürfte. Ein naheliegendes gelinderes Mittel zur Erreichung des angestrebten hohen

Verbraucherschutzniveau wäre beispielsweise eine umfassende Informations- und Offenlegungspflicht zusammen mit dem bereits bestehenden partiellen Provisionsverbot.

- (5) Überdies bestehen Zweifel daran, ob das Abstellen auf die Darbietung/Darstellung des Versicherungsvermittlers gegenüber dem Verbraucher ein sachliches Kriterium für die Abgrenzung des vom Provisionsverbot erfassten Personenkreises ist. Denn nach der vorgeschlagenen Systematik könnten Versicherungsvermittler, die mit mehreren Versicherungsunternehmen kooperieren und somit Produkte verschiedener Versicherungsunternehmen anbieten können, dennoch nicht unter das Provisionsverbot fallen, sofern sie sich nicht als unabhängig darstellen wollen. Es sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die **vorgeschlagene Differenzierung unsachlich** sein dürfte, weil die Unterschiede in den Vertriebskanälen keine unterschiedliche Behandlung erfordern bzw. erlauben würden.

Eingriff in unionsrechtlich gewährleistete Grundrechte

- (6) Eine Beurteilung des partiellen Provisionsverbots anhand der EU-Grundrechte ergibt, dass eine Einschränkung von Grundrechten im Ergebnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht verhältnismäßig und damit **mit den unionsrechtlichen Grundrechten unvereinbar** sein dürfte. Konkrete Bedenken bestehen besonders aufgrund der sachlich nicht gerechtfertigten Auswahl der Betroffenen im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot, die unternehmerische Freiheit und die Berufsfreiheit.

Verletzung weiterer unionsrechtlicher Anforderungen an die EU-Gesetzgebung

- (7) Darüber hinaus wirft das Provisionsverbot erhebliche **Bedenken** im Hinblick auf das **Transparenz- und Bestimmtheitsgebot** auf, da die bestehende Unklarheit hinsichtlich des vom avisierten Provisionsverbot erfassten Personenkreises zu **Rechtsunsicherheit** führt. Der RL-Entwurf müsste dahingehend genauer determinieren, wer vom Provisionsverbot betroffen sein soll.
- (8) Insbesondere können gute Gründe ins Treffen geführt werden, dass der RL-Entwurf und das darin enthaltene Provisionsverbot **nicht den unionsrechtlichen Anforderungen an die Begründungspflicht** im Hinblick auf die **Erforderlichkeit, Wirksamkeit und Angemessenheit der Maßnahme** sowie die **Auswahl der Betroffenen** entspricht. Insbesondere mangelt es an einer Begründung, weshalb die gewählte Form und der Umfang des vorgeschlagenen Provisionsverbots

notwendig sei und die im RL-Entwurf skizzierten Lösungsalternativen (Ausdehnung der schon bisher bestehenden Regelungen und Verschärfung der Offenlegungspflichten bzw. „Value for Money“) – als gelindere Mittel – nicht in Frage kommen.

1. Gegenstand und Aufbau

Wir wurden vom Auftraggeber ersucht, den im Rahmen der sog. Retail Investment Strategy am 24. Mai 2023 veröffentlichten Gesetzgebungsvorschlag¹ der EU-Kommission zur Ergänzung der Versicherungsvertriebsrichtlinie 2016/97/EU (*Insurance Distribution Directive*; „IDD-RL“)² um ein „Provisionsverbot“³ für die unabhängige Beratung und Vermittlung von Versicherungsanlegeprodukten aus Sicht der unionsrechtlichen Grundfreiheiten und der EU-Grundrechte zu beurteilen.

Vereinbart wurde eine Kurzbeurteilung im Weg eines Memorandums zur Erstinformation für den Auftraggeber. Entsprechend beschränkt sich das vorliegende Memorandum auf die wesentlichen Eckpunkte und Feststellungen der rechtlichen Beurteilung und ist in der Argumentation und im Nachweisapparat entsprechend reduziert. Das vorliegende Memorandum schließt an zwei für den Auftraggeber im Dezember 2021 erstellte Gutachten an. Es unterscheidet sich von jenen dadurch, dass nunmehr ein konkreter Vorschlag und Textentwurf für das „Provisionsverbot“ vorliegt, an dem sich die Beurteilung orientiert.

Dazu wird nachfolgend zunächst der rechtliche Rahmen, also Hintergrund, Umfang und Reichweite des vorgeschlagenen sekundärrechtlichen Provisionsverbots dargestellt (Punkt 2). Auf dieser Grundlage erfolgt die unionsrechtliche Beurteilung der einschlägigen Bestimmung des Entwurfs für die Änderung der IDD-RL. Dabei steht die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Provisionsverbots mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Punkt 3.2), dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (Punkt 3.3), den Grundrechten (Punkt 3.4), dem Transparenz- und Bestimmtheitsgebot (Punkt 3.5) und der Begründungspflicht (Punkt 3.6) im Vordergrund. Auf weitere primärrechtliche Aspekte wird lediglich ergänzend eingegangen.

¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2009/65/EC, 2009/138/EC, 2011/61/EU, 2014/65/EU and (EU) 2016/97 as regards the Union retail investor protection rules, 24.05.2023, COM(2023) 279 final, 2023/0167 (COD).

² RL (EU) 2016/97 über Versicherungsvertrieb, ABI L 2016/26, 19.

³ Der Vorschlag selbst verwendet diesen Begriff nicht, daher ist er hier in Anführungszeichen gesetzt.

2. Rechtlicher Rahmen

2.1 Hintergrund und Allgemeines zur IDD-RL und zum RL-Entwurf

Die IDD-RL⁴ enthält Harmonisierungsvorschriften für den Versicherungs- und Rückversicherungsvertrieb und soll die nationalen Vorschriften über den Zugang zur Tätigkeit des Versicherungs- und Rückversicherungsvertriebs koordinieren.⁵ Insgesamt zielt die IDD-RL auf eine Mindestharmonisierung ab, weshalb die Mitgliedstaaten („MS“) strengere Verbraucherschutzvorschriften erlassen bzw. beibehalten können.

Am 24. Mai 2023 erging ein Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der OWAG-RL (2009/65/EG), der Solvabilität II-RL (2009/138/EG), der RL über die Verwalter alternativer Investmentfonds (2011/61/EU), der RL über Märkte für Finanzinstrumente (2014/65/EU, *Markets in financial instruments Directive*, „MiFID II“) und der IDD-RL („RL-Entwurf“).⁶

Mit dem RL-Entwurf werden einige Bestimmungen der IDD-RL geändert, andere neu eingefügt, die ein Verbot für eine bestimmte Vergütungsform vorsehen, das 2012 im Entwurf für die IDD-RL bereits vorgesehen war.

2.2 Umfang und Reichweite des vorgeschlagenen sekundärrechtlichen Provisionsverbots

Seite 58 ff des RL-Entwurfs enthält Vorschläge zur Änderung der IDD-RL. Art 30 der (noch) gültigen Fassung der IDD-RL, welcher Regelungen zur „Beurteilung der Eignung und Zweckmäßigkeit sowie Berichtspflicht gegenüber Kunden“ enthält, soll um einen neuen Absatz 5 und die Absätze 5a, 5b und 5c ergänzt werden.

Der Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Provisionsverbots ist in Art 30 Abs 5b lit b des IDD-RL-Entwurfs geregelt und lautet wie folgt:

„Member States shall require that, where an insurance intermediary or insurance undertaking distributing insurance-based investment products informs the customer that advice is given on an independent basis, the insurance intermediary or

⁴ Siehe Fn. 2.

⁵ ErwGr 2 IDD-RL.

⁶ Siehe Fn. 1.

insurance

undertaking:

a. [...]

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

Art 30 Abs 5b lit b des IDD-RL-Entwurfs sieht also eine Vergütungsbeschränkung nur für bestimmte Personen (daher ein partielles Provisionsverbot) vor. Mangels klarer und eindeutiger Formulierung der RL-Bestimmung stellt sich zunächst die Frage, welche Personen konkret von diesem Verbot erfasst sein sollen.⁷

Nach Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs gilt das Provisionsverbot für (i) Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen, welche (ii) Kunden darüber informieren, dass (iii) die Beratung unabhängig erbracht wird.

Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs enthält somit folgende auslegungsbedürftige Merkmale:

- i) Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen („*insurance intermediary or insurancy undertaking*“, siehe sogleich unter Punkt 2.2.1);
- ii) Kundeninformation („*informs the customer*“, siehe sogleich unter Punkt 2.2.2);
- iii) unabhängige Beratung („*advice is given on an independent basis*“, siehe sogleich unter Punkt 2.2.3).

Als unionsrechtliche Begriffe sind diese Formulierungen autonom und losgelöst von einem allfälligen nationalen Begriffsverständnis (nach den Interpretationsmethoden des Unionsrechts) auszulegen. Dies schließt jedenfalls die Berufung auf ein allfälliges, spezifisch österreichisches Verständnis des Begriffs des „Versicherungsmaklers“ oder „Versicherungsagenten“ nach den Landesregeln für Versicherungsvermittlung⁸ aus. Die österreichischen Berufsgruppen (Versicherungsmakler und Versicherungsagent) als Untergruppen der (großen) Gruppe der Versicherungsvermittler und

⁷ Zu den rechtlichen Bedenken des partiellen Provisionsverbots siehe Punkt 3 des gegenständlichen Memorandums.

⁸ Verordnung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über Landes- und Ausübungsregeln für Gewerbetreibende, die die Tätigkeit der Versicherungsvermittlung ausüben (Landesregeln für Versicherungsvermittlung), StF BGBl. II 2019/162.

Versicherungsunternehmen können daher nicht (ohne nähere Prüfung auf Vorliegen der Voraussetzungen des Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs) unter das Provisionsverbot subsumiert oder nicht subsumiert werden.

Der RL-Entwurf dürfte hinsichtlich der Begriffsdefinitionen einen vollharmonisierenden Ansatz wählen: Da der Unionsgesetzgeber die einheitliche Anwendung der IDD-RL gewährleisten wollte,⁹ dürfte den MS auch kein Raum für zB eine strengere Auslegung verbleiben. Der österreichische Gesetzgeber dürfte das Provisionsverbot nicht etwa ausdehnen bzw. einschränken, wenn die unionsrechtliche Auslegung ein bestimmtes Regelungsverständnis gebietet; Gold-Plating wäre also ausgeschlossen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Auslegung dieser Begriffe – mit guten Argumenten – (nur) für den Anwendungsbereich der IDD-RL gilt und diese in einem anderen Kontext durchaus eine unterschiedliche (und wohl auch weitere) Bedeutung haben können. So etwa hat der EuGH in der Rs C-555/21, *UniCredit Bank Austria*, klargestellt,¹⁰ dass die Auslegung des Begriffs „Gesamtkosten des Kredits“ nach der RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge trotz identer Formulierung nicht auf die RL 2014/17/EU über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher umgelegt werden kann, weil die Besonderheiten von Wohnimmobilienkreditverträgen einen differenzierten Ansatz rechtfertigen. Damit ist ein abweichendes Begriffsverständnis von „Versicherungsvermittler“, „Kundeninformation“ und „unabhängige Beratung“ in unterschiedlichen Sekundärrechtsakten nicht nur zulässig, sondern auch geboten.

Ausgangspunkt und zugleich Grenze jeder Auslegung ist stets der Wortlaut der Norm und dieser ist nicht eindeutig, wie gleich noch näher zu zeigen sein wird. Nach Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs sind alle Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler, die den Verbraucher darüber informieren, dass sie unabhängig agieren, vom Provisionsverbot erfasst. Jedoch wird darin nicht näher definiert, wann dieses Kriterium der unabhängigen Beratung erfüllt ist. Unklarheiten bestehen auch darüber, was „unabhängig“ bedeutet und wann Verbraucher über die Unabhängigkeit informiert werden müssen.

⁹ Siehe *Europäische Kommission*, Final report: Disclosure inducements and suitability rules for retail investors study (2023) 17.

¹⁰ EuGH 09.02.2023, C-555/21, *Unicredit Bank Austria*, ECLI:EU:C:2023:78, Rz 28; vgl *Balthasar-Wach/Lanser*, EuGH-Update – Zivil- und Unternehmensrecht, *ecolex* 2023/4, 307 f.

2.2.1 *Versicherungsvermittler:*

Vorab ist der unionsrechtliche Ursprung des Begriffs des „Versicherungsvermittlers“ und „Versicherungsunternehmens“ (Art 2 Abs 1 Z 3 und 6 der [noch] gültigen IDD-RL) zu betonen. Ein Versicherungsvermittler ist jede natürliche oder juristische Person, die kein Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen oder ihre Angestellten und kein Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit ist und die die Versicherungsvertriebstätigkeit gegen Vergütung aufnimmt oder ausübt. Ein Versicherungsunternehmen ist ein direktes Lebensversicherungs- oder Nichtlebensversicherungsunternehmen, das eine entsprechende Zulassung erhalten hat.¹¹ Der Begriff des Versicherungsvermittlers ist damit nach Art 2 der (noch) gültigen IDD-RL sehr weit. Grundsätzlich sind davon alle Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen erfasst, die im *Register of insurance intermediaries*¹² bzw. dem *Register of insurance undertakings*¹³ eingetragen sind (vgl Erwägungsgrund 5 der [noch] gültigen IDD-RL).

Der weite Begriff nach Art 2 der (noch) gültigen IDD-RL wird – angelehnt an die Diktion des Art 24 MiFID II-RL – insofern eingeschränkt, als nur für die unabhängige Beratung und bei entsprechender Information des Kunden darüber das Provisionsverbot greift.

2.2.2 *Kundeninformation*

Nach dem Wortlaut der Bestimmung sind (nur) jene Versicherungsvermittler, die den Kunden über ihre Unabhängigkeit informieren, erfasst. Der Tatbestand des Provisionsverbots setzt daher eine „Information über die Unabhängigkeit der Beratung“ voraus. Somit wird die (weite) Gruppe der Versicherungsvermittler eingeschränkt auf jene Personen, die über ihre Unabhängigkeit informieren, sodass nur bei Vorliegen dieser Unabhängigkeitsinformation die Rechtsfolge der Anwendbarkeit des Provisionsverbots eintreten soll.

Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Versicherungsvermittler zur Unabhängigkeitsinformation verpflichtet ist und wie diese Unabhängigkeitsinformation zu erfolgen hat, schweigt der RL-Entwurf. Die Bestimmung ist insofern nicht

¹¹ Siehe Art 13 Z 1 iVm Art 14 RL 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABI 2009/135, 1.

¹² Siehe https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/registers-lists-and-databases/register-insurance-intermediaries_en.

¹³ Siehe <https://register.eiopa.europa.eu/registers/register-of-insurance-undertakings?TermStoreId=2b1776d1-ae3b-49f8-a97b-1474fa7fa346&TermSetId=144ffbbf-e875-4634-a29d-9036a71a3f57&TermId=85ef6a10-051c-44c4-9439-26bfe0f33be5>.

hinreichend ausgestaltet, als nicht klar ist, ob das Kriterium der Kundeninformation bloß dann erfüllt ist, wenn der Versicherungsvermittler tatsächlich unabhängig agiert und dem Kunden die Information ausdrücklich erteilt wurde oder ob es auf den bloßen Anschein beim Kunden ankommt oder ob es genügt, wenn sich der Versicherungsmakler gegenüber dem Kunden als unabhängig darstellen will (unabhängig von den faktischen Gegebenheiten).

Versicherungsvermittler sind nach Art 18 IDD-RL-Entwurf zur Offenlegung, ob sie den Kunden vertreten oder für Rechnung und im Namen eines Versicherungsunternehmens handeln, verpflichtet. Der Begriff des Versicherungsvermittlers wird im (noch) gültigen Art 18 lit a) v) IDD-RL bzw. im vorgeschlagenen Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf in 2 Fallgruppen unterteilt: Fall 1 betrifft Versicherungsvermittler, die den Kunden vertreten, also unabhängig agieren und Fall 2 betrifft Versicherungsvermittler, die für Rechnung und im Namen eines Versicherungsunternehmens handeln, also abhängig agieren.

Auch nach der österreichischen Rechtslage sind nach den Standesregeln für Versicherungsvermittlung – in Gleichklang mit Art 18 IDD-RL-Entwurf – nur Versicherungsmakler zur Unabhängigkeitsinformation verpflichtet, wohingegen Versicherungsagenten zur Offenlegung bestimmter Informationen hinsichtlich des bestehenden Vertrags („für Rechnung und im Namen eines Versicherungsunternehmens“) verpflichtet sind (§ 1 Abs 9 Z 5 Standesregeln für Versicherungsvermittlung). Echte Mehrfachagenten sind darüber hinaus dazu verpflichtet, offenzulegen, dass sie für Rechnung und im Namen mehrerer Versicherungsunternehmen handeln (§ 3 Abs 5 Satz 2 iVm § 1 Abs 9 Z 8 lit c Standesregeln für Versicherungsvermittlung). Fraglich ist nun, inwiefern Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs auf diese Offenlegung abstellt. Aus Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs geht nicht klar hervor, ob die Information über die Vertretung des Kunden einer Information über die Unabhängigkeit iSd RL-Entwurfs gleichzusetzen ist.

Der Umstand, dass Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs andere Begrifflichkeiten verwendet und auch nicht auf Art 18 IDD-RL-Entwurf Bezug nimmt, spricht dafür, dass die gegenständlich relevante Informationspflicht anders gelagert ist als die allgemeinen Auskunftspflichten des Art 18 IDD-RL-Entwurf. Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs referenziert nämlich gerade nicht auf Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf und es wird gerade keine Offenlegung gegenüber dem Kunden verlangt. Freilich ist Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf im Kontext des Kapitel V, der als Titel „Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln“ hat, zu lesen und Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf regelt als

Unterkapitel hievon die Auskunftspflichten der Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen. Dennoch sind die Begriffe Information und Auskunft nicht deckungsgleich, sondern systematisch ist wohl die Informationspflicht der weitere Begriff (weil Kapiteltitel). Dies spricht dafür, dass Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs weiter ist als Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf und daher nicht auf den dort genannten 1. Fall 1:1 übertragbar ist. Die Definition des Versicherungsvermittlers (Art 2 der [noch] gültigen IDD-RL) nach Art 30 Abs 5b lit b des IDD-RL-Entwurfs erfasst somit nicht zwangsläufig nur Fall 1 des Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf, weil die Begriffe anders lauten. Der Unionsgesetzgeber hätte sich ja sonst der Diktion des Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf bedienen bzw. darauf verweisen können.

Ein weiteres Argument für das weite Begriffsverständnis lässt sich anhand der teleologischen Interpretation begründen: Da die Bestimmung keine näheren Vorgaben zur Kundeninformation macht, ist die Begründung (Explanatory Memorandum) des RL-Entwurfs heranzuziehen. Ab Seite 15 des RL-Vorschlags finden sich allgemeine Erwägungen zur Bekämpfung von Voreingenommenheit im Beratungsprozess, zur Vermeidung von Interessenkonflikten und der Einführung eines „Best-Interest“-Tests für die MiFID II-RL und IDD-RL. Seite 16 des RL-Entwurfs spricht davon, dass die Beratung als unabhängig dargestellt wird („*present their advice as independent*“). Es geht daher nach dem Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs darum, was dem Kunden suggeriert wird und nicht, ob der Kunde auch tatsächlich ausdrücklich vom Versicherungsvermittler über die Unabhängigkeit in Kenntnis gesetzt wurde. Würde der Anschein genügen, um unter das Provisionsverbot zu fallen, so könnten unter Umständen auch Personen, die abhängig sind bzw. rechtlichen und faktischen Bindungen unterliegen, vom Provisionsverbot erfasst sein (Fall 2 des Art 18 IDD-RL-Entwurf).

Weiters ist im Explanatory Memorandum von „*want to present their advice as independent*“ die Rede.¹⁴ Die Wortfolge ist daher aus Perspektive des Vermittlers auszulegen, auf die Wahrnehmung des Kunden kommt es danach nicht an. Das Provisionsverbot richtet sich somit nur an Versicherungsvermittler, die ihre Beratung als unabhängig darstellen **wollen**. Die Wendung „*want to present their advice as independent*“ enthält insofern auch ein subjektives Element, als es darum geht, was der Versicherungsvermittler will, und es somit nicht auf die tatsächliche Offenlegung gegenüber dem Kunden ankommt. Demnach scheint weder der Anschein, der beim Kunden erweckt wird, noch der Umstand, ob die Beratung tatsächlich/faktisch

¹⁴ RL-Entwurf, Seite 16 Absatz 3.

unabhängig erbracht und diese offengelegt wird, relevant zu sein, sondern, was der Versicherungsvermittler will.

Der (Schutz-)Zweck des RL-Entwurfs unterstreicht diese Auffassung: Denn (vordergründiges) Ziel der IDD-RL ist ein hohes Schutzniveau für Kleinanleger (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 6) und dies kann durch eine weite Interpretation des Begriffs der Unabhängigkeitsinformation besser gewährleistet werden. Mit der IDD-RL wird nämlich das Ziel verfolgt, den Anlegerschutz sicherzustellen (siehe Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 3: „*ensure a sufficient degree of investor protection*“) und eine bedarfsgerechte Wahl des Versicherungsprodukts zu gewährleisten. Kleinanleger sollen in der Lage sein, bessere Anlageergebnisse zu erzielen, als dies derzeit der Fall ist (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 1). Aus Verbraucherschutzsicht liegt eine möglichst umfassende Inpflichtnahme aller Versicherungsvermittler nahe. Würde man den Begriff auf zB Versicherungsmakler beschränken, wäre diesem Ziel jedenfalls nicht entsprochen, weil dadurch andere Versicherungsvermittler entpflichtet würden und dies uU nachteilig für den Verbraucher wäre.

In systematischer Hinsicht könnten die übrigen Bestimmungen des Art 30 des IDD-RL-Entwurfs indizieren, dass mit Blick auf die Kundeninformation in Abs 5b leg cit – anders als in Abs 5c leg cit – auf keinen objektiven Begriff abgestellt wird. So wird in Art 30 Abs 5c des IDD-RL-Entwurfs – anders als in Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs – auf den faktisch unabhängig tätigen Versicherungsvermittler abgestellt, ohne dem subjektiven Element des Wollens Rechnung zu tragen („*when providing investment advice [...] on an independent basis*“). Wenn dies bei Abs 5b leg cit auch der Fälle wäre, so hätte man wohl dieselbe Begrifflichkeit gewählt, da man dem Unionsgesetzgeber keine inkohärente Semantik unterstellen kann.

2.2.3 Unabhängige Beratung

Wie in den Erläuterungen des RL-Entwurfs ausgeführt, nimmt Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs eine Unterscheidung zwischen abhängiger und unabhängiger Beratung in Anlehnung an Art 24 MiFID II-RL vor. Abschnitt 2 der MiFID II-RL enthält Bestimmungen zum Anlegerschutz und in Art 24 MiFID-RL werden als Unterkapitel zum Anlegerschutz Kundeninformationen geregelt. Die MiFID II-RL sah schon bisher in Art 24 Abs 7 lit b Satz 1 MiFID II-RL ein Provisionsverbot für die unabhängige Beratung vor.

Der RL-Entwurf enthält jedoch keine eindeutige Definition des Begriffs der Unabhängigkeit. Nach der Judikatur des EuGH ist für die Abgrenzung von Handelsvertretern zu Selbständigen die Risikoanalyse entscheidend.¹⁵ Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit kommt es somit auf die Risikostruktur an.¹⁶ Danach ist dem Risikoerfordernis dann nicht Genüge getan, wenn keine oder nur geringe Risiken im Rahmen der Vermittlungstätigkeit übernommen werden. Demzufolge ist für die Beurteilung keine qualitative, sondern eine quantitative Risikobewertung vorzunehmen. Es kommt also nicht darauf an, ob gewöhnliche, allgemeine oder typische Risiken übernommen werden, sondern entscheidend ist, in welchem Umfang die Risiken übernommen werden. Demnach sind bei der Risikoanalyse sämtliche Leistungen zu berücksichtigen.¹⁷ Damit liegt der Fokus auf dem Markt der Vermittlungsleistung.¹⁸

2.3 Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund ist folgendes erstes Zwischenfazit zu ziehen, wonach der Textentwurf drei möglichen Auslegungsvarianten zulässt:

Auslegungsvariante 1: Vom avisierten Provisionsverbot erfasst sind all diejenigen Versicherungsvermittler, die unabhängig sind und den Kunden auch aktiv (schriftlich oder mündlich) ausdrücklich darüber informieren. Darunter zu subsumieren sind jedenfalls jene Versicherungsvermittler, die nach Art 18 Z 2 lit f Fall 1 IDD-RL-Entwurf offenlegen müssen, dass sie unabhängig sind.

Auslegungsvariante 2: Vom avisierten Provisionsverbot erfasst sind all diejenigen Versicherungsvermittler, die beim Kunden den Anschein der Unabhängigkeit erwecken. Hier kommt es auf die subjektive Wahrnehmung des Kunden an.

Auslegungsvariante 3: Vom avisierten Provisionsverbot erfasst sind all diejenigen Versicherungsvermittler, die sich gegenüber dem Kunden als unabhängig darstellen

¹⁵ Siehe *Schoißwohl*, Pressegroßhandel im Fokus der Wettbewerbsbehörden, ÖZK 2010/2, 63 ff (65 f).

¹⁶ EuGH 14.12.2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2006:473, Rz 46; EuGH 11.09.2008, C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rz 36; ähnlich bereits EuG 15.09.2005, T-325/01, *DaimlerChrysler*, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 111, hier wurde jedoch die Übernahme außergewöhnlicher bzw. spürbarer wirtschaftlicher Risiken verlangt.

¹⁷ EuGH 14.12.2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2006:473, Rz 61; EuGH 11.09.2008, C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rz 51.

¹⁸ EuG 15.09.2005, T-325/01, *DaimlerChrysler*, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 113.

wollen. Hier kommt es auf die subjektive Wahrnehmung des Versicherungsvermittlers an. Die Offenlegung nach Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurf, dass für Rechnung und im Namen eines Versicherungsunternehmens gehandelt wird, schließt dieses Verständnis nicht aus, da eine solche Offenlegung erst zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfolgen muss und die Beratung idR bereits vorher erfolgt. Erfasst sind danach alle Versicherungsvermittler, welche im Register eingetragen sind und sich als unabhängig darstellen wollen.

Es sprechen gute Gründe für die dritte als wahrscheinlichste Auslegungsvariante, auf die sich entsprechend auch die nachfolgende rechtliche Beurteilung bezieht. Das verbotsbegründende zentrale Element ist somit nicht das Anscheinserwecken beim Verbraucher betreffend die Unabhängigkeit, sondern das „Wollen“ des Versicherungsvermittlers. Aufgrund der autonomen Auslegung und mangels Kohärenz der Begriffe insbesondere in Art 30 Abs 5b und Abs 5c IDD-RL-Entwurf ist die vom Provisionsverbot erfasste Personengruppe weiter, sodass es im Ergebnis nicht denkunmöglich erscheint, dass auch Personen iSd Art 18 Z 2 lit f Fall 2 IDD-RL-Entwurf (Versicherungsagenten nach österreichischer Diktion der Landesregeln für Versicherungsvermittlung) unter Umständen darunterfallen könnten.

Ausgehend von diesem weiteren Verständnis des Begriffs der unabhängigen Beratung ist das spezifisch österreichische Verständnis der Unabhängigkeit insoweit zu modifizieren.

3. Rechtliche Beurteilung des vorgeschlagenen Provisionsverbots

3.1 Vorüberlegungen

Der Unionsgesetzgeber hat sich für ein weit auslegbares Provisionsverbot entschieden, obwohl ihm andere Maßnahmen zur Zielerreichung zur Verfügung gestanden haben:

Folgende 3 Lösungsalternativen wären – auch im Lichte des einschlägigen Schrifttums¹⁹ – denkbar gewesen:

¹⁹ *Stöbener*, Beratungspflichten des Versicherers (2017) 132; *Schafstädt*, Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt (2015) 233 ff; *van Kampen*, Der Anlageberatungsvertrag (2020) *passim*; *Rüsing*; Grenzüberschreitende Versicherungsvermittlung im Binnenmarkt (2020) 267; *Leupold*, Finanzdienstleistungsrecht on the spot, VbR 2016, 113 ff.

Lösungsalternative 1: Ausdehnung der schon bisher bestehenden Regelungen (Interessenwahrungspflicht nach Art 17 Abs 3 der [noch] gültigen IDD-RL; Pflicht, im besten Interesse des Kunden ehrlich, redlich, professionell zu handeln, Art 29 Abs 2 lit b der [noch] gültigen IDD-RL) **und Verschärfung der Offenlegungspflichten** (Transparenz, Art 19, 29 Abs 1 der [noch] gültigen IDD-RL).

Diese Variante wird im RL-Entwurf als „Offenlegung und Marketinginformation“ umschrieben. Eine verstärkte Offenlegung der Provisionsannahme kommt auch in den Erwägungsgründen zum Ausdruck (Erwägungsgrund 7 des RL-Entwurfs: „*The existing requirements on disclosure of inducements should be further strengthened to ensure that retail investors understand the general concept of inducements, the potential for conflict of interest, as well as the impact of inducements on the overall costs and expected returns*“).

Im Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs steht – als Begründung – nur, dass die bestehenden Schutzmaßnahmen, einschließlich der Transparenzanforderungen, nicht ausreichen, um potentielle Interessenkonflikte von Finanzdienstleistern in Anbetracht der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen Kleinanlegern und solchen Anbietern zu lösen (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 6).

Lösungsalternative 2: Verschärfung der bereits bestehenden Vergütungsbeschränkungen (Art 17 Abs 3 der [noch] gültigen IDD-RL) **und Verpflichtung** (statt bloßer Option) der MS, unter bestimmten Voraussetzungen **ein Provisionsverbot einzuführen** (Art 22 Abs 3 der [noch] gültigen IDD-RL).

Das Explanatory Memorandum hat ebenfalls unterschiedliche Ausprägungen des Provisionsverbots aufgezeigt: ein System, das die Zahlung von Anreizen unter bestimmten Bedingungen erlaubt sowie ein absolutes oder teilweises Provisionsverbot. Die Folgenabschätzung kommt zu dem Schluss, dass ein EU-weites vollständiges Verbot die wirksamste Maßnahme wäre, um potentielle Interessenkonflikte zu beseitigen oder erheblich zu verringern, weil dadurch eine wichtige Quelle von Nachteilen für die Verbraucher beseitigt würde. Da jedoch ein sofortiges vollständiges Provisionsverbot erhebliche Auswirkungen auf die bestehenden Vertriebssysteme hätte, deren Folgen schwer vorhersehbar sind, hätte ein teilweises Verbot weniger Auswirkungen auf die bestehenden Vertriebssysteme, würde aber dennoch Vorteile für die Kleinanleger bringen. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission beschlossen, im Rahmen dieses RL-Entwurfs ein partielles Provisionsverbot vorzuschlagen.

Die bereits vorgesehene Option für MS, ein Provisionsverbot einzuführen, könnte insofern verschärft werden, als unter gewissen Voraussetzungen die MS verpflichtet werden, ein Provisionsverbot zu installieren. Im Unterschied zum avisierten Provisionsverbot würde damit den MS ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt, sodass nicht – wie vorgesehen – eine vollharmonisierende Regelung undifferenziert alle Arten von Provisionen erfasst ohne Bezug auf eine mögliche negative Konsequenz der Provision für Kunden. Diese mindestharmonisierende Lösungsvariante würde auch den unterschiedlich ausgestalteten Versicherungsmärkten der jeweiligen MS Rechnung tragen.

Lösungsalternative 3: „Value for Money“.

Im Falle des „Value for Money“ wurde im Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs die Wahl zwischen einer Verschärfung der Product-Governance-Vorschriften für Hersteller durch die Forderung nach einem Vergleich ihrer Produkte mit einschlägigen "Hersteller-Benchmarks" und einer alternativen Option, ähnliche Pflichten auch auf der Ebene der Vertrieber aufzuerlegen, einschließlich des Vergleichs bestimmter Produkte mit einschlägigen "Vertreiber-Benchmarks“, geprüft. Die letztgenannte Option, bei der die Zölle sowohl für die Hersteller als auch für die Händler gelten, wurde als der wirksamere und umfassendere Weg angesehen, um sicherzustellen, dass den Anlegern kostengünstige Produkte angeboten werden.

Weiters sieht der RL-Entwurf eine Reihe verschiedener Maßnahmen vor, um Interessenkonflikten, welche durch Provisionsannahmen entstehen können, entgegenzuwirken: (i) ein Provisionsverbot nur für reine Ausführungsumgebungen, in denen keine Beratung erfolgt, zu verbieten; (ii) ein gestärktes Prinzip des „besten Kundeninteresses“, das sowohl in der MiFID II-RL als auch in der IDD-RL Anwendung findet; (iii) verbesserte Informationen für den Kunden über Provisionen einschließlich einer einfachen Erklärung der Provisionen.

Der RL-Entwurf enthält eine Überprüfungsklausel, wonach die EU-Kommission verpflichtet ist, die Auswirkungen von Zahlungen Dritter auf das Kleinanlegersegment drei Jahre nach der Umsetzung dieser Richtlinie zu bewerten, um festzustellen, ob die durch Zahlungen Dritter verursachten potenziellen Interessenkonflikte verringert wurden (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 16). Die EU-Kommission wird die Auswirkungen dieser Maßnahmen auf den Markt genau beobachten und sich dabei auf ausführliche Informationen stützen (die im Rahmen der Verpflichtungen des Value-for-Money-Konzepts bereitgestellt werden). Drei Jahre nach Verabschiedung

des Pakets wird die EU-Kommission die Auswirkungen dieser Regelung für Anreize auf Kleinanleger unter Berücksichtigung der zusätzlichen Schutzmaßnahmen bewerten und einen Bericht an das Europäische Parlament und den Rat erstellen. Sollte die Bewertung ergeben, dass die Nachteile für die Verbraucher trotz der zusätzlichen Schutzmaßnahmen fortbestehen, wird die EU-Kommission in Erwägung ziehen, im Einklang mit den Regeln der besseren Rechtsetzung alternative Maßnahmen vorzuschlagen, einschließlich einer weiteren Ausweitung des Provisionsverbots (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 9).

Weiters heißt es im RL-Entwurf, dass schrittweise vorzugehen ist und zunächst die Anforderungen an Provisionsannahmen zu verschärfen sind, um potentielle Interessenkonflikte zu vermeiden und einen besseren Schutz von Kleinanlegern zu gewährleisten und **in einem zweiten Schritt die Wirksamkeit des Rahmens zu überprüfen** und alternative Maßnahmen vorzuschlagen (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 23: *„In light of the potential disruptive impact caused by the introduction of a full prohibition of inducements, it is appropriate to have a staged approach and first strengthen the requirements around the payment and receipt of inducements to address the potential conflicts of interest and ensure better protection of retail investors and, at a second stage, to review the effectiveness of the framework, and propose alternative measures in line with Better Regulation rules, including a potential ban on inducements, if appropriate“*).

Im Ergebnis hat sich der Unionsgesetzgeber für Lösungsvariante 2 entschieden trotz möglicher (gelinderer) Alternativen.

Zu berücksichtigen ist, dass bei komplexen Entscheidungen wie der hier vorliegenden²⁰ dem Unionsgesetzgeber ein großer Wertungs- und Ermessensspielraum zukommt. Dennoch ist der Unionsgesetzgeber nicht frei, sondern an die Grundsätze des Unionsrechts gebunden und muss sich beim Erlass von Sekundärrechtsakten an die Kompetenzausübungsschranken halten.²¹

Im Folgenden wird – ausgehend von diesen Vorüberlegungen – das beabsichtigte Provisionsverbot im Lichte der primärrechtlichen Anforderungen geprüft.

²⁰ Zur Komplexität des Versicherungsprodukts und ihrer Teilbereiche siehe *Stöbener*, Beratungspflichten des Versicherers (2017) 186 ff.

²¹ EuGH 17.05.1984, C-15/83, *Denkavit Nederland*, ECLI:EU:C:1984:183, Rz 15; EuGH 08.12.2008, C-626/18, *Polen/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2020:1000, Rz 87.

3.2 Freiverkehrsrechtliche Beurteilung (Grundfreiheiten)

Ein für den Auftraggeber erstelltes Gutachten aus 2021 erörterte die Frage der Beurteilung eines Provisionsverbots anhand der EU-Grundfreiheiten bereits umfassend. Auf diese Ausführungen wird hier für die Grundlagen und allgemeinen Überlegungen der Beurteilung verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf Aspekte einer geänderten Beurteilung aufgrund des nun vorliegenden Entwurfs.

3.2.1 *Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Niederlassungsfreiheit*

Das für den Auftraggeber erstellte Gutachten aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass ein Provisionsverbot auf Basis der damals getroffenen, abstrakten Annahmen zu dessen Ausgestaltung einen unzulässigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nach Art 49 AEUV darstellt.²²

Insbesondere wurde dort näher ausgeführt, dass und in welchem Umfang der Unionsgesetzgeber (gleich den Mitgliedstaaten) an die Grundfreiheiten gebunden ist. Die Maßnahme wurde im Ergebnis als unverhältnismäßig beurteilt, da sie nicht das gelindeste, zur Zielerreichung geeignete Mittel sei. Tatsächlich scheint die umfassende Informations- und Offenlegungspflicht zusammen mit dem bereits bestehenden partiellen Provisionsverbot das gelindere Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels, nämlich einem hohen Verbraucherschutzniveau, zu sein.

Zudem wäre ein Provisionsverbot, das nur für Versicherungsmakler gelte, als unsachlich zu qualifizieren: Versicherungsmakler würden unsachlich gegenüber anderen Versicherungsvermittlern (insbesondere Mehrfachagenten) benachteiligt werden. Echte Mehrfachagenten wären vom Provisionsverbot nicht betroffen, obwohl auch diese Agenturverhältnisse mit mehreren Versicherungsunternehmen unterhalten können.

Im Lichte des nunmehr vorliegenden RL-Entwurfs ist dazu folgendes auszuführen:

Anders als im Vorgutachten können vom vorgeschlagenen Provisionsverbot nicht nur Versicherungsmakler, sondern auch andere Versicherungsvermittler vom Provisionsverbot denkmöglicherweise erfasst sein. Nichtsdestotrotz kann die

²² Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundfreiheiten vom 10.12.2021, 57 f.

Unzulässigkeit des Eingriffs weiterhin bejaht werden, da die Maßnahme die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv macht und auch unverhältnismäßig ist, weil einem abgeschwächten Provisionsverbot mit entsprechenden Informations-, Transparenz- und Offenlegungspflichten also gelinderes Mittel der Vorzug zu geben wäre.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass mehrere Versicherungsvermittler unter das Provisionsverbot fallen, nämlich all diejenigen, die sich als unabhängig „darstellen wollen“, stellt sich die Frage, ob das Abstellen auf die Darbietung/Darstellung des Versicherungsvermittlers gegenüber dem Verbraucher ein sachliches Kriterium für die Abgrenzung des vom Provisionsverbot erfassten Personenkreises ist. Denn selbst nach der vorgeschlagenen Systematik könnten Versicherungsvermittler, die mit mehreren Versicherungsunternehmen kooperieren und somit Produkte verschiedener Versicherungsunternehmen anbieten können, dennoch nicht unter das Provisionsverbot fallen, sofern sie sich nicht als unabhängig darstellen wollen. Die vorgeschlagene Differenzierung ist unsachlich, weil die Unterschiede in den Vertriebskanälen keine unterschiedliche Behandlung erfordern bzw. erlauben würden. Damit ist im Ergebnis nur eine bestimmte Personengruppe erfasst, wohingegen andere Versicherungsvermittler, die sich in gleicher Lage befinden, vom Provisionsverbot verschont bleiben.

Insofern ändert sich durch eine etwaige Erweiterung der Gruppe der vom Provisionsverbot erfassten Personen nichts Entscheidendes. Das Ergebnis des Vorgutachtens ist – auch unter Zugrundelegung der modifizierten Ausgangssituation – daher aufrecht zu erhalten.

3.2.2 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Dienstleistungsfreiheit

Das für den Auftraggeber erstellte Gutachten aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass das nach den damaligen Annahmen ausgestaltete Provisionsverbot auch einen unzulässigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gem. Art 56 AEUV darstelle, da es das Anbieten grenzüberschreitender Versicherungsleistungen durch ausländische Versicherungsunternehmen unattraktiver mache.²³ Die Maßnahme könnte zwar mit Verbraucherschutzzielen gerechtfertigt werden, doch scheitere dies an mangelnder Verhältnismäßigkeit: Das Verbot sei weder erforderlich, noch angemessen. Die bereits bestehenden Regelungen (Informationspflichten und

²³ Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundfreiheiten vom 10.12.2021, 63.

Vergütungsbeschränkungen) können als eingriffsschwächere Maßnahmen den Verbraucher genauso schützen und den Interessenskonflikten bei der Vermittlung von Versicherungsprodukten Rechnung tragen.

Zudem würde sich das Provisionsverbot als unsachlich darstellen, da es nur Versicherungsmakler umfassen würde, nicht aber andere Versicherungsvermittler, die sich in gleicher Lage befinden.

Im Lichte des nunmehr vorliegenden RL-Entwurfs ist Folgendes zu berücksichtigen:

Trotz nun anderer Gewichtung (anders als im Vorgutachten können vom vorgeschlagenen Provisionsverbot nicht nur Versicherungsmakler, sondern auch andere Versicherungsvermittler vom Provisionsverbot denkmöglicherweise erfasst sein) hat das avisierte Provisionsverbot weiterhin klar negative Auswirkungen auf die Attraktivität der Dienstleistungserbringung. Das Provisionsverbot würde sich negativ auf die Anzahl der Versicherungsvermittler auswirken, sodass sich Versicherungsunternehmen weniger Versicherungsmakler (und möglicherweise anderer betroffener Versicherungsvermittler) bei der Erschließung neuer Märkte bedienen würden und könnten. Das Provisionsverbot würde die betroffenen Versicherungsvermittler davon abhalten, von ihrer Dienstleistungsfreiheit Gebrauch zu machen und ist damit als Marktzugangsbeschränkung zu qualifizieren. Das Ergebnis des Vorgutachtens gilt daher gleichermaßen, da sowohl Vergütungsbeschränkungen als auch ein partielles, ja sogar ein komplettes Provisionsverbot vom EuGH nicht als unproblematisch qualifiziert werden würde.

Wie soeben im Rahmen der Niederlassungsfreiheit ausgeführt wurde (Punkt 3.2.1 oben), wäre auch die vorgeschlagene Differenzierung weiterhin unsachlich, weil die Unterschiede in den Vertriebskanälen keine unterschiedliche Behandlung erfordern bzw. erlauben würden.

Insofern ändert sich durch eine etwaige Erweiterung der Gruppe der vom Provisionsverbot erfassten Personen nichts Entscheidendes. Das Ergebnis des Vorgutachtens ist – auch unter Zugrundelegung der modifizierten Ausgangssituation – daher aufrecht zu erhalten.

3.3 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip

Zu den das freie Ermessen des Unionsgesetzgebers in Bezug auf die Ausgestaltung der Maßnahme im vorliegenden Fall einschränkenden Grundsätzen des Unionsrechts gehört sodann das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Positiviert ist es in Art 5 Abs 4 EUV und Art 296 AEUV.

Das für den Auftraggeber erstellte Gutachten aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass eine vollharmonisierende unionale Regelung, die den Spezifika der Versicherungsmärkte der einzelnen MS nicht Rechnung trägt (siehe dazu bereits oben unter Punkt 3.1, 2. Lösungsalternative), den nationalen Gesetzgebern auch den Gestaltungsspielraum nimmt, auf diese Besonderheiten einzugehen.²⁴ Nach der Rechtsetzungsgrundlage des Art 53 Abs 1 AEUV, auf welche die IDD-RL (und auch der nunmehrige RL-Entwurf) gestützt sind, muss die Aufnahme bzw. Ausübung der Tätigkeit erleichtert werden, dh Hemmnisse für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit abbauen. Da ein Provisionsverbot jedoch Freiverkehrshemmnisse nicht abbaut, sondern schafft (siehe dazu oben unter Punkt 3.2), widerspricht dies Art 53 Abs 1 AEUV.

Vor dem Hintergrund des nunmehr vorliegenden RL-Entwurfs kann dieses Ergebnis aufrechterhalten werden, da das avisierte Provisionsverbot vollharmonisierende Wirkung hat und insoweit die im Vorgutachten angesprochenen Besonderheiten der nationalen Versicherungsmärkte nicht berücksichtigt werden. Der RL-Entwurf ist auf Art 53 Abs 1 und Art 62 AEUV gestützt und könnte insoweit auch gegen die gewählte gesetzliche Grundlage verstoßen.

3.4 Unionsgrundrechtliche Beurteilung (EU-Grundrechtecharta)

Ein für den Auftraggeber erstelltes Gutachten aus 2021 erörterte die Frage der Beurteilung eines Provisionsverbots anhand der EU-Grundrechte bereits umfassend. Auf diese Ausführungen wird hier für die Grundlagen und allgemeinen Überlegungen der Beurteilung verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf Aspekte einer geänderten Beurteilung aufgrund des nun vorliegenden Entwurfs.

²⁴ Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundfreiheiten vom 10.12.2021, 6 ff.

3.4.1 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit der Gleichbehandlungspflicht

Das für den Auftraggeber erstellte Gutachten aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass ein Provisionsverbot, welches sich nur auf unabhängige Versicherungsvermittler (dh Versicherungsmakler) beziehen würde, mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 20 GRC und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art 21 GRC, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, nicht vereinbar ist. Da sich Versicherungsmakler in der gleichen Lage befinden, wie andere, vom Verbot nicht erfasste, Versicherungsvermittler (echter Mehrfachagent), würde das Verbot eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen.²⁵

Vor dem Hintergrund des nunmehr vorliegenden RL-Entwurfs ist jenes Ergebnis wie folgt zu modifizieren:

Anders als im Vorgutachten angenommen, erfasst das Provisionsverbot all jene Versicherungsvermittler, die sich gegenüber dem Kunden als unabhängig präsentieren wollen. Demnach könnten auch zB Versicherungsagenten, die sich gegenüber dem Kunden als unabhängig darstellen wollen (etwa weil sie sich dadurch bessere Chancen beim Kunden erhoffen), unter das Provisionsverbot subsumiert werden. Umgekehrt könnten aber auch Versicherungsvermittler, die sich bewusst nicht gegenüber dem Kunden als unabhängig präsentieren wollen (etwa um vom Provisionsverbot verschont zu bleiben), nicht unter das Provisionsverbot fallen, obwohl sie sich in gleicher Lage befinden wie jene Versicherungsvermittler, die vom Provisionsverbot erfasst sind, weil das Risiko, dass für den Verbraucher nicht das beste, sondern das lukrativste Versicherungsprodukt empfohlen wird, gleichermaßen besteht.

Es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass diese sonstigen Personen (die sich nicht als unabhängig darstellen wollen), die nach Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs nicht unter das Provisionsverbot fallen, eine nicht gleichartige Versicherungstätigkeit ausüben, da sie Versicherungsprodukte verschiedenster Versicherungsunternehmen anbieten können. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass nicht auch bei dieser Art von Beratungstätigkeit Interessenkonflikte bestehen können und daher Verbraucher auch in diesen Konstellationen

²⁵ Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundrechte vom 10.12.2021, 30.

schützenswert sind. Demnach können sich sämtliche Versicherungsvermittler – angesichts des Schutzzwecks des Provisionsverbots – unabhängig von ihrer faktischen Abhängigkeit oder Unabhängigkeit und auch unabhängig davon, wie sie sich gegenüber dem Kunden präsentieren, in einer gleichartigen Lage befinden. Wesentlich gleiche Sachverhalte werden ungleich behandelt, da sie in ihren im gegebenen Regelungszusammenhang maßgeblichen Wirkungen, nämlich den Wirkungen auf den Versicherungsnachfrager, vergleichbar sind. Die Kundenwirkung ist hierbei das gleichheitsrechtlich relevante Element: Ein wesentlich gleicher Sachverhalt liegt dann vor, wenn die Kundenwirkung der ausdrücklich unabhängigen Beratung einerseits und das bloße Anscheinserwecken bzw. Darstellen wollen einer solchen unabhängigen Beratung andererseits überwiegend vergleichbar ist. Vom Provisionsverbot nicht erfasste Personen (da sie nicht als unabhängig in Erscheinung treten wollen) können genauso gegenüber dem Kunden als unabhängige Berater in Erscheinung treten, sodass die Kunden vor diesen Beratungsleistungen genauso geschützt werden sollen, weil auch hier Interessenkonflikte bestehen können, die zu Fehlberatungen führen können, welche gerade durch ein Provisionsverbot hintangehalten werden sollen.

Somit kann weiterhin das Ergebnis aufrechterhalten werden, dass aufgrund der sachlich nicht gerechtfertigten Auswahl der Betroffenen²⁶ das avisierte Provisionsverbot eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt.

3.4.2 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit der unternehmerischen Freiheit

Das für den Auftraggeber erstellte Gutachten aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass ein Eingriff in die Provisionsfreiheit jedenfalls vom Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit gem Art 16 GRC erfasst ist und nach der Spruchpraxis des EuGH ein derartiges Provisionsverbot auch als unverhältnismäßiger und daher unzulässiger Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre.²⁷ Ein Indiz dafür bietet auch der bereits oben dargelegte Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (siehe bereits oben unter Punkt 3.2).

²⁶ *Schafstädt*, Das Spannungsverhältnis zwischen Provisionsberatung und Honorarberatung im Versicherungsmarkt (2015) 379 ff.

²⁷ Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundrechte vom 10.12.2021, 35; vgl. EuGH 24.11.2011C-70/10; *Scarlet Extended*; ECLI:EU:C:2011:771, Rz 46, 48 f; EuGH 21.12.2016, C-201/15, *AGET Iraklis*, ECLI:EU:C:2016:972, Rz 86 ff.

Vor dem Hintergrund des nunmehr vorliegenden Entwurfs ist jenes Ergebnis – auch unter Zugrundelegung der modifizierten Ausgangssituation – aufrecht zu erhalten, da die Modifikation konkret in der Auswahl der Betroffenen liegt und diese zu keinerlei Änderungen in Bezug auf die Beschränkungen der Preisgestaltungen und deren Rechtfertigung führt.

3.4.3 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit der Berufsfreiheit

Das für den Auftraggeber erstellte Gutachten aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass ausgehend von einer erheblichen Reduktion der Anzahl der Versicherungsmakler eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit gem Art 15 GRC zu bejahen ist und das Provisionsverbot einen unverhältnismäßigen und damit unzulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt.

Vor dem Hintergrund des nunmehr vorliegenden Entwurfs ist das Ergebnis des Vorgutachtens – auch unter Zugrundelegung der modifizierten Ausgangssituation – aufrecht zu erhalten, da die Prüfung im Wesentlichen parallel zu jener der unternehmerischen Freiheit durchgeführt werden kann.²⁸

3.5 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Transparenz- und Bestimmtheitsgebot

Dem Unionsgesetzgeber ist es nicht gelungen, eine klare Abgrenzung der vom Provisionsverbot betroffenen Personen zu schaffen, sodass insgesamt unklar ist, welche Personengruppe vom avisierten Provisionsverbot überhaupt erfasst sein soll. Dies steht in Widerspruch zu den unionsrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der hinreichenden Determinierung gesetzgeberischen Handelns,²⁹ die fester Bestandteil des Unionsrechts ist.³⁰

Wie bereits in den Vorüberlegungen (siehe Punkt 2.2) erläutert, enthält der RL-Entwurf keine klare Definition der Unabhängigkeitsinformation und das Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs wirft insofern Fragen auf, als es verschiedene

²⁸ Vgl EuGH 22.01.2013, C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, Rz 49 f.

²⁹ Zum Bestimmtheitsgebot im Unionsrecht siehe bereits EuGH 09.06.1981, C-169/80, *Gondrand und Garancini*, ECLI:EU:C:1981:171, Rz 17.

³⁰ Art 10 EUV bestimmt, dass offene Entscheidungen „so bürgernah wie möglich“ getroffen werden müssen; in Art 11 Abs 2 EUV heißt es: „Die Organe pflegen einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft.“; Art 15 AEUV verweist darauf, dass die Unionsbürger ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union haben und diese Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen den Anforderungen unterliegen, die Transparenz ihrer Tätigkeit zu gewährleisten.

Deutungsvarianten zulässt. Allein der Umstand, dass – im Lichte der Begründung des Unionsgesetzgebers im Hinblick auf die IDD-RL – drei unterschiedliche Auslegungsvarianten denkbar sind, zeigt die bestehende Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Auswahl der Betroffenen.

Der (noch) gültige Art 24 Abs 7 lit b MiFID II-RL enthält bereits ein Provisionsverbot für die unabhängige Beratung. Anders als in Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs wird in Art 24 MiFID II aber zunächst umfassend die Offenlegung, die auch die unabhängige Beratung betrifft, geregelt und dann auf Vergütungsbeschränkungen eingegangen. Darüber hinaus enthält das Provisionsverbot eine Ausnahme für unentgeltliche Zuwendungen (Art 24 Abs 4 lit ii MiFID II-RL, sog. „Bagatellschwelle“).

Im Unterschied dazu ist das im RL-Entwurf vorgesehene Provisionsverbot für die unabhängige Beratung im Versicherungsbetrieb – die zwar an die MiFID II-RL angelehnt ist – insofern anders gelagert, als das Provisionsverbot nicht im Kapitel „Informationen für Kunden und Versicherungsnehmer“ geregelt ist, sondern sich unter der Überschrift „Beurteilung der Eignung und Zweckmäßigkeit sowie Berichtspflicht gegenüber Kunden“ findet. Darin ist keine umfassende Offenlegungspflicht über die unabhängige Beratung vorgesehen. Zwar ist eine entsprechende Offenlegung der Unabhängigkeit in Art 29 Z 1 lit a) i) des IDD-RL-Entwurfs geregelt und Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs wird sich implizit auf diesen beziehen, jedoch ist dies nicht ganz klar. Dies vor allem deshalb, weil eine entsprechende Offenlegung darüber, ob der Versicherungsvermittler den Kunden vertritt oder auf Rechnung und im Namen des Versicherungsunternehmens handelt, in Art 18 Z 2 lit f IDD-RL-Entwurfs geregelt ist, der somit auch eine Offenlegung über die Unabhängigkeit enthält. Insbesondere wirft das Verhältnis zwischen der Offenlegung über die unabhängige Beratung nach Art 29 Z 1 lit a) i) des IDD-RL-Entwurfs, der Informationen für Kunden und Versicherungsnehmer regelt und der Unterscheidung zwischen Versicherungsvermittlern, die den Kunden vertreten und jenen, die auf Rechnung und im Namen eines Versicherungsunternehmens handeln, nach Art 18 Z 2 lit f des IDD-RL-Entwurfs, welcher Allgemeine Auskunftspflichten regelt, Unklarheiten auf. Wie bereits erwähnt, wird aber wohl anzunehmen sein, dass sich Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs auf die Unabhängigkeit iSd Art 29 Z 1 lit a) i) des IDD-RL-Entwurfs bezieht, was wiederum für eine weite Auslegung des vom Provisionsverbot betroffenen Personenkreises spricht.

Anders als in der MiFID II-RL wird auch keine Ausnahme vom Provisionsverbot geregelt: Eine solche Bagatellschwelle besteht zwar für das Provisionsverbot nach

Art 29a Z 1 UAbs 2 IDD-RL-Entwurf, das sich aber nur auf spezifische Provisionen nach Art 30 Abs 2 und Abs 3 leg cit bezieht, jedoch gerade nicht die unabhängige Beratung iSd Art 30 Abs 5b leg cit erfasst (Art 29a Z 1 UAbs 2 IDD-RL-Entwurf).

Der Unionsgesetzgeber wollte eine Gleichschaltung mit der MiFID II-RL, hat aber etwas anderes gemacht und ist insofern von der in der MiFID II-RL vorgesehenen Regelung abgewichen, ohne diese Abweichung zu begründen. So etwa hätte man eine entsprechende auf die Gegebenheiten im Versicherungsvertrieb abzielende Bagatellschwelle (die nur im Art 29 Z 1 UAbs 2 IDD-RL-Entwurf vorgesehen ist) auch in den RL-Entwurf für die IDD-RL einbauen können.

Hinzukommt, dass die durch den RL-Entwurf nicht geänderte Überschrift des Art 30 IDD-RL für Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender irreführend sein könnte, lautet diese doch „Beurteilung der Eignung und Zweckmäßigkeit sowie Berichtspflicht gegenüber Kunden“ und nach meiner Auffassung das avisierte Provisionsverbot in Art 30 Abs 5b des IDD-RL-Entwurfs unter keinen dieser Begriffe subsumierbar scheint. Diese Unschärfe könnte die Auslegung und das Verständnis der Norm etwa vor den nationalen Gerichten beeinflussen und zu uneinheitlicher Anwendung der Norm führen. Auch wenn eine solche uneinheitliche Anwendung letztlich über Vorabentscheidungen eingeehrt werden kann, befreit dies den Unionsgesetzgeber nicht von der Pflicht zu einem transparenten und hinreichend bestimmten Vorgehen bereits im Gesetzgebungsakt.

Demgegenüber ist das Provisionsverbot in der MiFID II-RL in einer Bestimmung, deren Überschrift „Allgemeine Grundsätze und Kundeninformation“ lautet und das Provisionsverbot dort möglicherweise unter die allgemeinen Grundsätze subsumierbar erscheint. Relativierend muss man hier ins Treffen führen, dass der Unionsgesetzgeber nach seiner Begründung eine Anpassung an die MiFID II-RL intendiert und damit wohl trotz anderer Systematik die Logik der MiFID II-RL anzuwenden ist.

Im Ergebnis ist aber davon auszugehen, dass die – aufgrund der anderslautenden Begründung im RL-Entwurf – bestehende Unklarheit hinsichtlich des vom avisierten Provisionsverbots erfassten Personenkreises zu Rechtsunsicherheit führt und gegen das Transparenzgebot verstoßen könnte. Der RL-Entwurf müsste dahingehend genauer determinieren, wer vom Provisionsverbot betroffen sein soll.

3.6 Vereinbarkeit des Provisionsverbots mit Begründungspflicht nach Art 296 AEUV und Art 41 GRC

Der Unionsgesetzgeber ist beim Erlass von Sekundärrechtsakten an das in Art 41 GRC niedergelegte Grundrecht auf eine gute Verwaltung gebunden,³¹ das die Verpflichtung zur Begründung von Entscheidungen gemäß Art 296 AEUV ausdrücklich hervorhebt. Die Begründungspflicht gilt nach Ansicht des EuGH dort, wo in (etwa Freiverkehrs-)Rechte eingegriffen wird, insbesondere in grundrechtsnahen Bereichen.³²

Ausreichend ist die Begründung, wenn sie einem Gericht eine objektive Nachprüfung der Beurteilungsgesichtspunkte erlaubt. Die Begründung muss im Rechtsakt selbst enthalten und – von Anfang an – vollständig sein.³³ Hierbei wird dem Unionsgesetzgeber eine hohe Beweislast auferlegt, insbesondere zur Definition des Regelungsproblems und zur Wirksamkeit der Maßnahme einschließlich der Notwendigkeit, um den Freiverkehr zu erleichtern/verbessern (Art 3 EUV), da Unionsgesetzgebung nicht auf Basis freihändiger Vermutungen erfolgen darf. In jedem Fall hängen die an die Begründung von Rechtsakten zu stellenden Anforderungen von den Umständen des Einzelfalles ab: Je schwerer etwa ein Eingriff in die Rechte des Normadressaten oder je größer etwa das dem Unionsgesetzgeber eingeräumte Ermessen ist, desto detaillierter hat die Begründung des Rechtsaktes zu sein.³⁴

Ein Begründungsmangel geht bei festgestelltem Eingriff zulasten der Gültigkeit des Rechtsaktes und stellt eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften iSv Art 263 AEUV dar, die zur Aufhebung des betroffenen Rechtsaktes durch die Unionsgerichte führen kann.³⁵

³¹ Vgl. Art 51 Abs 1 GRC; EuGH 08.05.2014, C-604/12, *N.*, ECLI:EU:C:2014:302, Rz 50.

³² *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 296 AEUV (Stand 1.11.2017, rdb.at).

³³ EuGH 16.11.2000, C-291/98, *Sarrió SA/Kommission*, ECLI:EU:C:2000:631.

³⁴ EuGH 01.04.1993, C-260/91 und C-261/91, *Diversint SA und Iberlacta SA/Administración Principal de Aduanas de la Junquera*, ECLI:EU:C:1993:136; 07.04.1992, C-358/90, *Compagnia italiana alcool SAS di Mario Mariano & Co/Kommission*, ECLI:EU:C:1992:163; 21.11.1991, C-269/90, *Technische Universität München*, ECLI:EU:C:1991:438; 01.07. 1986, C-185/85, *Union sidérurgique du Nord et de l'Est de la France [Usinor]/Kommission*, ECLI:EU:C:1986:276; 15.07.1960, C-36, 37, 38 und 40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH ua/Hohe Behörde*, ECLI:EU:C:1960:36.

³⁵ EuG 21.03.1996, T-230/94, *Frederick Farrugia/Kommission*, ECLI:EU:T:1996:40.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das im RL-Entwurf vorgesehene Provisionsverbot den eben skizzierten Anforderungen an die Begründungspflicht entspricht.

3.6.1 Erforderlichkeit der Maßnahme

Der Unionsgesetzgeber muss die Erforderlichkeit der Maßnahme darlegen und genau begründen, ob das Problem, gegen das mit der geplanten Maßnahme vorgegangen werden soll, tatsächlich existiert.

Im RL-Entwurf sind im Wesentlichen die folgenden zwei Gründe angeführt, die den Unionsgesetzgeber dazu veranlasst haben, ein partielles Provisionsverbot einzuführen:

1. Verbraucherschutz:

Mit dem avisierten Provisionsverbot soll der Schutz von Kleinanlegern verbessert werden und zu qualitativ besseren Anlageprodukten für Kleinanleger führen, die ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis bieten, dh qualitativ bessere und kostengünstigere Produkte (siehe Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 10).

Zur Frage, ob der Anlegerschutz tatsächlich ein erhebliches Problem darstellt, sieht der RL-Entwurf Folgendes vor: Nach dem RL-Entwurf sind die Änderungen notwendig und verhältnismäßig, um den Schutz der Kleinanleger zu stärken und gleichzeitig die Interessen der Marktteilnehmer und die Kosteneffizienz zu berücksichtigen (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 6).

Der Final Report der Europäischen Kommission³⁶ befasst sich mit Problemen, die Kleinanleger daran hindern, die Informationen über Anlageprodukte optimal zu nutzen. Weiters befasst er sich mit den Vorschriften zur Regelung von Interessenkonflikten, die durch Anreize am „point of sale“ und in der Produktionsphase von Anlageprodukten und -dienstleistungen entstehen (sowohl in der MiFID II-RL als auch in der IDD-RL), und er befasst sich mit den Vorschriften für die Produktaufsicht und die Unternehmensführung (sowohl für die Vertreiber, also in der MiFID II-RL und der IDD-

³⁶ SWD(2023) 278.

RL, als auch für die Produkthersteller), um sicherzustellen, dass die Kleinanleger einen Nutzen aus ihrer Anlage ziehen.

Jedoch handelt es sich hierbei um pauschale Verweise, die nicht als Nachweis dienen. Eine ausgewogenere Datenlage, welche die Maßnahmen im Detail erklärt und empirische Daten, in welchem Ausmaß es für Verbraucher schädliche Interessenskonflikte effektiv gibt und sich diese tatsächlich zum Nachteil der Verbraucher auswirken, fehlen.

Im Ergebnis hat es der Unionsgesetzgeber verabsäumt, die Notwendigkeit einer Erhöhung des Schutzniveaus zu begründen. Denn der Verbraucher ist bereits auf Basis des bestehenden Systems der IDD-RL geschützt und wird umfassend über die Vergütung der Versicherungsvermittler informiert. Da die bereits bestehenden Vergütungsbeschränkungen und Informationspflichten einen Vorabschutz darstellen, wird erst gar nicht überprüft, ob es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen gekommen ist.³⁷

2. Kohärenz der Regeln:

Daneben zielt das vorgeschlagene Provisionsverbot auch auf die Einheitlichkeit der Regeln für den Vertrieb von Versicherungsprodukten, dh im Wesentlichen eine Gleichschaltung mit der MiFID II-RL, ab. Ziel ist es, einen modernisierten und so weit wie möglich vereinfachten Rahmen für Kleinanleger zu schaffen, der in den verschiedenen Sektoren aufeinander abgestimmt und kohärent ist (siehe Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 1, 2. Absatz: „*rules that are coherent across all relevant legal instruments*“).

Wenn der Unionsgesetzgeber in Bezug auf die Einführung des Provisionsverbots im Bereich des Versicherungsvertriebs die Gleichschaltung mit der MiFID II-RL für Finanzinstrumente ins Treffen führt (Seite 23 f des RL-Entwurfs: “*In order to ensure that retail customers are not misled, it is important to stipulate in Directive (EU) 2016/97 that, in line with existing rules in Directive (EU) 2014/65, insurance intermediaries that indicate to their customers that they provide advice on an independent basis, should not accept inducements for such advice*”) so genügt dies als Begründung jedenfalls nicht. Denn Kohärenz zwischen der MiFID II-RL und der IDD-RL ist kein Selbstzweck. Zwar handelt es sich dabei um ein Gebot für die EU-Gesetzgebung (Art 13 Abs 1 EUV

³⁷ Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundfreiheiten vom 10.12.2021, 55 mwN.

und Art 7 AEUV), worunter die Abstimmung verschiedener Maßnahmen der Union zu verstehen ist, sodann insgesamt ein stimmiges Konzept im Sinne eines harmonischen Ganzen bestehen soll.³⁸ Jedoch darf der Unionsgesetzgeber dabei nur innerhalb der allgemeinen Schranken des Unionsrechtshandelns tätig werden, die auch ein Rechtsakt mit dem Ziel der Kohärenz wahren muss. Nach der (noch) gültigen IDD-RL liegt eine Mindestharmonisierung vor, dh den MS steht es frei, ein – neben dem bereits bestehenden – Provisionsverbot einzuführen.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der EU-Gesetzgeber bessere und detaillierte Begründungen einfordern hätten müssen, was sich seit 2016 geändert und welche geänderten Umstände nunmehr konkret eine Vollharmonisierung und ein Provisionsverbot notwendig machen. Auch dies lässt sich dem RL-Entwurf nicht eindeutig entnehmen.

3.6.2 Wirksamkeit der Maßnahme

Zudem muss begründet werden, ob das vorgeschlagene Provisionsverbot tatsächlich geeignet ist, die Erreichung der geltend gemachten Ziele des Verbraucherschutzes zu gewährleisten (siehe dazu bereits zur Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Grundfreiheitenprüfung unter Punkt 3.2), das Provisionsverbot also kausal dem Verbraucherschutz dient.

Im RL-Entwurf wird für die MiFID II-RL betont, dass es sich dabei um Schutzmaßnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten handelt, welche die Qualität der Dienstleistungen verbessern sollen (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 16: *„The above safeguards to manage conflicts of interest replace the existing safeguards that allow for the payment or receipt of inducements to the extent they enhance the quality of the service under MiFID [...]“*).

Weiters heißt es im RL-Entwurf, dass sich die bestehenden Beschränkungen und die Transparenz in Bezug auf Provisionen nicht als hinreichend wirksam erwiesen haben, um Nachteile für die Verbraucher abzumildern und diese zu einem unterschiedlichen Schutzniveau für Kleinanleger in den verschiedenen Produktsegmenten und Vertriebskanälen geführt haben (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 23: *„The existing rules designed to manage conflicts of interests in Directives (EU) 2014/65 and (EU) 2016/97, including restrictions on and transparency around the payments of inducements, have not proven sufficiently effective in mitigating consumer*

³⁸ Vgl. Schuster, das Kohärenzprinzip der Europäischen Union (2016) 3.

detriment and have led to different levels of retail investor protection across product segments and distribution channels“).

Hier stellt sich die Frage, weshalb die bestehenden Maßnahmen nicht hinreichend wirksam sein sollten. Konkret fehlt es an einer Begründung, warum das Provisionsverbot und nicht eine Alternativmaßnahme ergriffen wurde. Auch wenn es im RL-Entwurf heißt, dass ein Provisionsverbot angebracht ist, um jegliche Benachteiligung der Verbraucher infolge der Zahlung und Entgegennahme von Anreizen für nicht beratende Verkäufe zu beseitigen (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 23: *„In order to remove any consumer detriment as a consequence of the payment and receipt of inducements for non-advised sales, it is appropriate to prohibit the payment and receipt of such inducements“*), so fehlt hier dennoch eine Begründung der Untauglichkeit alternativer Maßnahmen.

Wenn es in dem RL-Entwurf weiter heißt, dass die bestehenden Sicherungsvorkehrungen sich als bei der Eindämmung von Interessenkonflikten nicht ausreichend erwiesen haben (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 24: *„The existing safeguards conditioning the payment or receipt of inducements, which under Directive (EU) 2014/65 require that the inducement is designed to enhance the quality of the service to the client, or under Directive (EU) 2016/97 should not have a detrimental effect on the quality of the service to the customer, have not been sufficiently effective in mitigating conflicts of interest“*), so fehlt auch hier eine Darlegung, inwiefern ein Provisionsverbot die Qualität der Dienstleistung für den Kunden verbessert bzw. keine nachteiligen Auswirkungen auf die Qualität der Dienstleistung haben soll.

Konkret mangelt es an tragfähigen Wirksamkeitsvorhersagen, wonach die EU-weite Regelung eine deutliche Verbesserung gegenüber einem uneinheitlichen Status Quo bringt, was – nach wie vor – angezweifelt werden kann. Wo es derzeit ein Provisionsverbot gibt, scheint dies negative Auswirkungen auf Anzahl und Auswahl bei der Dienstleistung zu haben.³⁹ Die Zahl der unabhängigen Versicherungsmakler ist teils drastisch gesunken und es sind weniger ausländische Makler tätig, etwa in Finnland und der Slowakei. Gerade die unabhängigen Versicherungsvermittler sind grenzüberschreitend tätig, uzw. aus Kostengründen, denn Außendienstmitarbeiter

³⁹ Vgl. Fachverband der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten v. 08.03.2021, 2; *Mäkynen*, Finnish Insurance Broker Market 1998-2014, Versicherungsrundschau 9/15, 33; Maklerstudie 2015 im Auftrag des Fachverbands der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten; Auswirkungen eines allfälligen Provisionsverbots für den unabhängigen Vertrieb.

einzusetzen, wäre für die Versicherungsunternehmen finanziell unattraktiv. Insgesamt brächte das Provisionsverbot keine Förderung des Freiverkehrs, sondern stattdessen eine Dienstleistungsbeschränkung durch höhere Kosten für Dienstleistungserbringer und dadurch einen Rückgang an Versicherungsvermittlungsleistungen. Die nicht bedarfsgerechte Inanspruchnahme von Versicherungsprodukten wird diesfalls mit der Nichtinanspruchnahme gleichzusetzen sein. Gleichmaßen zu vermeiden ist eine Konstellation, in der aufgrund des vorgeschlagenen Systemwechsels Versicherungsnachfrager zwar Versicherungsschutz in Anspruch nehmen wollen, dies aber ohne entsprechende Vermittlungsdienste. Auch diesfalls besteht die Gefahr einer nicht bedarfsgerechten Produktwahl: Ein provisionsverbotsbedingter Rückgang der Zahl an Versicherungsvermittlern führt zwangsläufig zu schlechterem kollektivem Verbraucherschutz bzw. in Gesamtbetrachtung zu einem geringeren Schutzniveau.

3.6.3 Angemessenheit der Maßnahme

Selbst wenn man die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme bejahen würde, müsste begründet werden, weshalb die gewählte Form und der Umfang des vorgeschlagenen Provisionsverbots notwendig sei, insbesondere, warum die oben unter Punkt 3.1 aufgezeigten Lösungsalternativen – als gelindere Mittel – nicht in Frage kommen.

Zwar wurden im RL-Entwurf weitere Quantifizierungen und Analysen aufgenommen sowie Schätzungen zu den Auswirkungen des Provisionsverbots vorgelegt. Jedoch geht daraus nicht hervor, inwiefern nur mit einem Provisionsverbot und nicht auch mit den aufgezeigten alternativen Maßnahmen das Problem gelöst und das Ziel erreicht werden kann (siehe Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 10).

Im Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs wurden für die drei Lösungsalternativen, dh (1) Ausdehnung der schon bisher bestehenden Regelungen und Verschärfung der Offenlegungspflichten, (2) Verschärfung der bereits bestehenden Vergütungsbeschränkungen und Verpflichtung (statt bloßer Option) der MS, unter bestimmten Voraussetzungen ein Provisionsverbot einzuführen und (3) „Value for Money“ neben dem Basisszenario zwei alternative oder – im Falle der Offenlegung – zwei ergänzende politische Optionen bewertet.

In Bezug auf Provisionen wurde eine Entscheidung zwischen der Beibehaltung des derzeitigen Systems, das Provisionsannahmen unter bestimmten Bedingungen erlaubt, und der Verbesserung und Harmonisierung der sektorspezifischen

Offenlegung von Provisionen gegenüber einem Verbot aller Formen von Provisionen bewertet, einschließlich einer Untervariante, die ein teilweises Verbot im Falle von Nicht-Beratungsdienstleistungen (nur Ausführung) enthält, getroffen.

Die Folgenabschätzung kommt zu dem Schluss, dass ein EU-weites vollständiges (und sofortiges) Provisionsverbot die wirksamste Maßnahme wäre, um potenzielle Interessenkonflikte zu beseitigen oder erheblich zu verringern, da dadurch eine wichtige Quelle von Nachteilen für die Verbraucher beseitigt würde (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 8 f). Insgesamt dürfte das Maßnahmenpaket den Schutz der Kleinanleger erhöhen und zu qualitativ besseren Anlageprodukten für Kleinanleger führen, die ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis bieten (dh qualitativ bessere und kostengünstigere Produkte). Dies würde sowohl den bestehenden Anlegern zugute kommen als auch mehr Bürger dazu ermutigen, zu investieren (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 10).

Wie bereits im für den Auftraggeber erstellten Gutachten aus dem Jahr 2021 ausgeführt,⁴⁰ ist das Ziel des Verbraucherschutzes nicht absolut, sondern es ist dabei auch auf andere Ziele Rücksicht zu nehmen. Da das Unionsrecht keinen uneingeschränkten Vorrang des Verbraucherschutzes kennt, intendiert der unionsrechtliche Verbraucherschutz einen hohen Schutzstandard, nicht jedoch den höchstmöglichen.

Stattdessen könnten – wie in diesem Legislativpaket als Teil eines stufenweisen Ansatzes, vorgeschlagen – die Interessenkonflikte, die durch Provisionen entstehen, durch eine Reihe verschiedener Maßnahmen angegangen werden: eine Maßnahme, die darauf abzielt, die Provisionszahlungen in reinen Ausführungsgeschäften, in denen keine Beratung erfolgt, zu verbieten; ein gestärktes Prinzip des "besten Kundeninteresses", das sowohl in der MiFID II-RL als auch in der IDD-RL Anwendung findet; verbesserte Informationen für den Kunden über die Zahlung von Provisionen, einschließlich einer einfachen Erklärung der Provisionen (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 9). Diese Maßnahmen sollen eine bessere aufsichtsrechtliche Durchsetzung, besser qualifizierte Berater, eine Erleichterung der Kriterien für die Einstufung als professioneller Anleger, ein effizienteres Anleger-Screening, eine bessere finanzielle Allgemeinbildung und mehr Flexibilität für sachkundige Anleger beim Zugang zu einem breiteren Spektrum von Produkten und Dienstleistungen ohne unnötigen bürokratischen Aufwand gewährleisten. Weiters werden in Bezug auf die

⁴⁰ Rechtsgutachten zur rechtlichen Beurteilung eines Provisionsverbots für Versicherungsmakler anhand der unionsrechtlichen Grundfreiheiten vom 10.12.2021, 56.

Offenlegung in der Folgenabschätzung gezielte Änderungen an den Offenlegungsvorschriften zur Verbesserung ihrer Relevanz für Kleinanleger sowie gezielte Änderungen zur Behebung von Informationsdefiziten im Zusammenhang mit Marketingmitteilungen in Betracht gezogen. Da beide Optionen einander ergänzen und im Vergleich zum Basisszenario eine Verbesserung zu vertretbaren Kosten darstellen, sind sie beide zusammengenommen die bevorzugte Option (Explanatory Memorandum des RL-Entwurfs, Seite 8).

3.6.4 Auswahl der Betroffenen

Anzumerken ist, dass eine solche sachlich tragfähige Begründung wohl auch der derzeit ganz pauschalen Differenzierung nach Vermittlungsarten ohne näherer Determinierung entgegenstehen würde. Dem Unionsgesetzgeber ist es weder gelungen, die Gruppe der vom avisierten Provisionsverbot erfassten Personen klar zu definieren, noch findet sich im RL-Entwurf eine Begründung der Auswahl der Betroffenen (siehe dazu näher oben unter Punkt 3.5).

3.6.5 Zwischenergebnis

Insgesamt konnten weder der Bedarf nach einem derart ausgestalteten Provisionsverbot noch die Wirkungen des Provisionsverbots auf den begehrten Zielzustand hinreichend dargelegt werden.⁴¹ Es hätte nachgewiesen werden müssen, dass ein Regelungsdefizit besteht, also die bestehenden umfassenden Regelungen der (noch) gültigen IDD-RL (Informations-, Transparenz- und Offenlegungspflichten sowie Vergütungsbeschränkungen) oder die aufgezeigten Lösungsalternativen nicht ausreichend sind, um Verbraucher angemessen zu schützen. Dem Unionsgesetzgeber fehlen hier jedenfalls noch Fakten. Es ist nicht klar, inwiefern das Provisionsverbot auf ein tatsächliches Problem reagiert (Erforderlichkeit), ob das Provisionsverbot kausal dem Verbraucherschutz dient (Eignung) und wenn ja, in welcher Form und welchem Umfang es ein solches Provisionsverbot braucht (Angemessenheit). Bei fehlenden Fakten darf jedenfalls nicht reguliert werden. Fehlende Fakten können auch nicht durch Annahmen ersetzt werden und als Begründung für die Regulierung herangezogen werden.

Im Ergebnis lässt der RL-Entwurf in Bezug auf das vorgeschlagene Provisionsverbot eine sachlich tragfähige und transparente Erklärung des Handlungsbedarfs und der im Hinblick darauf gesetzte Maßnahme vermissen, weshalb dieses mit einem

⁴¹ Siehe *Rüsing*, Grenzüberschreitende Versicherungsvermittlung im Binnenmarkt (2020) 267.

Begründungs- und (daher) kompetenziellen Mangel behaftet ist. In Ermangelung einer solcherart ausreichenden Begründung der konkreten Ausübung des dem Unionsgesetzgeber eingeräumten Ermessens ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das vorgeschlagene Provisionsverbot dem Art 296 AEUV und Art 41 GRC widerspricht.

4. Ergebnis

Die für die vorliegende Kurzbeurteilung gestellten Fragen sind daher wie folgt zu beantworten:

1. Das im Gesetzgebungsvorschlag der EU-Kommission vom 24. Mai 2023 normierte, partielle „Provisionsverbot“ für die unabhängige Beratung und Vermittlung von Versicherungsanlegeprodukten widerspricht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit.
2. Das im Gesetzgebungsvorschlag der EU-Kommission vom 24. Mai 2023 normierte, partielle „Provisionsverbot“ für die unabhängige Beratung und Vermittlung von Versicherungsanlegeprodukten greift mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in die unionsrechtlich verbürgten Grundrechte der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz ein. Zusätzlich wirft das partielle Provisionsverbot Bedenken im Hinblick auf die Unionsrechtsgrundsätze der Transparenz, des Bestimmtheitsgebots sowie der Begründungspflicht auf.

Univ.-Prof. Mag. Dr. Thomas Jaeger, LL.M

Dr. Cornelia Lanser, LL.M.