

Europarechtliche Rahmenbedingungen der Versicherungsvermittlung¹

I. Einleitung

Versicherungsmakler – ein Beruf mit oder ohne Zukunft? Zum Generalthema des 8. Alpbacher Expertentreffens der Versicherungsmakler scheint die Rechtswissenschaft auf den ersten Blick nicht viel beitragen zu können: Ob Platz für den Berufsstand des Versicherungsmaklers ist oder nicht, muss der Markt selbst entscheiden.

Bei genauerer Betrachtung liegen die Dinge – man ist verleitet zu sagen: natürlich! – anders. Der Gesetzgeber hat es nämlich in der Hand, durch regulatorische Eingriffe ein Umfeld zu schaffen, in dem Maklertätigkeit begünstigt oder eben gehemmt wird. Dies lässt sich am einfachsten anhand der Berufszulassungsregeln zeigen: Sinnvolle berufliche Anforderungen an Vermittlertätigkeit werden den Berufsstand fördern, übertriebene oder willkürliche Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit werden nicht förderlich sein. Auch die Liberalisierung – also der Verzicht auf beschränkende Regeln – hat für den Berufsstand prägende Wirkung.² Das rechtliche Umfeld ist daher sehr wichtig für die Frage, ob und in welcher Ausprägung es den Versicherungsmakler in Zukunft geben wird. Da die Versicherungsvermittlung in weiten Bereichen durch Unions-

recht geprägt ist, liegt eine Konzentration auf diesen – dynamischen und raschen Änderungen unterworfenen – Bereich nahe.

Die Frage nach der Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen hängt allerdings ihrerseits dann doch von *wirtschaftlichen Gegebenheiten* ab. Zunächst soll daher untersucht werden, welche Rolle der Versicherungsmakler beim Abschluss von Versicherungsverträgen spielt und welche Bedeutung dem Berufsstand in der Praxis zukommt (II.). Auf Basis der dabei erzielten Ergebnisse richtet der Beitrag den Blick auf die europarechtlichen Rahmenbedingungen der Maklertätigkeit (III.).

II. Die Rolle des Versicherungsmaklers

A. Spezifika von Versicherungsprodukten

Nach einer bekannten Begriffsschöpfung von *Meinrad Dreher* sind Versicherungen Rechtsprodukte.³ Anders als eine körperliche Sache erklärt sich eine Versicherung nicht „von selbst“ – man kann sie nicht angreifen, nicht wie eine Hose anprobieren oder wie ein Grundstück besichtigen. Sie ist letztlich das, wozu die Vertragsparteien sie durch ihre Vereinbarung machen.

Die Versicherung unterscheidet sich durch diesen Aspekt von „herkömmlicher Handelsware“. Der Kunde hat typischer Weise ein *Wissensdefizit*, weil ein Rechtsprodukt schwieriger zu durchschauen ist als etwa eine körperliche Sache.

An dieser Stelle kommt der Vermittler ins Spiel. Er erklärt dem Kunden das Produkt und schafft so beim Kunden die Basis dafür, dass er überhaupt weiß, was er erwirbt. Der Vermittler dient also – anders als der Händler einer Ware – nicht nur der Vereinfachung des Vertriebswegs, sondern er nimmt typischer Weise eine beratende und erklärende Funktion ein.

Diese Charakterisierung des Vermittlers als „erklärendes Bindeglied“ zwischen Versicherer und Kunde trifft auf Makler und Agent gleichermaßen zu. Der Versicherungsmakler hat gegenüber dem Versicherungsagenten aber einen wichtigen Vorteil: Es ist eingelebte Praxis, dass die Parteien das „Rechtsprodukt Versicherung“ nicht gemeinsam gestalten. Der Versicherer entwirft es vielmehr in seinen AVB, der Kunde unterwirft sich. Damit werden die Vertragsbedingungen – so wie stets, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen im Spiel sind – nicht auf Augenhöhe vereinbart.⁴

¹ Vortrag, den der Verfasser am 27. August 2013 auf dem 8. Expertentreffen der Versicherungsmakler im Rahmen des Forums Alpbach („Versicherungsmakler – Beruf mit Zukunft?“) gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten, die inzwischen erfolgten Entwicklungen auf dem Gebiet der Versicherungsvermittlung allerdings eingearbeitet.

² Vgl. nur *Fenyves*, Rechtsprobleme der Kooperation zwischen Makler und Versicherer, in *Fenyves/Koban* (Hrsg.), Neue Wege der Zusammenarbeit von Versicherungen und Versicherungsmaklern (2000) 51 (51) zur Deregulierung der Versicherungsmärkte in der EU.

³ *Dreher*, Versicherung als Rechtsprodukt (1991), insb. 145 ff., 173 ff.

⁴ Siehe nur *Leitner*, AGB: Ungleichgewicht, Definition und Modelle zur Verwirklichung von Vertragsgerechtigkeit, in *Knyrim/Leitner/Perner/Piss* (Hrsg.), Aktuelles AGB-Recht 6 (insb. 11 ff.).



Univ.-Prof.
Dr. Stefan Perner,
Universität Klagenfurt,
Institut für
Rechtswissenschaft

Der Versicherungsnehmer braucht also – mehr als andere Kunden – einen *unabhängigen Vermittler*, der bei der Beratung auf seiner Seite ist und seine Interessen durch einen unabhängigen Vergleich der Produkte wahren muss. Diese Voraussetzung erfüllt nur der Versicherungsmakler,⁵ der ja nach der gesetzlichen Regelung – als „Bundesgenosse“ des Versicherungsnehmers⁶ – vor allem die Interessen des Kunden wahrnehmen muss (vgl § 27 Abs 1 MaklerG), nicht aber der Versicherungsagent, der in einem Naheverhältnis zum Versicherer steht (§ 43 Abs 1 VersVG).⁷

B. Der Europäische Binnenmarkt

Der Versicherungsmakler steht also auf der Seite des Kunden und übernimmt gerade aufgrund seiner Unabhängigkeit eine ganz wichtige Funktion, von der der Kunde profitiert. Im europäischen Zusammenhang zieht allerdings nicht nur der VN, sondern in besonderem Maße auch der Versicherer aus der Tätigkeit des Maklers Nutzen.

Die Europäischen Grundfreiheiten (vgl Art 26 Abs 2 AEUV), konkret die Dienstleistungs-(Art 56 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV), haben das Europäische Versicherungsaufsichtsrecht bekanntlich dynamisiert. Der Europäische Gesetzgeber hat zahlreiche Rechtsakte erlassen, die auf eine Liberalisierung des Aufsichtsrechts abzielen.⁸ Tatsächlich ist der Binnenmarkt für Versicherungen insofern verwirklicht, als jeder einmal in der Union zugelassene VR im gesamten Binnenmarkt tätig werden kann (siehe nur Art 15 Abs 1 Solvency II-RL 2009/138/EG).

Der VR kann sein Produkt also in der gesamten Union anbieten und hat dadurch schlagartig einen weit größeren Markt.⁹ Ungehinderte grenzüberschreitende Tätigkeit mag für den VR auf dem Papier also verlockend klingen. Die Praxis sieht für den VR freilich oft anders aus. Der VR muss erst ein Vertriebsnetz am fremden Markt aufbauen (Versicherungsagenten, eigener Außendienst), was mit hohen Fixkosten verbunden ist.¹⁰

Hier tritt der Makler auf den Plan, der dem VR durch seine Unabhängigkeit eine *günstige Zutrittsmöglichkeit* verschafft.¹¹ Der VR kann seine Produkte im europäischen Ausland vertreiben, ohne ein eigenes Vertriebsnetz aufbauen zu müssen. Der Makler erleichtert dem europäischen VR also den Zugang zu fremden Märkten und trägt dadurch seinen Teil zur Verwirklichung des Binnenmarktes bei.

C. Die doppelte Funktion des Versicherungsmaklers

Die Frage nach der Rolle des Maklers ist also wie folgt zu beantworten: Er hat eine doppelte Funktion, indem an vorderster Stelle er für die Beratung des Kunden und damit für treffsichere Entscheidungen verantwortlich ist. Der Makler spielt im Binnenmarkt aber auch für den Versicherer eine wesentliche Rolle, indem er ihm den Zugang zu ausländischen Märkten erleichtert.

Als Zwischenergebnis lässt sich also sagen: Sowohl aus nationaler als auch aus europäischer Perspektive benötigen wir den Versicherungsmakler. Der – europäische wie nationale – Gesetzgeber tut also gut daran, den Berufsstand zu erhalten.

Auf dieser Basis wenden wir uns nun der Frage zu, in welchem rechtlichen Umfeld er in den nächsten Jahren arbeiten wird: Inwiefern wird die Gesetzgebung seine Tätigkeit begünstigen oder behindern?

III. Schauplätze der Europäisierung

A. Europäisch geprägtes Privatversicherungsrecht

Im Versicherungsrecht zeigt sich ein deutlicher Trend. Die entscheidenden Impulse kommen nicht aus den heimischen Parlamenten, sondern von der Europäischen Union. Für die Versicherungswirtschaft relevante Reformen oder Reformideen haben ihren Ursprung meist im Europarecht.

Das beginnt im Aufsichtsrecht, das durch die Solvency II-RL 2009/138/EG vollständig europäisch geprägt ist, gilt aber auch für das Versicherungsprivatrecht. Dort gibt es zwar keine flächendeckende Vereinheitlichung, sondern nur mehr oder weniger punktuelle Ansätze einer Harmonisierung (siehe noch unten B.1.).¹² Die Anstöße für gesetzgeberische Tätigkeit kommen aber meist aus Europa, wie in der Folge zu zeigen sein wird (siehe gleich B. und C.).

Das wird sich aller Voraussicht nach auch in Zukunft nicht ändern. Damit lässt sich festhalten, dass die Europäische Union ganz entscheidend mitbestimmen wird, welche Zukunft der Beruf des Versicherungsmaklers hat. Im Bereich der europarechtlichen Entwicklungen gibt es zwei Themenschauplätze, die für das Berufsbild des Versicherungsmaklers interessant sind.

5 So bereits *Bodenhöfer/Klinglmair/Klinglmair/Rischkowsky/Rodiga-Laßnig*, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Versicherungsmakler in Österreich, in *Fenyves/Koban/Riedlsperger* (Hrsg.), *Versicherungsmakler und Kundenschutz* (2009) 9 (24 ff).
6 Siehe nur RIS-Justiz RS0114041, zB 7 Ob 70/12p = VR 2013/893.
7 Siehe *Funk-Leisch*, *Das Recht der Versicherungsvermittlung in Österreich* (2010) 73 ff; siehe auch *Körber*, *Recht des selbständigen Versicherungsverreters* (2006) 57 ff.
8 Siehe zB den Überblick bei *Schröder* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg.), *VVG²* (2012), Einführung in das Versicherungsaufsichtsrecht, Rn 10 ff.
9 Vgl dazu im Zusammenhang mit den Europäischen Grundfreiheiten *Perner*, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht* (2013) 37 ff.
10 *Url*, *Auswirkung der Offenlegung von Vergütungen für die Versicherungsvermittlung*, in *Gisch/Kronsteiner/Riedlsperger* (Hrsg.), *Versicherungsvermittlung in Österreich* (2013) 151 (154).
11 *Url*, in *Gisch/Kronsteiner/Riedlsperger* (Hrsg.), *Versicherungsvermittlung in Österreich* 151 (154).
12 Siehe die konzise Darstellung von *Loacker* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg.), *VVG²*, Einführung in das Versicherungsaufsichtsrecht, Rn 14 ff.

Für den Versicherungsmakler erlangt das *Europäische Vermittlerrecht* natürlich eine hervorragende Bedeutung. Es regelt – verallgemeinernd – zwei Fragen: *Erstens* das Berufsrecht der Vermittler und *zweitens* die Rechtsbeziehungen zum Kunden. Der Rechtsbereich ist durch die Versicherungsvermittlungs-RL 2002/92/EG geregelt, die von Österreich 2005 umgesetzt wurde.¹³ In diesem Punkt steht – trotz der Verzögerungen, die bei einem solchen Projekt unvermeidlich sind¹⁴ – eine Reform vor der Tür, nämlich die Neufassung der Vermittlerrichtlinie (IMD II).¹⁵ Die geplante Reform wird in der Folge natürlich mit einbezogen (siehe C.1.).

Die Untersuchung der relevanten Themenschauplätze sollte sich allerdings aus zwei Gründen nicht auf die mögliche Neufassung der IMD II beschränken. *Erstens* ist noch unklar, wie die künftige Regelung aussehen wird, weshalb sich der Beitrag im Bereich der Vermittlung auf übergreifende, in der Diskussion immer wieder vorkommende und damit gleichsam „zeitlose“ Strukturfragen konzentriert. *Zweitens* – und vor allem – würde man dabei auf das Europäische Vertragsrecht vergessen, das bei der Frage, welche Zukunft der Berufsstand des Versicherungsmaklers hat, ebenfalls eine wichtige Rolle spielt. Das Europäische Vertragsrecht regelt ja nichts anderes als das Verhältnis des Vertragspartners – also des VR – zu seinen Kunden. In dieses Rechtsverhältnis ist der Makler sehr stark eingebunden.

B. Maklertätigkeit und Vertragsrecht

1. Allgemeines

Das *Europäische Versicherungsvertragsrecht* gibt es nicht. Wie so oft im Europarecht liegt – anders als man es im nationalen Recht gewohnt ist – keine geschlossene Kodifikation vor,¹⁶ sondern ein aus vielen Rechtsgrundlagen bestehender „Fleckerlteppich“.

Gewisse Systematisierungen lassen sich allerdings schon vornehmen: Im Europäischen Versicherungsvertragsrecht haben wir zwei Rechtsschichten, die nebeneinander Bedeutung erlangen: Die drei Richtliniengenerationen des *Europäischen Versicherungsrechts* (konsolidiert durch die RL Solvency II 2009/138/EG) haben primär aufsichtsrechtlichen Gehalt,¹⁷ enthielten allerdings auch das – mittlerweile durch die Rom I-VO 2008/593/EG abgelöste – Internationale Versicherungsvertragsrecht¹⁸ und punktuelle vertragsrechtliche Regelungen. Zu nennen sind etwa bestimmte Informationspflichten des VR¹⁹ (dazu noch 2.), das Rücktrittsrecht des VN bei Lebensversicherungen (siehe nunmehr Art 186 RL 2009/138/EG) oder das Recht auf freie Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung (siehe nunmehr Art 201 f RL 2009/138/EG). Neben den spezifisch versicherungsrechtlichen RL der EU haben allerdings auch die *allgemein vertragsrechtlichen RL* der Union – selbstverständlich – Bedeutung für den Versicherungsvertrag. Als vorrangige Ziele sind hier vor allem der Verbraucherschutz und der Schutz vor Diskriminierungen zu nennen (siehe sogleich).

In der Folge werden die RL nicht „Punkt für Punkt abgearbeitet“; ein solches Vorgehen würde beim Leser auf wenig Interesse stoßen. Der Beitrag greift vielmehr drei besonders aktuelle Themenschauplätze auf, die zugleich zeigen, welche Bedeutung der Versicherungsmakler für die Versicherungswirtschaft hat.

2. Informationspflichten

Ein „Klassiker“ des Europäischen Vertragsrechts – nicht nur des Versicherungsrechts – sind Informationspflichten. Der Europäische Gesetzgeber hat sich dieses Thema auf seine Fahnen geheftet, weil er ganz allgemein davon überzeugt ist, dass eine *informierte Entscheidung* eine bessere Entscheidung ist. Speziell im Versicherungsrecht ist auch zu bedenken, dass der VN durch die Statuierung von Informationspflichten vor den Nachteilen geschützt werden sollte, die für ihn mit der Abschaffung der Vorabgenehmigung von AVB und der Liberalisierung verbunden sind.²⁰

Die Anzahl der dem VN zu erteilenden Informationen ist beträchtlich; Informationspflichten finden sich sowohl in den versicherungsrechtli-

chen RL als auch etwa beim Vertrieb von Versicherungen im Fernabsatz (siehe Art 3 der RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher). Es wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass der Informationsverarbeitungskapazität des VN gewisse natürliche Grenzen gesetzt sind.²¹

Die Situation scheint auf den ersten Blick für den Makler unerfreulich zu sein, weil auch er sich durch das Dickicht der Informationen schlagen muss und gegenüber dem Kunden selbst auch durch die speziellen Informationspflichten des Vermittlerrechts getroffen wird. Bei näherer Betrachtung liegen die Dinge jedoch anders: Im Gegensatz zum Vertragspartner muss der Makler den VN nicht nur über ein konkretes Produkt informieren, sondern – nach dem *best advice*-Prinzip – wertend über das für den Kunden insgesamt bestehende Angebot. Er schlägt sich daher nicht nur selbst durch das Dickicht der Informationen, sondern er tut dies für den Kunden, indem er Wesentliches von Unwesentlichem trennt und ihm so den Durchblick (betreffend das am Markt bestehende Angebot) verschafft. Wieder ist es der Makler, der eine vom Kunden selbst kaum zu leistende, für ihn aber unverzichtbare Aufgabe übernimmt.

3. Rücktrittsrechte

Ein weiterer vertragsrechtlicher Schwerpunkt besteht in der Anordnung von einseitigen Lösungsrechten. Die dadurch erfolgende teilweise Abkehr vom Prinzip *pacta sunt servanda* ist ebenfalls ein Trend, der aus dem Unionsrecht kommt; man denke bloß an die im Verbraucherrecht vorgegebenen situativen (also von einer bestimmten Konstellation beim Abschluss des Vertrages abhängigen) Rücktrittsrechte beim Haustürgeschäft oder im Fernabsatzrecht.²²

Der europäische Gesetzgeber ordnet Lösungsrechte vom Vertrag zwar auch im Versicherungsrecht an. Der VN kann nämlich beim Fernabsatz von Versicherungen²³ und von

¹³ Siehe zu den europäischen Vorgaben nur *Funk-Leisch*, *Versicherungsvermittlung* 9 ff.

¹⁴ Vgl nur *Pscheidt*, Griechische EU-Ratspräsidentschaft, VR 2013/12, 14 (14).

¹⁵ Siehe den Vorschlag der Kommission vom 3. Juli 2012, COM(2012) 360 final.

¹⁶ Vgl nur *Loacker* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg.), *VVG², Einführung in das Versicherungsaufsichtsrecht*, Rn 1.

¹⁷ *Loacker* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg.), *VVG², Einführung in das Versicherungsaufsichtsrecht*, Rn 21.

¹⁸ Siehe zur Entwicklung *Perner*, *Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I*, *IPRax* 2009, 218 (218).

¹⁹ *Fenyves*, *Die Informationspflichten des Versicherers*, VR 2009/1–2, 16 (16).

²⁰ *Fenyves*, VR 2009/1–2, 16 (16).

²¹ *Loacker* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg.), *VVG², Einführung in das Versicherungsaufsichtsrecht*, Rn 33.

²² Siehe nunmehr Art 9 Abs 1 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU.

²³ Art 6 Abs 1 RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher.

einem Lebensversicherungsvertrag zurücktreten.²⁴ Der EU-Gesetzgeber gewährt dem VN allerdings kein allgemeines Rücktrittsrecht. Das ist insofern bemerkenswert, als bei anderen Finanzdienstleistungen Abweichendes gilt. Der Verbraucher kann nämlich von einem Kreditvertrag sehr wohl innerhalb von 14 Tagen ab Vertragsabschluss zurücktreten.²⁵

Der österreichische Gesetzgeber hat bekanntlich im Rahmen des VersRÄG 2012 eine autonome Regelung geschaffen und Verbrauchern ein 14-tägiges, voraussetzungsloses Rücktrittsrecht eingeräumt (§ 5c Abs 1 VersVG). Tatsächlich spricht in diesem Punkt vieles für eine Gleichbehandlung von Kredit- und Versicherungsverträgen. Beide sind typischer Weise besonders wichtig für den Kunden und oft komplex ausgestaltet. Es gibt also durchaus Gründe, dem Vertragspartner eine Überlebensfrist einzuräumen.

Das allein – also ein Bedürfnis auf Seiten des Kreditnehmers oder des VN – kann natürlich nicht der Grund für die Gewährung des Rücktrittsrechts sein, denn im Privatrecht bedarf es einer *beiderseitigen Rechtfertigung*.²⁶ Es reicht nicht aus, dass das Produkt wichtig oder komplex ist, die Anordnung eines Rücktrittsrechts muss gerade gegenüber dem Vertragspartner – Kreditgeber oder VR – gerechtfertigt sein.

Hier zeigt sich aber ein entscheidender Unterschied zwischen *Finanzdienstleistungen* auf der einen Seite und etwa Verträgen über Waren auf der anderen: Der Rücktritt ist für den Kreditgeber oder den VR zwar mit Belastungen verbunden, allerdings mit deutlich geringeren als für einen Verkäufer.²⁷ Wer zB Neuware erwirbt, dann zurücktritt und die Sache zurückgibt, retourniert oft eine im Wert erheblich geminderte Ware.

Wenn man dieses Argument berücksichtigt, hätte freilich vieles für ein typenbezogenes *Rücktrittsrecht des VN* – und nicht nur Verbraucher – im VersRÄG 2012 gesprochen. Denn die Gründe, die für einen Rücktritt sprechen, haben mit der Verbrauchereigenschaft des VN eigentlich nichts zu tun.²⁸

Welche Konsequenzen haben diese Ausführungen nun für den Versicherungsmakler? Zunächst ist festzustellen, dass der Trend unzweifelhaft in Richtung der Gewährung voraussetzungsloser Rücktrittsrechte geht. Für den VR ist das Rückgängigmachen eines bereits in Vollzug gesetzten Vertrages zwar – wie erörtert – mit geringeren Belastungen verbunden als für einen Veräußerer von körperlichen Waren, aber immer noch sehr unerfreulich. Jeder Rücktritt ist mit frustrierten Kosten verbunden, die letztlich auf die Gemeinschaft der VN überwälzt werden.

An dieser Stelle zeigt sich einmal mehr: Hohe Beratungsqualität hilft allen Beteiligten. Denn je höher die Qualität der Beratung durch die Makler im Vorfeld ist, desto höher wird auch die Zufriedenheit des Kunden mit seinem Produkt sein und desto unwahrscheinlicher ein – mit Kosten für den VR und damit für die Versicherungsgemeinschaft verbundener – Rücktritt.

4. Diskriminierungsverbote

Ein weiterer Schauplatz des Europäischen Versicherungsprivatrechts – auf den hier nur in aller Kürze eingegangen werden soll²⁹ – ist besonders brisant. Die EU hat bekanntlich den Kampf gegen *gesellschaftspolitische Diskriminierungen* aufgenommen. Differenzierungen aufgrund von Kriterien wie zB Geschlecht, Rasse, ethnischer Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung sind der Union ein Dorn im Auge. Die Union ist ermächtigt, Differenzierungen aufgrund dieser Kriterien zu bekämpfen (Art 19 AEUV).³⁰

Warum ist diese Entwicklung aus Blick des Privatversicherers und der Versicherungsvermittler interessant?

Die Antwort liegt auf der Hand: Viele der genannten Differenzierungskriterien sind zugleich ganz entscheidende Risikoindikatoren im Privatversicherungsrecht. Die Differenzierung aufgrund des Alters des VN, seines Geschlechtes oder einer Behinderung war für den VR längste Zeit geradezu selbstverständlich.

Früher haben Männer zB in der Kfz-Versicherung höhere Prämien gezahlt als Frauen, weil sie statistisch gesehen mehr Unfälle verursachen. Bekanntlich ist genau das seit dem VersRÄG 2013 nicht mehr erlaubt (§ 1c VersVG).³¹ Wieder kam der Impuls aus Europa – diesmal vom EuGH, der die Geschlechterdiskriminierung in seinem berühmten *Test Achats*-Urteil für unzulässig erklärt hat.³²

Das VersRÄG 2013 zeigt in diesem Zusammenhang einen interessanten Trend: Der österreichische Gesetzgeber nimmt europäische Vorgaben vermehrt zum Anlass, um über das gebotene Mindestmaß hinauszugehen. Differenzierungen aufgrund einer Behinderung waren von der Entscheidung *Test Achats* nicht betroffen, dennoch hat sie der Gesetzgeber geregelt; sie sind nunmehr nur noch sehr eingeschränkt zulässig (§ 1d VersVG).³³

Die europarechtlichen Implikationen hier darzustellen, würde den Rahmen des Beitrages sprengen und ist an dieser Stelle auch gar nicht notwendig. Nur so viel: Es ist nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft neben den Faktoren Geschlecht und Behinderung auch *andere Risikoindikatoren* gesetzlich geregelt werden. Ältere VN zahlen etwa derzeit mehr als junge „Einsteiger“ in der Kranken- oder Lebensversicherung, weil ihr Risiko ein höheres ist. Die europarechtliche und österreichische Entwicklung ist in diesem Punkt im Fluss.³⁴

Was folgt daraus für unser Thema? Neuerungen wie die dargestellten fordern die gesamte Branche. Die Versicherer müssen Produkte

24 Siehe nunmehr Art 186 Solvency II-RL 2009/138/EG.

25 Dazu Pesek, Der Verbrauchercreditvertrag (2012) 217 ff.

26 Grundlegend Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 92 ff.

27 Zutreffend Pesek, Verbrauchercreditvertrag 219 ff.

28 Die Frage, ob das Rücktrittsrecht nur Verbrauchern zustehen soll, war im Gesetzgebungsprozess umstritten; siehe Fenyves, Elektronische Kommunikation und Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers nach dem VersRÄG 2012, VR 2012/5, 23 (32 f); Riedler, Versicherungsrechts-Änderungsgesetz 2012 (2013) 55.

29 Siehe im Detail Perner, Schutz vor Diskriminierungen im Versicherungsrecht (VersRÄG 2013), in Perner/Rubin/Spitzer/Vonklich (Hrsg.), FS Fenyves (2013) 709.

30 Vgl Perner, in FS Fenyves 709 (711 mwN).

31 Siehe Perner, in FS Fenyves 709 (712 ff).

32 EuGH 1. März 2011 Rs C-236/09 (Test Achats) Rn 15 ff.

33 Dazu Schauer, Die Versicherung von Menschen mit Behinderung – erste Gedanken zu § 1d VersVG, VR 2013/1, 16; Gruber, VersRÄG 2013: Unisex-Regel und versicherungsvertragsrechtlicher Diskriminierungsschutz für Behinderte, ZFR 2013, 1; Perner, in FS Fenyves 709 (716 ff).

34 Siehe dazu Perner, Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht, in Perner/Riss (Hrsg.), FS Iro (2013) 157.

anbieten, die das individuelle Risiko nicht mehr vollständig abbilden. Regulierung macht auch vor dem Privatversicherungsrecht nicht Halt, die Privatautonomie wird vielmehr zusehends eingeschränkt. Das den Kunden zu erklären und bei der Innovation neuer Produkte mitzuwirken, wird auch Aufgabe der Makler sein.

C. Europäisches Vermittlerrecht

1. Reform?

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die Makler im täglichen Beratungsgeschäft nicht nur viel zu tun haben werden, sondern auch mit zahlreichen gesetzlichen Neuerungen konfrontiert sein werden.

Besonders wichtig ist für die Versicherungsmakler allerdings eine andere Entwicklung. Eine neue Versicherungsvermittlungs-RL – IMD II – ist bekanntlich in Planung. Der 2011 veröffentlichte Kommissionsvorschlag³⁵ hat für viel Wirbel gesorgt, und wenn man sich mit dem Berufsstand der Makler auseinandersetzt, kommt man an der Reformdiskussion nicht vorbei.

Es kann angesichts der im Fluss befindlichen und mit Blick auf das Ergebnis derzeit nicht absehbaren Entwicklung nicht die Aufgabe des Beitrags sein, die künftige Rechtslage – auch nur in Grundzügen – darzustellen. Es geht vielmehr um die Erläuterung einiger „zeitloser“ Problemstellungen, die sich bereits aus der über zwei Jahre andauernden Diskussion über ein neues Vermittlerrecht ergeben haben (siehe unten 2. und 3.).

Davor soll aber doch noch ein kurzer Überblick über den derzeitigen Diskussionsstand gegeben werden. Wie Sie wissen, hat die Kommission mit ihrem Vorschlag kein völlig neues Neuland betreten, sondern es geht „nur“ um die Überarbeitung der bestehenden Vermittler-Richtlinie aus 2002.³⁶ Es schien sich also auf den ersten Blick um eine Nachschärfung des geltenden rechtlichen Rahmens zu handeln, was auch nichts Ungewöhnliches ist.

Tatsächlich gab es viele Regelungen im ursprünglichen Vorschlag, die Weiterentwicklungen mit dem Ziel der Verbesserung des Kundenschatzes sind. Zwei Beispiele sollen das illustrieren:

Erstens war im Kommissionsvorschlag eine Verschärfung der beruflichen Anforderungen für die Vermittlertätigkeit geplant (Kapitel V des Vorschlages). Strenge berufliche Anforderungen für verantwortungsvolle Tätigkeit vorzusehen, ist (wenn man hohe Beratungsqualität sicherstellen möchte) nicht nur konsequent, sondern es liegt vor allem im eigenen Interesse des betroffenen Berufsstandes. Daher wäre der Idee, die beruflichen Anforderungen weiter anzugleichen (siehe insbesondere Art 8 Abs 8 des Vorschlages), einiges abzugewinnen.

Zweitens ist auch die Grundidee des Vorschlages, Versicherungsanlageprodukte (also fonds- und indexgebundene Lebensversicherungen) mit anderen Anlageprodukten gleich zu behandeln und die IMD II insofern mit der überarbeiteten MiFID abzustimmen, durchaus zu begrüßen (zum Provisionsverbot siehe allerdings gleich und 3.). Wer ein Produkt erwirbt, das Marktschwankungen ausgesetzt ist und bei dem ein Teil des Einsatzes oder sogar der gesamte Einsatz verloren gehen kann, der ist als Anleger, und nicht wie ein klassischer Versicherungsnehmer zu behandeln. Daher sollten beim Vertrieb dieser Produkte ähnliche Spielregeln gelten wie bei Wertpapieren insgesamt.

Es ist erfreulich, dass sich der Europäische Gesetzgeber offenbar dazu entschieden hat, die Regulierung von Versicherungsanlageprodukten von der (sich verzögernden) Reform des Vermittlerrechts (IMD II) gleichsam abzukoppeln und sie tatsächlich im zeitlichen Zusammenhang mit der MiFID II zu regeln.³⁷ Dies geschieht allerdings nicht durch die Aufnahme der Versicherungsanlageprodukte in die MiFID II, sondern durch die Einfügung eines neuen Kapitels in die „alte“ IMD I (IMD 1.5-Lösung).³⁸ Inhaltlich ist vor allem hervorzuheben, dass (1) das diskutierte Provisionsverbot bei unabhängiger Beratung offenbar vom Tisch sein dürfte (Interessenkonflikte sollen vielmehr vom Vermittler offengelegt werden) und (2) das neue Kapitel (nicht aber die restliche IMD I) auch auf den angestellten Außendienst zur Anwendung kommt.³⁹

Unabhängig von der dargestellten Entwicklung laufen die Überlegungen für eine Neufassung der Vermittler-RL weiter.⁴⁰ Wann die Reform kommt, ist nicht absehbar; der Ball liegt beim Wirtschafts- und Währungsausschuss, der sich derzeit mit der Materie beschäftigt. Der Entwurf der Kommission bietet vor allem in zweifacher Weise viel Diskussionsstoff, weil es um Richtungsentscheidungen geht: Erstens hinsichtlich des personellen Anwendungsbereiches der IMD II (?) und zweitens hinsichtlich neuer Regeln über Interessenkonflikte (3.).

2. Anwendungsbereich der IMD II

Zunächst zum Anwendungsbereich: Während sich die geltende Vermittler-RL noch ausschließlich mit der rechtsgeschäftlichen Vermittlung von Versicherungsverträgen (nämlich durch Agenten und Makler) beschäftigt, war es eines der Ziele der Kommission, den Anwendungsbereich der Vermittler-RL deutlich zu erweitern.

Der Kommissionsvorschlag zielte erstens auf eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches des Europäischen Vermittlerrechts, weil mehr Tätigkeiten als bisher in den Anwendungsbereich fallen sollten. Die vorgeschlagene RL würde auch die Versicherungsvermittlung als Nebentätigkeit (durch Autovermieter oder Reisebüros) sowie die Schadenregulierung (hinsichtlich der beruflichen Anforderungen) erfassen (vgl Art 1 Abs 1 und Abs 2 lit e des Kommissionsvorschlages).

Die Kommission beabsichtigte aber auch eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereiches der RL, weil anders als bisher nicht mehr nur die Tätigkeit der Versicherungsvermittler erfasst sein soll. Die RL soll auch für Versicherer und ihre Angestellten und damit teils für Personen gelten, die gerade keine Vermittler sind.⁴¹ Damit möchte man alle Vertriebsformen gleichbehandeln – was nur hinsichtlich der angestellten Vermittler auf den ersten Blick überzeugt.

Dass es der Vorschlag ernst meint mit der Einbeziehung aller Vertriebsformen, sieht man zB am geplanten Verbot der Koppelungsgeschäfte (Art 21 des Kommissionsvorschlages). Es soll nach dieser Bestimmung nicht mehr erlaubt sein, die Autovermietung nur verbunden mit einer Kaskoversicherung anzubieten oder

35 COM(2012) 360 final.

36 Versicherungsvermittlungs-RL 2002/92/EG.

37 Dies wurde etwa am 16. Jänner 2014 auf <http://www.versicherungsjournal.at/> gemeldet, Siehe bereits Pscheidl, Griechische EU-Ratspräsidentschaft, VR 2013/12, 14.

38 Siehe Pscheidl, VR 2013/12, 14.

39 Vgl die Meldung vom 16. Jänner 2014 auf <http://www.versicherungsjournal.at/>.

40 Das neue Kapitel über Versicherungsanlageprodukte würde freilich in die IMD II integriert.

41 Siehe Art 3 Abs 3 des Kommissionsvorschlages: „Diese Tätigkeiten gelten auch dann als Versicherungsvermittlung, wenn sie von einem Versicherungsunternehmen ohne Beteiligung eines Versicherungsvermittlers ausgeübt werden.“

die Flugreise nur im Paket mit einer Stornoversicherung. Diese Regelung betrifft aber natürlich nicht nur die Vermittlung, sondern das Versicherungswesen insgesamt.

Die Vermischung von Direktvertrieb und Vermittlung ist mE allerdings nicht zielführend. Die Vermittlung von Versicherungen berührt andere Fragen als die, um die es im Verhältnis der Vertragspartner des Versicherungsvertrages geht. Die Vertriebsformen sollte man nicht gleich behandeln, wenn sie nicht gleichwertig sind. Die Pflichten des Versicherers sind kein Thema des Vermittlerrechts.

3. Interessenkonflikte

Besondere Brisanz haben die Artikel 17 und 24 des Kommissionsvorschlages. Die Kommission plant dort eine Pflicht der Vermittler zur *Offenlegung der Provisionen* und für Versicherungsanlageprodukte (index- und fondsgebundene Lebensversicherungen) sogar ein Provisionsverbot, wenn die Versicherung von einem unabhängigen Vermittler – also Makler – vertrieben wird. Wie bereits erwähnt, dürfte das Provisionsverbot freilich vorläufig vom Tisch sein (siehe oben 1.).

Welche Gedanken haben die Kommission bei ihrem Vorschlag geleitet? Grund für die genannten Regelungen ist ein Interessenkonflikt, den die Kommission offenbar bei Maklern in besonderem Maße verortet. Es sind drei Gedankenschritte, die hinter der Lösung stehen:

Erster Schritt: Der Makler muss unabhängig beraten und im Lager des Kunden stehen; er kassiert aber für den Vertrieb der Versicherung eine Provision. Zweiter Schritt: Provisionen in unterschiedlicher Höhe bieten einen *Anreiz zur Fehlberatung*; weil man – will man es plakativ formulieren – das Produkt empfiehlt, für das man am meisten kassiert. Dritter Schritt und vermeintliche Lösung: Dieser Anreiz wird vermieden, wenn man Provisionen verbietet oder dem Kunden zumindest zeigen muss, wie viel man bekommt; er kann in diesem Fall seine eigenen Schlüsse ziehen.

Die Branche ist von Anfang an gegen solche Regelungen Sturm gelaufen.⁴² Dass man die Initiative der Kommission ernst nimmt, lässt sich allerdings daran erkennen, dass die *Abwehrhaltung* in Europa teilweise bereits den *Gegenvorschlägen* gewichen ist. So hat der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) mit dem Vorstoß für Aufsehen gesorgt, die Provisionen in Deutschland bei Lebensversicherungen mit einer Obergrenze zu deckeln; es wurde auch darauf hingewiesen, dass solche Provisionen in Großbritannien, den Niederlanden und in einigen skandinavischen Ländern überhaupt seit Längerem verboten sind.⁴³

Der Beitrag beschäftigt sich nicht mit Details des Richtlinienvorschlages, zumal dessen Schicksal noch nicht endgültig absehbar ist. An dieser Stelle sollen vielmehr fünf Überlegungen zum Thema Transparenz und Interessenkonflikte angestellt werden.

Erstens: Es lässt sich ein gemeinsames Ziel von Kommission und Maklerverbänden finden: Auf der einen Seite denkt niemand daran, den naiven VN zu schützen: Dass die Entlohnung des Maklers von den Versicherern kommen muss, wenn sie nicht vom Kunden kommt, sollte jedem vernünftigen Kunden klar sein. Dafür allein benötigt man weder ein Verbot noch eine Offenlegung. Auf der anderen Seite sollte außer Diskussion stehen, dass der Gesetzgeber auf strukturelle Fehlberatung reagieren muss, wenn sie vorkommen sollte. *Schiefe Vertriebspraktiken* kann man nicht akzeptieren – und genau um diese muss es in der Diskussion gehen.

Zweitens: Zur Vermeidung struktureller Fehlberatung braucht man kein Provisionsverbot. Es gibt andere Wege, mit denen man dasselbe Ziel erreichen kann: In dem Zusammenhang ist an die bloße Offenlegungspflicht zu erinnern oder an eine Deckelung der Provisionen. Da ein völliges Provisionsverbot die *Erwerbsfreiheit beschränkt*, es aber gelindere Mittel zur Zielerreichung gibt, gelangte es wohl auch in einen Konflikt mit den Vorgaben der Grundrechte-Charta. Der Unionsgesetzgeber tut also gut daran, auf das Provisionsverbot zu verzichten (siehe oben 1.).

Drittens: Gegen die *Offenlegung der Vergütung* werden zahlreiche Argumente vorgebracht. Ein wichtiges Argument gegen eine solche Offenlegung scheint das der „Einzigartigkeit im Wirtschaftsrecht“ zu sein. In der Diskussion hört man oft, dass kein anderer Marktteilnehmer

über seine Gewinnspanne Auskunft geben müsse. Der Vergleich ist mE gefährlich. Zunächst einmal geht es im technischen Sinn nicht um den *Gewinn des Maklers*, so wie der Gewinn des Immobilienmaklers auch nicht mit der Provision gleichzusetzen ist, die er vom Kunden erhält. Vor allem aber ist der Makler tatsächlich einzigartig, wenn man ihn zB mit einem Warenhändler vergleicht: Der VN ist auf unabhängige Beratung angewiesen, um das Produkt überhaupt erst zu verstehen (siehe II.A.). Außerdem könnte man die Auffassung vertreten, dass die Offenlegung letztlich nur dazu dient, den Kunden darüber in Kenntnis zu setzen, welcher Teil seines Entgelts auf den Versicherungsvertrag entfällt – ein durchaus berechtigtes Interesse.

Viertens: Die Interessen der Makler und die der Versicherungswirtschaft sind natürlich nicht komplett deckungsgleich. Daher sollten die Makler tunlichst vermeiden, alle Argumente der Versicherungswirtschaft zu übernehmen, die gegen die Offenlegung ins Treffen geführt werden. Da heißt es zB immer wieder, dass *Versicherungsprodukte ohnehin gut vergleichbar* sind, weshalb man die Provisionsoffenlegung nicht braucht. Das Argument ist gefährlich, denn damit schaffen sich die Makler gleich selbst ab.

Fünftens: Wenn die Versicherungsmakler dennoch in Alternativen zur Offenlegung denken, dann sollten sie vor allem ihre *Unabhängigkeit und die Beratungsqualität* ins Spiel bringen. Interessant ist zB der Vorschlag einer Verlängerung der Stornohaftung in der Lebensversicherung – dass also die Provision zurückgezahlt werden muss, wenn sich der (unzufriedene) VN innerhalb einer bestimmten Zeit vom Vertrag löst.⁴⁴ Eine solche Regelung bietet einen Anreiz zur hochwertigen Beratung. Ganz allgemein ist zu hoffen, dass sich die Vorschläge im (europäischen) Gesetzgebungsprozess durchsetzen, die auf die Optimierung der Beratungsqualität hinauslaufen. In diesem Zusammenhang sind auch die Makler gefordert. Nur sie haben das Argument der Qualität unabhängiger und damit qualitativ hochwertiger Beratung auf ihrer Seite. Sie sollten es bedingungslos ausspielen.

⁴² Siehe zB die Beiträge von *Uri* (151 ff), *Berghammer/Gisch/Riedlsperger* (171 ff) und *Eitner* (183 ff) im Tagungsband von *Gisch/Kronsteiner/Riedlsperger* (Hrsg.), *Versicherungsvermittlung in Österreich* (2013). Siehe weiters *Gisch*, *Ausgewählte Anmerkungen zum Vorschlag einer Versicherungsvermittlungsrichtlinie der EK aus Sicht der Versicherungsmakler*, VR 2013/7–8, 25.

⁴³ Vom Vorstoß des GDV wurde am 20. August 2013 auf www.sueddeutsche.de berichtet.

⁴⁴ Vgl wiederum den Vorstoß des GDV und den Bericht am 20.8.2013 auf www.sueddeutsche.de.