



ART.-NR.: 2

## BEITRÄGE

Stefan Perner • WU Wien

# Product Governance der Versicherer

» ZFR 2019/2

Seit 1. 10. 2018 sind Versicherer infolge der IDD-Umsetzung verpflichtet, ein (aufsichtsrechtlich kontrolliertes) Produktgenehmigungsverfahren zu etablieren, bevor sie Versicherungsprodukte auf den Markt bringen (§ 129 VAG). In der Literatur wurden Befürchtungen laut, dass dies der Wiedereinführung einer aufsichtsrechtlichen Produktgenehmigungspflicht gleichkomme und unnötigen bürokratischen Aufwand verursache. Der Beitrag gelangt zu einem anderen Ergebnis: Das Verfahren ist vielmehr ein sachgerechter Grobfilter zum Zweck des Kundenschutzes.<sup>1</sup>

### 1. Das Thema

„Product oversight and governance requirements“ (POG) oder – noch sperriger<sup>2</sup> auf Deutsch – „Aufsichts- und Lenkungs-Anforderungen“<sup>3</sup> für Versicherungsunternehmen (VU): Was versteckt sich hinter diesem kryptischen Titel?

Wenn man der Literatur Glauben schenken mag, eine ziemliche Bombe.<sup>4</sup> Alles geht im Kern auf Art 25 der Versicherungsvertriebs-RL 2016/97/EU (IDD) zurück, wonach VU (in bestimmten Fällen auch Vermittler) ein internes Produktgenehmigungsverfahren zu unterhalten haben, bevor sie ein Versicherungsprodukt auf den Markt bringen. Einrichtung und Ausgestaltung dieses Verfahrens sind Gegenstand der aufsichtsbehördlichen Kontrolle.

Aufsichtsrechtliche Produktgenehmigung, bei der die Hauptlast noch dazu auf VU ausgelagert wird? Auf Kritik musste nicht lange gewartet werden, die von *Dreher* wohl am deutlichsten formuliert wurde.<sup>5</sup> Von einem Zurückversetzen in die Zeit vor 1994 (Abschaffung der aufsichtsbehördlichen AVB-Genehmigungs-

pflicht)<sup>6</sup> ist die Rede und von paternalistischen Eingriffen. In den europarechtlichen Vorgaben zu POG liege „ein Eingriff in den Kernbereich der unternehmerischen Freiheit, nämlich in die Zuständigkeit zur Festlegung des Geschäftsmodells und der Strategie eines Versicherungsunternehmens.“<sup>7</sup> Dieses Vorgehen beseitige auch die Konsumentensouveränität, sei unverhältnismäßig und zudem ohne Bezug zur EuGH-Rsp, die von einem mündigen Verbraucher als Leitbild ausgeht.

Es gibt also ganz offensichtlich ausreichend Gründe, um sich mit den Vorgaben des Art 25 IDD näher zu beschäftigen. Da auch das Produktgenehmigungsverfahren ein Fall der delegierten Rechtsetzung wurde, bei dem also neben der IDD nicht nur die Umsetzungsvorschriften (§ 129 VAG) zu beachten sind, sondern auch weitere unmittelbar anwendbare Rechtsakte auf europäischer Ebene, soll zunächst erörtert werden, welche Rechtsgrundlagen relevant sind. Anschließend ist auf Zielsetzungen und Vorgaben des Produktgenehmigungsverfahrens einzugehen. Dabei wird sich zeigen, dass die Kritik *Dreher*s den Kern des Problems nicht trifft.

### 2. Die Rechtsgrundlagen

Will man die Erörterung der anwendbaren Rechtsgrundlagen mit einer positiven Botschaft beginnen, empfiehlt sich der Hinweis, dass die (versicherungsaufsichtsrechtliche) Regulierung auf innerstaatlicher Ebene rechtzeitig abgeschlossen wurde. Das ist bei den gewerberechtlichen Vorgaben der IDD bekanntlich nicht der Fall gewesen.

Die Umsetzung des Art 25 IDD findet sich in § 129 VAG unter der Überschrift „Product Governance“. Dadurch wird das Produktgenehmigungsverfahren für Versicherungsprodukte in das Aufsichtsrecht integriert. Aufsichtsbewehrte Produktgenehmigungsverfahren sind freilich kein singuläres Phänomen des Versicherungsrechts. Die EU hat vielmehr mit Art 16 Abs 3 der MiFID II-RL 2014/65/EU eine strukturell ähnliche Verpflichtung bei Finanzinstrumenten etabliert (§§ 30 f WAG)<sup>8</sup>, worauf noch zurückzukommen sein wird.<sup>9</sup>

Art 25 Abs 3 und Art 38 der IDD übertragen der Kommission die Befugnis, delegierte Rechtsakte zu erlassen. Die Kommission

<sup>1</sup> Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 1. 10. 2018 im Rahmen eines Symposions zur Umsetzung der IDD in Wien gehalten hat. Er erscheint auch in einem Tagungsband zur Veranstaltung.

<sup>2</sup> *Ramharter*, Die Umsetzung der Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD) im VAG 2016, VR 2018 H 5, 32 (36).

<sup>3</sup> Vgl nur *Gruber*, Querverkäufe und Produktgenehmigung, in *Fenyves/Schauer* (Hrsg), Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) (2017) 93 (109): „ebenso holprige wie nichtssagende Übersetzung.“ Vgl auch EBRV 26 BlgNR 26. GP 5: „wenig aussagekräftige Bezeichnung“.

<sup>4</sup> Siehe die (kritischen) Stellungnahmen von *Dreher* in *Prölss/Dreher*, VAG<sup>13</sup> (2018) Einl RN 142; *Reiff/Köhne*, Der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/97 (IDD) aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, VersR 2017, 649 (654); vgl auch *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, IDD 105 ff.

<sup>5</sup> *Dreher* in *Prölss/Dreher*, VAG<sup>13</sup> Einl RN 142.

<sup>6</sup> Vgl auch *Reiff/Köhne*, VersR 2017, 654.

<sup>7</sup> *Dreher* in *Prölss/Dreher*, VAG<sup>13</sup> Einl RN 142.

<sup>8</sup> Vgl auch *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, IDD 105: MiFID II als Vorbild.

<sup>9</sup> Zu den Unterschieden siehe 6.1.

hat diese Befugnis im September 2017 mit einer VO 2017/2358 zur Präzisierung der Anforderungen an die Produktgenehmigung – **DelVO POG** – wahrgenommen.<sup>10</sup>

Die DelVO hat unmittelbare Geltung und § 129 Abs 1 VAG nimmt außerdem explizit auf die VO Bezug („nach Maßgabe der Abs. 2 bis 7 und der delegierten Verordnung“). Der Rechtsanwender hat daher beide genannten Vorgaben parallel zu beachten. Da § 129 VAG die RL umsetzt,<sup>11</sup> während die DelVO (nur) konkretisierende Maßnahmen enthält, muss der erste Blick freilich auf das Umsetzungsgesetz gerichtet sein. Auch mit Blick auf die Zwecke des Produktgenehmigungsverfahrens (siehe sofort 3. und 4.) ist die Aufmerksamkeit zunächst auf die Grundsatzbestimmung – Art 25 IDD (§ 129 VAG) – zu richten.

### 3. Aufsichtsrechtliche Produktgenehmigung?

Am meisten beunruhigt wohl die Befürchtung, Art 25 IDD versetze den Versicherungsmarkt zurück in die Zeit vor 1994. Bevor man sich mit Details der europarechtlichen Vorgabe und ihrer Umsetzung – die denselben Zielen verpflichtet sein muss – beschäftigt, ist die Grundsatzfrage zu prüfen.

Betrachtet man die Vorgaben des Art 25 IDD unbefangen, fällt auf, dass von einer aufsichtsrechtlichen Produktgenehmigung dort keine Rede ist. Die „Genehmigung“ ist vielmehr ein interner Vorgang beim „Hersteller“ eines Versicherungsprodukts, der eine Produkt- und Vertriebsstrategie ausarbeiten soll. Die vom Gesetz etablierte Verpflichtung erschöpft sich darin, dem Hersteller vorzuschreiben, ein solches Verfahren vorzusehen. Damit handelt es sich im Kern um eine **Überlegungs- und Dokumentationspflicht**.<sup>12</sup> Als solche verstanden, kann sie für ein umsichtig agierendes VU wenig überraschend kommen. Bereits vor der Umsetzung des Art 25 IDD wurde etwa die Auffassung vertreten, dass es zu einer soliden und vorsichtigen Unternehmensleitung gehöre, einen ordnungsgemäßen Produktentwicklungsprozess zu implementieren.<sup>13</sup> Daraus wurde abgeleitet, dass das VU auf Basis von § 107 VAG verpflichtet war, die Leitlinien der EIOPA einzuhalten, die ein solches Verfahren vorsahen.<sup>14</sup> Dem ist insofern zuzustimmen, als es eigentlich eine – nicht auf unkörperliche Produkte beschränkte – Selbstverständlichkeit sein sollte, entsprechende Überlegungen anzustellen. Bringt ein Autohersteller ein neues Modell auf den Markt, wird er auch gut daran tun, sich zu überlegen, welchen Zielmarkt er damit ansprechen und welche Werbestrategie er fahren möchte.

Art 25 IDD muss sich daher konsequenterweise nicht dem Vorwurf aussetzen, den Markt in die Zeit vor 1994 zurückzusetzen, denn die Verpflichtung zur Festlegung einer Strategie ist **nicht mit einer Strategievorgabe zu verwechseln**. In diesem Sinn hält ErwGr 55 der IDD fest, dass die RL „nicht die Vielfalt und Flexibilität der Ansätze beschränken [sollte], die Unternehmen verfolgen, um neue Produkte zu entwickeln“. Auch ErwGr 8 DelVO POG formuliert, dass die Verpflichtungen nicht als „Eingriff in die Freiheit der Hersteller betreffend die Festsetzung von Prämien oder als Preiskontrolle jedweder Art“ missverstanden werden sollen. *Dreher* Vorwurf, das Verfahren greife in unzulässiger Weise in die Zuständigkeit zur Festlegung des Geschäftsmodells und in die Strategie eines Versicherungsunternehmens ein,<sup>15</sup> lässt sich also entkräften.<sup>16</sup>

Diese Zwischenbilanz mag beruhigen. Sie soll allerdings nicht dazu verleiten, die Neuerungen als bloßes Umwandeln des **Ist-Zustandes** (VU überlegen sich eine Produktstrategie) in einen **Soll-Zustand** (VU müssen sich eine Produktstrategie überlegen) kleinzureden. Die – durch die DelVO POG präzisierten – Anforderungen des Art 25 IDD (§ 129 VAG) sind nämlich erstens durchaus detailliert und könnten damit einen erheblichen Aufwand für das VU verursachen (Dokumentation, vgl Art 9 DelVO POG).<sup>17</sup> Zweitens und vor allem gibt es zwar keine Vorgabe für die Strategie, allerdings sehr wohl Vorgaben dafür, wie die Strategieüberlegungen auszusehen haben. Dass dies alles drittens in das Aufsichtsrecht integriert und damit – als letztes Mittel – strafbewehrt ist, rechtfertigt eine genauere Untersuchung der Vorgaben, die zunächst am Zweck der Überlegungs- und Dokumentationspflicht ansetzen muss (siehe gleich 4.). Erst wenn diese Untersuchung abgeschlossen ist, lässt sich beurteilen, ob es sich zwar nicht um einen Eingriff in die Strategiefreiheit des VU, aber doch um unnötigen Paternalismus handelt.

### 4. Grobfilter des Kundenschutzes

Wenn es sich bei Art 25 IDD um keine aufsichtsrechtliche Produktgenehmigung handelt, sondern um ein Festschreiben (und, wie sich zeigen wird, Schärfen) des Ist-Zustandes, stellt sich sofort die Frage: Welchen Zwecken dient die aufsichtsrechtliche Vorgabe zum Produktgenehmigungsverfahren?

Die IDD stützt sich auf die im AEUV enthaltene Harmonisierungskompetenz (Art 53 Abs 1, Art 62 AEUV), wobei sie zugleich den **Kundenschutz** ins Zentrum der Regulierung stellt.<sup>18</sup> Diese allgemeine Zielsetzung im Vermittlerrecht – dies ist immer noch der Kernbereich der RL – sollte zwar nicht dazu verleiten, vorilige Schlüsse für eine Materie zu ziehen, die mit diesem Bereich nichts zu tun hat.

<sup>10</sup> Bereits vor der DelVO POG hatte die EIOPA „Vorbereitende Leitlinien zu den Aufsichts- und Lenkungsverfahren seitens Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreibern“ (EIOPA BoS 16/071) herausgegeben, die der „Festlegung kohärenter, effizienter und wirksamer Aufsichtspraktiken“ mit Blick auf die Anforderungen des Art 25 IDD dienen sollten und die inhaltlich in die DelVO POG eingeflossen sind.

<sup>11</sup> EBRV 26 BlgNR 26. GP 5. *Ramharter*, VR 2018 H 5, 36 spricht von einem „vagen Rahmen“.

<sup>12</sup> Siehe bereits *Pscheidl*, Der Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten nach der IDD, VR 2018 H 1-2, 56 (57).

<sup>13</sup> *Korinek in Korinek/G. Saria/S. Saria* (Hrsg), VAG (2016) § 107 Rz 12.

<sup>14</sup> *Korinek in Korinek et al*, VAG § 107 Rz 12.

<sup>15</sup> *Dreher in Prölss/Dreher*, VAG<sup>13</sup> Einl RN 142.

<sup>16</sup> *Pscheidl*, VR 2018 H 1-2, 58.

<sup>17</sup> *Reiff/Köhne*, VersR 2017, 654: „gewaltiger technischer und bürokratischer Aufwand“.

<sup>18</sup> Die RL spricht zwar an vielen Stellen von „Verbraucherschutz“ (vgl etwa ErwGr 16, 19, 37, 43, siehe aber ErwGr 30: Versicherungsnehmer). Damit dürfte allerdings stets der Schutz des Kunden (vgl in diesem Sinn ErwGr 28, 40, 41, 44) gemeint sein.



Der Kundenschutz lässt sich allerdings auch bei Art 25 IDD klar als Zweck verorten. Dieses Ziel wird schon in ErwGr 55 ausgegeben, nach dem „sicherzustellen [ist], dass Versicherungsprodukte dem Bedarf des Zielmarkts entsprechen“. Dass es um den Schutz der Kunden geht, zeigt sich auch indirekt in Art 25 Abs 4 IDD, wonach das Verfahren nicht bei Versicherungsprodukten für Großrisiken<sup>19</sup> gilt – offenbar, weil die Schutzbedürftigkeit (nur!) dort als geringer gesehen wird. Schließlich stellt auch die DelVO POG ganz deutlich unter Beweis, dass der Kundenschutz für den europäischen Gesetzgeber die *ratio legis* ist.<sup>20</sup>

Wie soll dieser Zweck nun aber verwirklicht werden, wenn es bei den Regeln gar nicht um eine aufsichtsrechtliche Produktgenehmigung geht? Der Grundgedanke überzeugt in seiner Einfachheit: Die Verpflichtung setzt einen **Anreiz zum Nachdenken**.<sup>21</sup> Wenn dem eingewendet wird, dass dieser Nachdenkprozess ohnehin üblich ist, so ist zu entgegen, dass alle Befürchtungen in diesem Fall unbegründet sind, weil dann ja nur der *status quo* festgeschrieben wird. Allerdings: Der Prozess kann nur dann von den Aufsichtsbehörden überprüft werden, wenn er klar dokumentiert werden muss. Die Verpflichtung, ein Produktgenehmigungsverfahren zu etablieren, ist daher im Kern als präventive Maßnahme vor Einführung des Produktes zu verstehen.<sup>22</sup> Damit handelt es sich letztlich um einen ersten **Grobfilter des Kundenschutzes**. Von dieser Zweckrichtung ausgehend, lässt sich in der Folge beleuchten, wie das konkrete Pflichtenprogramm im Produktgenehmigungsverfahren aussieht.

## 5. Das Pflichtenprogramm

### 5.1. Hersteller als Adressaten

Die Hauptpflichten aus der Product Governance treffen – wie zu zeigen sein wird – den Hersteller eines Versicherungsprodukts.<sup>23</sup> Daher ist zunächst zu untersuchen, wer als Hersteller in Betracht kommt.

Art 25 IDD nimmt „Versicherungsunternehmen und -vermittler, die Versicherungsprodukte zum Verkauf an Kunden konzipieren“, in die Pflicht (vgl auch Art 2 DelVO POG, wo wie in der gesamten VO der passendere Begriff des Herstellers verwendet wird). Erfasst sind also nicht nur **VU**, sondern auch **Vermittler**.

Sie sind zwar im Regelfall keine Hersteller,<sup>24</sup> weil ihre Aufgabe nicht im abstrakten Entwurf eines Massenprodukts (inkl Konzeption eigener AVB oder Anpassung von Muster-AVB), sondern darin besteht, ein Versicherungsprodukt für einen konkreten Kunden zu personalisieren oder individuelle Verträge anzufertigen (siehe Art 3 Abs 3 DelVO POG).<sup>25</sup> Wenn aber ausnahmsweise eine „Gesamtanalyse ihrer Tätigkeiten zeigt, dass sie bei der Konzeption und Entwicklung eines Versicherungsprodukts für den Markt über Entscheidungsbefugnisse verfügen“ (Art 3 Abs 1 DelVO POG), sind auch Vermittler Hersteller.<sup>26</sup> Vor allem bei größeren Maklern, die ihre eigenen Bedingungen über weite Strecken in die Versicherung einfließen lassen, kann eine (mit dem VU gemeinsame, siehe gleich) Herstellung in der Praxis<sup>27</sup> durchaus der Fall sein.<sup>28</sup>

Nach dem Konzept der DelVO ist es – bei gemeinsamer Entwicklung eines Versicherungsprodukts – möglich, dass sowohl VU als auch Vermittler Hersteller ein und desselben Versicherungsprodukts sind (**Co-Herstellung**). In diesem Fall sind sie nach der DelVO POG verpflichtet, eine schriftliche Vereinbarung zu unterzeichnen, die die Zusammenarbeit und die Aufgabenverteilung regelt (Art 3 Abs 4 DelVO POG).

Zu beachten ist freilich, dass zwar die DelVO POG neben den VU auch die Vermittler als Hersteller in die Pflicht nimmt. § 129 VAG spricht hingegen nur von „Versicherungsunternehmen“, was für Österreich insofern konsequent ist, als das VAG keine Vorgaben für die Vermittler macht.<sup>29</sup> Nach der GewO idF der Versicherungsvermittlungsnovelle 2018<sup>30</sup> obliegt die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften der DelVO POG, die Vermittler betreffen, der zuständigen Gewerbebehörde (§ 335a Abs 2 Z 2 GewO). Dass somit für die Vermittler „nur“ die DelVO POG unmittelbar zur Anwendung kommt, nicht hingegen die umgesetzte Richtlinienvorgabe, ist zwar nicht besonders gelungen. Allerdings hält sich die praktische Bedeutung<sup>31</sup> aus zwei Gründen in Grenzen: *Erstens* hat der Vermittler, wie erläutert, selten die Funktion des Herstellers und *zweitens* – vor allem – finden sich die Pflichten, die Vermittler als

<sup>19</sup> Die bekannten Schwächen der europäischen Großrisiko-Definition (vgl dazu *Perner in Fenyves/Schauer* [Hrsg], *VersVG* [2014] Anhang Internationales Versicherungsrecht Rz 6 f) zeigen sich auch hier. Mit Blick auf die Frage, ob ein Produktgenehmigungsverfahren nach den hier dargestellten Vorschriften durchzuführen ist, wird eine *Ex-ante*-Betrachtung vorzunehmen und daher zu fragen sein, ob das Versicherungsprodukt seinen Platz im Großrisiko-Vertrieb haben soll (unabhängig davon, ob dies dann der Realität jedes einzelnen Vertrages entspricht).

<sup>20</sup> Vgl nur ErwGr 1 DelVO POG: „Interesse eines wirksamen Kundenschutzes“.

<sup>21</sup> Krit hingegen *Reiff/Köhne*, *VersR* 2017, 654: weiterer Papiertiger.

<sup>22</sup> Siehe zu anderen Finanzprodukten bereits *Lehner*, Haftung für sorgfaltswidrige Produkteinführung: § 39 Abs 2c BWG ein Anlegerschutzgesetz? wbl 2015, 193.

<sup>23</sup> Rückversicherungsunternehmen sind von Art 25 IDD nicht erfasst, siehe auch § 129 Abs 7 VAG.

<sup>24</sup> Vgl *Leser*, Versicherungsmakler und ihre Compliance, in *Gisch/Koban/Ratka* (Hrsg), *Haftpflicht- und D&O-Versicherung* 2016 (2017) 81 (89).

<sup>25</sup> Siehe *Pscheidl*, *VR* 2018 H 1-2, 58: „maßgeschneiderte Versicherungsverträge kein Versicherungsprodukt im europarechtlichen Sinn“.

<sup>26</sup> Vgl auch die Erläuterungen im folgenden Abs 2, wonach es auf die selbstständige Festlegung der „wesentlichen Merkmale und Hauptelemente eines Versicherungsprodukts“ ankomme, wobei „Deckung, Preis, Kosten, Risiko, Zielmarkt, Entschädigung und Garantierechte“ genannt werden.

<sup>27</sup> *AA Gruber*, Die Versicherungsvertriebsrichtlinie (Teil 2), *ZFR* 2016, 275 (277 FN 95), nach dem Versicherungsprodukte in Österreich praktisch ausschließlich durch Versicherungsunternehmen konzipiert werden.

<sup>28</sup> Handelt es sich freilich um Industriekunden, die Großrisiken versichern, fallen sie aus diesem Grund aus dem Anwendungsbereich der Regeln.

<sup>29</sup> In Deutschland sprechen die in Umsetzung des Art 25 IDD eingefügten Abs 1a–d des § 23 VAG hingegen von „Unternehmen, die Versicherungsprodukte zum Verkauf konzipieren“, wodurch auch Vermittler erfasst werden: *Schaaf in Brand/Baroch Castellvi* (Hrsg), *VAG* (2018) § 23 RN 49.

<sup>30</sup> BGBl I 2018/112.

<sup>31</sup> Methodisch sind Fragen, die sich daraus ergeben, dass eine DelVO zwar anwendbar ist, die zugrunde liegende Trägerrichtlinie hingegen in diesem Punkt nicht umgesetzt ist, hingegen sehr wohl von Interesse.



Hersteller treffen, fast vollständig in der DelVO POG (vgl zB Art 3 Abs 4 über die schriftliche Vereinbarung bei Co-Herstellung).<sup>32</sup>

## 5.2. Pflichten des Herstellers

Welche Pflichten treffen den Hersteller eines Versicherungsprodukts nun? Wie erläutert, geht es nicht darum, einer aufsichtsrechtlichen Strategievorgabe zu folgen. Vielmehr soll nachvollziehbar sein, dass sich der Hersteller Gedanken über seine Produkte macht. Die Vorgaben des Art 25 IDD (§ 129 VAG) unterscheiden nach zeitlichen Phasen drei Arten von Verpflichtungen, die in der Folge in ihren Grundzügen zu erläutern sind. Auszugehen ist bei all diesen Phasen von einer Selbstverständlichkeit und zugleich einer notwendigen Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung eines Produktgenehmigungsverfahrens: VU müssen „die von ihnen konzipierten und vermarkteten“ Versicherungsprodukte verstehen (§ 129 Abs 3 VAG, der in Umsetzung von Art 25 Abs 1 IDD ergangen ist).

### 5.2.1. Herstellungsphase

Vor Vermarktung oder Vertrieb des Versicherungsprodukts haben Hersteller das Versicherungsprodukt einem **internen Produktfreigabeverfahren** zu unterziehen (§ 129 Abs 2 VAG; diese Verpflichtungen werden in den Art 4–9 DelVO POG präzisiert). Im Rahmen dieses Verfahrens ist auch eine Produktprüfung – allenfalls mit Szenarioanalyse (der „Crash-Test“ des unkörperlichen Produkts) – durchzuführen (siehe dazu Art 6 DelVO POG).

Die Verpflichtung zur Etablierung eines solchen Produktgenehmigungsverfahrens trifft Hersteller seit 1. 10. 2018.<sup>33</sup> Daher müssen etwa die VU – schon im Rahmen einer vorausschauenden Geschäftsleitung<sup>34</sup> – die Grundzüge und Zuständigkeiten für diese Verfahren festlegen. Freilich greift die Verpflichtung mit Blick auf konkrete Produkte nur bei Neuentwicklung sowie bei wesentlichen Änderungen (Art 4 Abs 1 DelVO POG spricht von weitreichenden Anpassungen). Die bei Inkrafttreten der Regelungen bereits **bestehende Produktpalette** eines VU ist daher grundsätzlich **nicht** erfasst (siehe dazu unten 5.2.3.).

Da nur wesentliche Änderungen (weitreichende Anpassungen) die Pflicht auslösen, wird dies auch bei einer **routinemäßigen Anpassung** von AVB-Generationen **nicht** der Fall sein. Als Beispiel lässt sich das Einfügen, Anpassen und Entfernen von einzelnen Obliegenheiten oder Risikoausschlüssen anführen, vor allem wenn dies in Reaktion auf höchstgerichtliche Judikatur oder auf Basis geänderter gesetzlicher Rahmenbedingungen geschieht.

Umgekehrt besteht die Verpflichtung zum Produktgenehmigungsverfahren nicht nur, wenn das VU oder der Vermittler ein „neues Produkt erfindet“ (die Cyber-Versicherungen bieten ein aktuelles Beispiel), sondern natürlich auch dann, wenn das VU

ein Produkt, dessen AVB es nicht selbst gestaltet hat, in seine Palette aufnimmt. VU können sich also selbstverständlich nicht mit dem Argument dem Verfahren entziehen, sie hätten ohnehin die **Muster-AVB** des VVO übernommen und damit weder ein neues Produkt geschaffen noch ein bestehendes wesentlich abgeändert: Abgesehen davon, dass das Versicherungsprodukt mehr ist als die AVB, ist es auch ein Hauptzweck des Verfahrens, dass sich VU eine Vertriebsstrategie überlegen.

Damit ist der Beitrag beim **Zielmarkt** angelangt, der ein Kernbestandteil des Verfahrens ist.<sup>35</sup> Die Festlegung des Zielmarkts soll – plakativ gesprochen – sicherstellen, dass das Produkt – nur – dort ankommt, wo es benötigt wird (siehe § 129 Abs 2 VAG und Art 5 DelVO POG). Um es noch einmal in Erinnerung zu rufen: Die Verpflichtung bedeutet nicht, dass die Aufsichtsbehörde dem VU insofern eine Strategie vorschreibt. Das VU ist vielmehr verpflichtet, sich über diese Fragen Gedanken zu machen und dies auch zu dokumentieren (vgl nur Art 4 Abs 2 DelVO POG).<sup>36</sup>

Entscheidet sich das VU im Rahmen der Personenversicherungen etwa dafür, dass Zielmarkt für die Unfallversicherung vor allem die unselbstständigen Arbeitnehmer sein sollen, während die Berufsunfähigkeitsversicherung besser an Selbstständige vertrieben werden sollte,<sup>37</sup> ist dies etwa genauso zu respektieren wie die begründete Entscheidung, dass die Unfallversicherung auch an Selbstständige zur Absicherung des Risikos der Berufsunfähigkeit vertrieben werden kann.

Die Ermittlung des Zielmarktes schließt daher schon aufgrund ihres Zwecks auch die Festlegung der **geeigneten Kundengruppe** ein. Dies wird in Art 5 Abs 1 DelVO POG noch einmal explizit hervorgehoben. Gem Art 5 Abs 2 DelVO POG können Hersteller – insb, aber nicht nur in Bezug auf Versicherungsanlageprodukte – „Gruppen von Kunden ermitteln, deren Bedürfnissen, Merkmalen und Zielen das Versicherungsprodukt generell nicht entspricht“.

Art 5 Abs 3 DelVO POG greift dies auf und enthält eine durchaus paternalistische Regel: „Von den Herstellern konzipiert und vermarktet werden lediglich Versicherungsprodukte, die den Bedürfnissen, Merkmalen und Zielen der zum Zielmarkt gehörenden Kunden entsprechen.“ Die Regel ist zugleich ein Beweis dafür, dass **Paternalismus per se nicht schlecht** ist. Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, dass der Hersteller ein Produkt nicht an jemanden vermarkten darf, von dem er zunächst festgestellt hat, dass sich das Produkt nicht für ihn eignet.

Wird dieser Aussage eingewendet, dass auch niemand verbiere, Luxusautos an Kleinverdiener zu vermarkten (dabei handelt es sich nicht um die geeignete Kundengruppe), so steckt in der Praxisferne des Beispiels bereits der Gegeneinwand. Die Gefahr des Rechtsprodukts ist es ja gerade, dass der Kunde anders als bei körperlichen Produkten nicht erkennt, dass sich das Pro-

<sup>32</sup> Was im Lichte des Umstandes, dass es sich um einen delegierten Rechtsakt handelt (der noch dazu eine VO ist, der Trägerrechtsakt ist hingegen eine RL), für sich genommen auch nicht unproblematisch ist.

<sup>33</sup> Siehe § 340 Abs 6 VAG und Art 1 DelVO 2018/541/EU.

<sup>34</sup> Vgl nur *Korinek in Korinek et al*, VAG § 107 Rz 12.

<sup>35</sup> *Pscheidl*, VR 2018 H 1-2, 58, weist zutreffend darauf hin, dass der Begriff des Zielmarktes für das Wertpapierrecht konzipiert wurde und diesem entlehnt ist.

<sup>36</sup> Zu möglichen Konsequenzen siehe noch unten 6.

<sup>37</sup> Dieses Wissen hätte dem Kl in OGH 7 Ob 12/13k geholfen.



dukt für ihn nicht eignet. Daher sind strengere aufsichtsrechtliche Vorschriften, die von vornherein einen solchen **Fehlvertrieb vermeiden** (helfen), gerechtfertigt.

### 5.2.2. Festlegung des Vertriebsprogramms

Der Erfolg eines Versicherungsprodukts hängt ganz entscheidend vom Vertrieb ab: Das beste Versicherungsprodukt nützt auch mit der besten Zielmarktdefinition nichts, wenn der Vertrieb nicht passt.

Davon ausgehend, ist es nach § 129 Abs 3 VAG Teil des Produktgenehmigungsverfahrens, zumutbare Schritte zu unternehmen, um zu gewährleisten, dass die Versicherungsprodukte an den festgelegten Zielmarkt vermarktet oder vertrieben werden. Dazu gehört zunächst vor allem die **Auswahl des Vertriebskanals**, die „unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des betreffenden Versicherungsprodukts“ zu erfolgen hat (Art 8 Abs 1 DelVO POG). Man wird also – je nachdem, welche Produktstrategie verfolgt wird – etwa überlegen müssen, ob man gebundenen und/oder ungebundenen Vertrieb einsetzt. Wieder ist zu bedenken, dass die Strategie selbst nicht vorgegeben ist. Das VU darf etwa weiterhin entscheiden, ob und wie es auf den Internetvertrieb setzt oder auf physische Anwesenheit eines Vermittlers,<sup>38</sup> wie stark es den europäischen Markt im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nutzt etc. Inhaltlich rechtfertigen muss es diese Entscheidung vor der Aufsichtsbehörde nicht.

Der ausgewählte Vertriebskanal darf – schon von Beginn an – auch nicht mit dem Produkt „alleingelassen“ werden. Vielmehr sind den Vertreibern Informationen über das Produkt, das Freigabeverfahren und den Zielmarkt zur Verfügung zu stellen (§ 129 Abs 4 VAG und Art 8 Abs 2 und 3 DelVO POG). Das VAG spricht zwar – anders als Art 25 Abs 1 IDD – davon, dass die Informationen nur „auf Verlangen“ zu erteilen sind. Die unmittelbar anwendbare DelVO POG (auf die § 129 Abs 1 VAG außerdem verweist) kennt diese Einschränkung hingegen nicht. Da sich dort aber (präzisierte) Informationspflichten der Hersteller gegenüber den Vertreibern finden, ist davon auszugehen, dass es sich bei den zur Verfügung zu stellenden Informationen um eine **Bringschuld des Herstellers**<sup>39</sup> handelt.

### 5.2.3. Vertriebsphase

Die Herstellerverpflichtungen aus der Product Governance enden nicht „am Werktor“. Vielmehr ordnet § 129 Abs 5 VAG eine **versicherungsaufsichtsrechtliche Produktbeobachtungspflicht** des Herstellers an. Bei dieser Überprüfung – die in einer nach Art 7 Abs 2 DelVO POG festgelegten Regelmäßigkeit zu erfolgen hat – sind die Kriterien zu überprüfen, die auch bei der ursprünglichen Produktgenehmigung die entscheidende Rolle spielen (insb: Eignung des Produkts für den Zielmarkt, Art 7 Abs 1 DelVO POG; Überprüfung des Vertriebskanals, Art 8 Abs 4 DelVO POG).

Stellt der Hersteller fest, dass nachteilige Auswirkungen für die Kunden drohen oder dass der Vertrieb nicht im Einklang mit seinem Produktgenehmigungsverfahren steht, sind **angemessene Maßnahmen** zur Korrektur zu ergreifen (Art 7 Abs 3, Art 8 Abs 5 DelVO POG); Versicherungsvertreiber und Kunden sind über die Abhilfemaßnahmen zu unterrichten (Art 7 Abs 3 DelVO POG).<sup>40</sup> Auch hier handelt es sich um einen paternalistischen Eingriff, der allerdings sinnvoll ist.

Die genannten Pflichten betreffen zwar insofern nicht unmittelbar die bestehenden Produktpaletten der VU, als diese noch nicht durch das IDD-geprägte Produktgenehmigungsverfahren gegangen sind. Allerdings wird man davon ausgehen können, dass die VU auf Basis der neuen Rechtslage verpflichtet sind, ihre Produktpalette schrittweise nach Maßgabe der vorgestellten Regeln – insb mit Blick auf Zielmarkteignung und Vertriebsstrategie – zu überprüfen.

### 5.3. Pflichten des Vertreibers

Das Produktgenehmigungsverfahren nach der IDD verpflichtet nicht nur den Hersteller eines Versicherungsprodukts, sondern – in einer Form, die seiner Rolle angepasst ist – auch den „Versicherungsvertreiber“<sup>41</sup>, der selbst kein Produkt hergestellt hat. Das kann ein VU beim „white labeling“ oder bei Vermittlung fremder Versicherungsprodukte sein.<sup>42</sup> Hauptsächlich ist allerdings der **Versicherungsvermittler** (Versicherungsvertreter oder Versicherungsmakler) gemeint, der ein fremdes Produkt vertreibt, an dessen Herstellung er nicht mitgewirkt hat.

Die Vertreter (Vermittler) haben nach Art 10 Abs 1 DelVO POG im Interesse der Kunden Produktvertriebsvorkehrungen zu treffen, die sicherstellen sollen, dass sie zu sachgerechten **Informationen** über das vertriebene Produkt kommen (**Holschuld**)<sup>43</sup> und die Produkte verstehen. Auch beim Versicherungsvertrieb werden die Vorkehrungen durch entsprechende Überprüfungs- und Überwachungspflichten flankiert (Art 10 Abs 5 und 6 DelVO POG). Die Vorkehrungen sind für die Behörden zu dokumentieren (Art 12 DelVO POG) und den Mitarbeitern ist ein schriftliches Dokument über die zu treffenden Maßnahmen auszuhändigen (Art 10 Abs 1 DelVO POG).

Diese Vorgaben erscheinen sinnvoll, weil sie primär darauf abzielen, dass der Vertreter die Informationen bekommt, die er für eine ordnungsgemäße Beratung benötigt, zu der er ohnehin verpflichtet ist. Die **Institutionalisierung** des Prozesses wirkt dabei ebenfalls sachgerecht, weil sie geeignet ist, die Beratungsqualität durch rechtzeitige und vollständige Informationsbeschaffung zu erhöhen.

Abgesehen von der Institutionalisierung der Informationsbeschaffung findet sich auch eine inhaltliche **Vertriebsvorgabe** in

<sup>38</sup> Zur Online-Vermittlung im Rahmen von Vergleichsportalen („Automatisierte Versicherungsberatung“) jüngst *Perner*, FinTech: Rechtliche Herausforderungen, in *Felten/Kofler/Mayrhofer/Perner/Tumpel* (Hrsg), *Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht* (2018) Rz 1/13 ff.

<sup>39</sup> Vgl auch *Pscheidl*, VR 2018 H 1-2, 58.

<sup>40</sup> Erkennt umgekehrt der Versicherungsvertreiber den Missstand, trifft ihn eine Pflicht, den Hersteller zu unterrichten (Art 11 DelVO POG).

<sup>41</sup> Zum Begriff § 5 Z 65 VAG (Art 2 Abs 1 Z 8 IDD).

<sup>42</sup> So *Schaaf* in *Brand/Baroch Castellvi*, VAG § 23 RN 49.

<sup>43</sup> *Pscheidl*, VR 2018 H 1-2, 58.



Art 10 Abs 4 DelVO POG. Die von den Versicherungsvertreibern gewählte Vertriebsstrategie hat nämlich der vom Hersteller aufgestellten Vertriebsstrategie und dem von ihm ermittelten Zielmarkt zu entsprechen. Dies ist insofern sachgerecht, als damit ja nur ausgesagt wird, dass der Vertriebspartner die (mitgeteilte) Produktvorgabe des Herstellers einzuhalten hat.<sup>44</sup> Da die Ermittlung und Festlegung des Zielmarktes dem Kundenschutz dient, weil Fehlvertrieb hintangehalten werden soll, ist die aufsichtsrechtliche Bewehrung aber nicht zu beanstanden.

## 6. Externe Product Governance

### 6.1. Eingliederung in das Aufsichtsrecht

Das Produktgenehmigungsverfahren ist aufsichtsrechtlicher Natur. Seine Kontrolle obliegt – sowohl hinsichtlich des § 129 VAG als auch mit Blick auf die Vorgaben der DelVO POG (vgl § 268 Abs 2 VAG) – der FMA, die dabei primär auf den Schutz der Interessen der Versicherungsnehmer zu achten hat (§ 267 Abs 1 VAG). Das Produktgenehmigungsverfahren eines EWR-VU, das seine Produkte im Inland vermarkten und vertreiben möchte, unterliegt ebenfalls der Kontrolle der FMA (§ 1 Abs 1 Z 5 iVm § 22 Abs 5 VAG).

Wie erläutert, bringt das Produktgenehmigungsverfahren allerdings nicht nur für VU (als Hersteller oder Vertreiber) Pflichten, sondern auch für **Vermittler**. Die Einhaltung der die Vermittler treffenden Pflichten aus der DelVO POG obliegt nicht der FMA, sondern der zuständigen Gewerbebehörde (§ 335a Abs 2 Z 3 GewO-Entwurf).<sup>45</sup>

Das Finanzmarktpaket der EU (MiFID II, IDD; PRIIP<sup>46</sup>) brachte eine (weitere) Verschärfung der Anforderungen für **Versicherungsanlageprodukte** (etwa: index- und fondsgebundene Lebensversicherung) zur Annäherung an die rechtlichen Vorgaben bei sonstigen Anlageprodukten.<sup>47</sup> Dies zeigt sich auch bei den – gegenüber sonstigen Versicherungsprodukten verschärften – Sanktionen, die mit Verstößen im Produktgenehmigungsverfahren verbunden sind.

Welche Aufgaben und Sanktionsmöglichkeiten hat die Aufsichtsbehörde nun, wenn sie im Rahmen ihrer Prüfung feststellt, dass die gesetzlichen Vorgaben des Produktgenehmigungsverfahrens nicht vollständig eingehalten werden?

Zunächst hat die Behörde die Möglichkeit, erforderliche und geeignete **Anordnungen** zu treffen (275 Abs 1 VAG).<sup>48</sup> Geht es um Versicherungsanlageprodukte, kann dem verantwortlichen Ge-

schäftsleiter zur Unterbindung weiterer Pflichtverletzungen sogar vorübergehend untersagt werden, beim Unternehmen Leitungsaufgaben wahrzunehmen.

Bei Pflichtverletzungen kommen auch **Verwaltungsstrafen** in Betracht.<sup>49</sup> Wieder wird nach dem Produkt unterschieden: Während der Verantwortliche (§ 9 VStG)<sup>50</sup> bei Verstößen iZm dem Vertrieb von herkömmlichen Produkten mit Strafen bis zu 70.000 € zu rechnen hat (§ 322 Abs 1 Z 3 VAG), beträgt das Höchstmaß bei Versicherungsanlageprodukten 700.000 € (§ 322 Abs 2 Z 1 VAG<sup>51</sup>). Bei Versicherungsanlageprodukten kommt außerdem eine Bestrafung der juristischen Person in Betracht (§ 323 VAG).

Die FMA hat rechtskräftig verhängte Geldstrafen und rechtskräftig ergriffene Maßnahmen wegen des Verstoßes gegen das Produktgenehmigungsverfahren außerdem einschließlich der Identität der betroffenen Personen und der Informationen zu Art und Charakter des zugrunde liegenden Verstoßes umgehend auf ihrer offiziellen Website zu veröffentlichen (§ 256a Abs 1 VAG: **Naming and Shaming**), außer wenn dies unverhältnismäßig wäre (§ 256a Abs 2 VAG).

Im Bereich der **Wertpapieraufsicht**, deren Produktgenehmigungsvorschriften Vorbild für die Versicherungsaufsicht waren (siehe bereits oben 2.), sind als *ultima ratio* **Produktinterventionsmaßnahmen** (vorübergehendes Verbot von Vermarktung, Vertrieb oder Verkauf) als Maßnahme der externen Product Governance vorgesehen (Art 40 ff VO 600/2014/EU – MiFIR). Die Hürden sind allerdings sehr hoch angesiedelt. Die Fehler beim Produktgenehmigungsverfahren müssen so gravierend sein, dass mit der Intervention entweder erheblichen Bedenken hinsichtlich des Anlegerschutzes oder einer Gefahr für das ordnungsgemäße Funktionieren des Finanzmarktes begegnet wird. Ein bloßes Fehlen des Überlegungs- und Dokumentationsprozesses allein wird dafür selten ausreichen, vielmehr muss die Aufsichtsbehörde auch tatsächlich zur Überzeugung gelangen, dass ein im Sinne des Dargestellten „toxisches“ Produkt (zB Produkt wird als weit risikofreier vermarktet, als es tatsächlich ist) angeboten wird.

Anders als bei der Wertpapieraufsicht gibt es bei der Versicherungsaufsicht **keine allgemeine Produktintervention**. Eine solche ist – aus den bei Wertpapieren genannten Gründen – von vornherein nur bei **Versicherungsanlageprodukten** vorgesehen (Art 16 f VO 1286/2014/EU – PRIIP: EIOPA und FMA<sup>52</sup>). Auch hier kann der Verstoß gegen das Produktgenehmigungsverfahren allein nicht ausreichen, sondern das Produkt selbst muss nach Auf-

<sup>44</sup> Krit hingegen *Reiff/Köhne*, *VersR* 2017, 654.

<sup>45</sup> Siehe bereits oben 5.1.

<sup>46</sup> VO 1286/2014/EU. Vgl zu den dadurch geschaffenen Basisinformationsblättern *Ramharter*, PRIIP-VO: Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte, *VbR* 2018, 10; *Wilfing*, *Ausgewählte rechtliche Aspekte der PRIIP-Verordnung*, *ZFR* 2017, 525.

<sup>47</sup> Zum Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten unter dem IDD-Regime *Pscheidl*, *VR* 2018 H 1-2, 56.

<sup>48</sup> Zu den Anordnungen siehe *Korinek in Korinek et al*, *VAG* (2016) § 275 Rz 9 ff; *Ramharter*, *VR* 2018 H 5, 38 – dort auch zu durch die IDD-Umsetzung eingeführten Neuerungen.

<sup>49</sup> Vgl aber § 33a VStG idF BGBl I 2018/57: „Beraten vor Strafen“.

<sup>50</sup> Siehe *Lewis in Lewisch/Fister/Weilguni*, *VStG*<sup>2</sup> (2017) § 9 Rz 11 ff, 23 ff: Der zur Vertretung des VU nach außen (statutarisch) Berufene (insb Vorstand) oder der verantwortliche Beauftragte (vgl dazu auch Art 4 Abs 4 DelVO POG).

<sup>51</sup> Oder (wenn dieser Betrag höher ist) bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens einschließlich eines vermiedenen Verlustes.

<sup>52</sup> Siehe § 4 Abs 2 Z 3 PRIIP-Vollzugsgesetz. PRIIP musste die (nicht nur für den Verstoß mit Blick auf das Basisinformationsblatt vorgesehenen) Interventionsbefugnisse nur für Versicherungsanlageprodukte ergänzen, weil MiFIR mit Blick auf die anderen verpackten Anlageprodukte bereits eine solche Befugnis hergab.

fassung der Aufsichtsbehörde gefährlich sein – also etwa als weit weniger riskant vermarktet werden, als es tatsächlich ist.

## 6.2. Zivilrechtliche Haftung?

Abschließend ist darauf einzugehen, ob der Verstoß gegen die Verpflichtungen aus dem Produktgenehmigungsverfahren neben den aufsichtsrechtlichen Sanktionen auch eine zivilrechtliche Haftung begründet.<sup>53</sup>

Es fällt zunächst auf, dass die Frage der zivil- oder aufsichtsrechtlichen Bedeutung von Pflichten mittlerweile insofern in einem anderen Licht erscheint, als nunmehr auch die Bedeutung der aufsichtsrechtlichen Sanktion immer ernster genommen wird. Das mag vor allem an den strengen Strafsanktionen liegen, mit denen die Geschäftsleiter persönlich konfrontiert sind.

Die zivilrechtliche Relevanz einer konkreten aufsichtsrechtlichen Pflicht kann selbstverständlich nicht allein mit dem Hinweis bejaht werden, dass die Regel dem Kundenschutz diene, ist dieser nach § 267 Abs 1 VAG doch das Hauptziel der Beaufsichtigung. Sieht man dies anders, müsste man schlechthin jeder aufsichtsrechtlichen Bestimmung auch zivilrechtliche Bedeutung beimessen.<sup>54</sup>

Die Antwort auf die – auch im Wertpapierrecht umstrittene<sup>55</sup> – Frage nach der zivilrechtlichen Bedeutung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen soll die **Ausstrahlungstheorie** geben.<sup>56</sup> Sie gelangt zwar nicht zu einer unmittelbaren Geltung aufsichtsrechtlicher Normen im Zivilrecht, verlangt aber die Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Wertungen bei der Lösung zivilrechtlicher Probleme, was eine Differenzierung im Einzelfall ermöglicht.<sup>57</sup> So führe die Verletzung einer konkreten aufsichtsrechtlichen Verhaltensanordnung nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit des Verhaltens gegenüber einem Kunden, die Verhaltensanordnung könne im Einzelfall aber etwa als Schutzgesetz eingeordnet werden.<sup>58</sup> Eine solche Haftung infolge der Beurteilung des Produktgenehmigungsverfahrens als Schutzgesetz hat *Gruber* erwogen.<sup>59</sup>

Im Detail ist freilich zu differenzieren: Wie erläutert, geht es mit Blick auf den Hersteller<sup>60</sup> oft um eine Pflicht (idR des VU) zur Dokumentation. Ist nur diese Verpflichtung verletzt, aber Pro-

dukt und Zielmarkt selbst nicht zu beanstanden, scheidet eine Haftung<sup>61</sup> aus. Kommt es tatsächlich zum Fehlvertrieb von Produkten, sollte man indes nicht primär an die haftungsauslösende Wirkung des Produktgenehmigungsverfahrens denken, sondern an den Nutzen, den das Verfahren für das VU selbst hat. Hat sich der Hersteller nämlich im Rahmen des Verfahrens ausreichend mit dem Produkt, dem Zielmarkt sowie dem Vertrieb beschäftigt und dies auch dokumentiert, so wird seine Haftung für den Fehlvertrieb ausscheiden. In diesen Fällen haftet der Vertriebspartner (etwa der Makler, der dem Kunden *best advice* nach § 28 Z 3 MaklerG schuldet).<sup>62</sup>

Liegt die Fehlerursache hingegen (ganz oder teilweise) beim VU, weil dieses kein ausreichendes Produktgenehmigungsverfahren durchführt, könnte man tatsächlich an eine Haftung denken. Das Verfahren soll nämlich sehr wohl den Fehlvertrieb hintanhaltend. Hat das VU die Gefahr eines solchen geschaffen oder bestehen lassen (zB Ignorieren klarer Warnsignale bei der Produktüberprüfung), könnte eine (deliktische) **Haftung des Herstellers** angenommen werden.<sup>63</sup>

Es ist nicht zu übersehen, dass ein ordentlich durchgeführtes Produktgenehmigungsverfahren nicht nur den Kunden schützt, sondern auch dem Vermittler nützt, der für eine ordnungsgemäße Beratung über Informationen verfügen muss. Das führt zur Frage, ob die Verletzung der aufsichtsrechtlichen Herstellerpflichten zu einer **Haftung gegenüber dem Vermittler** führt. Die Vorschriften dienen zwar grundsätzlich nicht dem Schutz des Vermittlers, sondern des Kunden, sodass allein aus ihnen wohl keine Haftung gegenüber dem Vermittler abgeleitet werden kann. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass der Vermittler durch Fehler im Produktgenehmigungsverfahren in eine günstigere Beweisposition kommt, wenn es darum geht, eine Haftung des VU geltend zu machen, die sich etwa darauf stützt, dass keine (ausreichenden) Informationen an den Vermittler gegeben wurden.

<sup>61</sup> Anreiz für ihre Geltendmachung könnte in diesem Fall sein, dass sich das Produkt nicht wie erwünscht entwickelt.

<sup>62</sup> Beim Direktvertrieb durch das VU haftet dieses freilich selbst.

<sup>63</sup> Zutreffend *Lehner*, wbl 2015, insb 198 ff.

<sup>53</sup> Zu anderen Finanzprodukten ausführlich *Lehner*, wbl 2015, 193.

<sup>54</sup> Zutreffend ablehnend für den Bereich des WAG *Oppitz*, Kapitalmarktaufsicht (2017) 425 ff.

<sup>55</sup> *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria* (Hrsg), WAG<sup>2</sup> (2018) § 47 Rz 10 ff.

<sup>56</sup> *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 47 Rz 10 ff, 17 ff; *Knobl*, Die Wohlverhaltensregeln unter dem WAG 2018, ÖBA 2018, 460 (473).

<sup>57</sup> Anschaulich *Oppitz*, Kapitalmarktaufsicht, insb 429 ff; *Knobl*, ÖBA 2018, 473.

<sup>58</sup> *Oppitz*, Kapitalmarktaufsicht 425 ff.

<sup>59</sup> *Gruber*, ZFR 2016, 278 (Überlegungen zum Schutzwirkungsvertrag in FN 100 – dieser müsste an seiner Subsidiarität scheitern, wenn es eine Eigenhaftung des Vermittlers gibt) im Anschluss an die ausführliche Untersuchung von *Lehner*, wbl 2015, 193.

<sup>60</sup> Der Vertreter ist im Rahmen des Produktgenehmigungsverfahrens primär zur Einholung von Information verpflichtet. Verletzt er diese Verpflichtung und kommt es zu einem Fehlvertrieb, der durch Einholung von Informationen vermieden hätte werden können, wird eine Haftung schon aus der Verletzung seiner (vertraglichen) Beratungspflicht gegenüber dem Kunden folgen.



### Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. **Stefan Perner** ist Professor für Zivil- und Unternehmensrecht am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

### Ausgewählte Publikationen:

D&O-Versicherung – Struktur und Inhalt, ZFR 2018/185 (gemeinsam mit Hafner); Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag – Durchgriff auf den Kreditvertrag? ÖBA 2018, 15; Lehrbuch Bürgerliches Recht, 5. Auflage (2016, gemeinsam mit Spitzer und Kodek); Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler, ZFR 2015/57; Versicherungsmakler und das FAGG, RdW 2015/148.

✉ stefan.perner@wu.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Perner/Stefan

Foto: Jürgen Angel



## 7. Abschließende Würdigung

Die abschließende Würdigung des in diesem Beitrag vorgestellten versicherungsrechtlichen Produktgenehmigungsverfahrens (§ 129 VAG, DelVO POG) kann knapp ausfallen: Es handelt sich weder um die Wiedereinführung einer aufsichtsbehördlichen Produktgenehmigungspflicht (und damit ein Zurückfallen in die Zeit vor 1994)

noch um einen sinnlosen bürokratischen Mehraufwand. Das Verfahren schränkt Hersteller grundsätzlich nicht in ihrer Produktgestaltung ein (keine Strategievorgabe), sondern verpflichtet dazu, dokumentierte Überlegungen über die Produktstrategie (Zielmarkt, Vertriebsprogramm) anzustellen und sie laufend zu überprüfen. Damit handelt es sich um einen sachgerechten aufsichtsrechtlichen Grobfilter im Interesse des Kundenschutzes.

Ulrich E. Palma • Salzburg

# Crowdinvesting 2.0 – das neue Alternativfinanzierungsgesetz

» ZFR 2019/3

Am 1. 9. 2015 trat das Alternativfinanzierungsgesetz (AltFG) in Kraft, mit dem insb die Finanzierung von KMU mittels Crowdinvesting geregelt werden sollte. Mit BGBl I 2018/48 wurde das AltFG erstmals<sup>1</sup> umfassend novelliert. Anlass dieser Novelle war ausweislich der Mat<sup>2</sup> die notwendige Anpassung der österr Rechtslage an die neue Prospekt-VO.<sup>3</sup> Im Zuge dieser Novelle wurde auch die Abgrenzung zwischen AltFG und KMG neu gezogen und im AltFG fanden einige bedeutende Neuerungen statt.

Der Beitrag gibt einen Überblick über die neue Rechtslage. Zuerst werden die zentralen inhaltlichen Änderungen des AltFG umrissen. Im Anschluss daran werden die Neuabgrenzung zwischen AltFG und KMG sowie das nunmehr geltende Informationspflichtenregime dargestellt.

## I. Zentrale Neuerungen im AltFG

Das AltFG wurde im Zuge der letzten Novelle umfassend überarbeitet. Dabei wurden nicht nur zahlreiche Bestimmungen verschoben und redaktionell angepasst, sondern es ergaben sich auch einige größere und kleinere inhaltliche Veränderungen.

Hinzuweisen ist vorab darauf, dass gem § 8a AltFG für Angebote, die vor dem Ablauf des 31. 7. 2018 veröffentlicht wurden, noch bis zum 31. 12. 2018 das Gesetz idF BGBl I 2018/17 galt. Für alle anderen Angebote sind die novellierten Bestimmungen anzuwenden.

### A. Emittent

Eine wesentliche Neuerung ist die Neudefinition des Begriffs „Emittent“. Verstand man gem § 2 Z 1 AltFG aF bisher unter diesem Begriff zusammengefasst eine natürliche oder juristische Person, die ein KMU betreibt und die unmittelbar für ihre operative Tätigkeit durch die Ausgabe alternativer Finanzinstrumente Gelder einsammelt, wird der Emittent nunmehr in § 2 Z 1a AltFG als ein Rechtsträger gem § 1 Abs 1 Z 2 KMG definiert.

Das AltFG ist damit jetzt unabhängig davon anzuwenden, ob ein Unternehmen von einer bestimmten Größe betrieben wird, und es wird auch nicht mehr gefordert, dass die Gelder unmittelbar für die operative Tätigkeit des Emittenten eingesammelt werden. Auch die Beschränkungen in § 1 AltFG aF, wonach bestimmte Konzessionsinhaber von der Nutzung des AltFG ausgeschlossen wurden, finden sich in der neuen Fassung nicht mehr. Das AltFG kann somit nunmehr von jeder Person genutzt werden.

### B. Nutzbare Instrumente

Neben dem Emittentenbegriff erfuhren auch die im Rahmen des AltFG nutzbaren Instrumente eine Öffnung. Waren früher nur „alternative Finanzinstrumente“<sup>4</sup> nutzbar, ermöglicht die neue Fassung des Gesetzes die Nutzung von Wertpapieren und Veranlagungen. Wertpapiere werden dabei gem § 2 Z 3 AltFG als übertragbare Wertpapiere gem § 1 Abs 1 Z 4 KMG, Veranlagungen gem § 2 Z 2 AltFG als Vermögensrechte gem § 1 Abs 1 Z 3 KMG definiert.

Somit wird auch hier ein Gleichklang mit dem KMG hergestellt. Hervorhebenswert erscheint an dieser Stelle, dass damit

<sup>1</sup> Die Novellen BGBl I 2017/107 und BGBl I 2018/17 waren im Wesentlichen redaktioneller Natur.

<sup>2</sup> ErläutRV 187 BlgNR 26. GP 1.

<sup>3</sup> VO (EU) 2017/1129.

<sup>4</sup> Vgl die abschließende Aufzählung in § 2 Z 2 AltFG aF, welche Aktien, Anleihen, Geschäftsanteile an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Genussrechte, stille Beteiligungen und Nachrangdarlehen als alternative Finanzinstrumente definierte.