



Stellungnahme
des
Bundesverbandes Deutscher Versicherungskaufleute (BVK) e.V.
zur
Öffentlichen Anhörung
im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 21. Februar 2024
zum Antrag der Fraktion der CDU/CSU
„Kapitalmarkt für Kleinanleger attraktiver machen“
vom 27.11.2023 (BT-Drucksache 20/9496)

A. Vorbemerkung

Der Bundesverband Deutscher Versicherungskaufleute e.V. (BVK) ist Berufsvertretung und Interessenverband der selbständigen Versicherungs- und Bausparkaufleute in Deutschland. Er ist das berufspolitische Sprachrohr von über 40.000 Versicherungs- und Bausparkaufleuten gegenüber der Öffentlichkeit, den Versicherungsunternehmen und der Politik sowohl in Deutschland als auch in der Europäischen Union. Der Verband fördert die Interessen seiner Mitglieder, wobei er gleichermaßen Einfirmenvertreter, Mehrfachagenten und Makler vertritt, und nimmt ihre beruflichen, wirtschaftlichen, rechtlichen und sozialen Belange wahr.

Zusammen mit den anderen nationalen Mitgliedsorganisationen hat der BVK mit dem Dachverband BIPAR folgende Positionen zur Kleinanlegerstrategie erarbeitet:

B. Ausgangslage

Am 24. Mai 2023 veröffentlichte die Europäische Kommission zwei Entwürfe zur Kleinanlegerstrategie (RIS):

1. Vorschlag für eine Omnibus-Richtlinie zur Änderung der IDD, MiFID II, Solvency II, AIFMD und OGAW,

2. Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der PRIIPs-Verordnung.

Es wäre bedauerlich, wenn die RIS das selbstgesetzte Ziel, nämlich die Förderung der Investitionen der europäischen Bürger, verhindern würde.

C. Anmerkungen zum IDD-Teil der RIS

Wir sehen uns nach monatelangen Diskussionen mit allen beteiligten Parteien und auf der Grundlage von Studien bestätigt, dass ein europaweites Provisionsverbot nicht der beste Weg ist und das Ziel der RIS nicht fördert.

So kann festgestellt werden, dass

- keine der unabhängigen Studien einen direkten kausalen Zusammenhang zwischen Provisionsverbot und Verbraucherschutz belegt,
- reale Markterfahrungen zeigen, dass die Verbraucher eine transparente Wahl zwischen Provisionen und Honorar wünschen,
- sich die Frage stellt, wie es mit den Grundsätzen der Marktwirtschaft vereinbar sein kann, die transparente und regulierte Wahl zwischen Systemen und Dienstleistungen durch die Verbraucher einzuschränken und ob dies im Interesse des Verbrauchers ist,
- seit MiFID II und IDD die Regeln extrem restriktiv sind und von hochqualifizierten Aufsichtsbehörden streng überwacht werden.

Wir begrüßen die Absicht der Europäischen Kommission, sicherzustellen, dass alle Kosten, die sich auf die mögliche Rendite einer Anlage auswirken, auf verständliche Weise transparent gemacht werden.

- Dieses Prinzip wird von BIPAR schon seit vielen Jahren gefordert und von daher wird der RIS-Vorschlag in dieser Hinsicht begrüßt. Zwar kann der Vorschlag verbessert werden, aber die Absicht wird unterstützt.
- Bei IBIPs sind in der Regel weniger als 30 % der IBIP-bezogenen Kosten Vertriebskosten und nur ein kleiner Teil dieser 30 % sind reine Vermittlungskosten. Im Falle von Provisionen befindet sich dieser Anteil sogar auf einer „no-cure-no-cost-basis“. Wir begrüßen, dass die RIS endlich auch für die 70 bis 90 % der übrigen Kosten (außer für die Vermittlungs-/Vertriebs- und Beratungskosten) Transparenz fordert.

- Die Kosten für vergleichbare Produkte sollten auch vergleichbar sein, dies trifft jedoch nicht auf alle Produkte zu, die in den Anwendungsbereich der RIS fallen. Dieser Faktor muss sorgfältig untersucht werden, bevor eine „Einheitsgröße“ eingeführt wird.
- Die Offenlegung der Kosten für die Produkte durch die Hersteller ist von entscheidender Bedeutung. Dies muss im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens weiter eingehend geprüft werden, um gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle zu gewährleisten, z.B. von Direktvertrieb und zwischengeschalteten Produkten. Mögliche ungleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen nicht regulierten „Investitionen“ und solchen, die in den RIS reguliert sind, müssen ebenfalls beachtet werden.
- Die Offenlegung der Kosten ist nicht der einzige Aspekt, der wichtig ist. Die Qualität und die Merkmale des Produkts sind ebenso entscheidend. IBIPs können nicht mit reinen Anlageprodukten verglichen werden.

Es stellt sich die Frage, ob die sehr komplexen „Lösungen“, die in der RIS vorgeschlagen werden, und die allen Marktteilnehmern, Aufsichtsbehörden und Verbrauchern zusätzliche, sich oft widerspiegelnde Anforderungen auferlegen, notwendig und effizient sind.

- Laut einer Folgenabschätzung haben ESMA und EIOPA Probleme in einigen Märkten festgestellt. Es sollte überlegt werden, ob diese Probleme durch gezielte individuelle Aufsichtsmaßnahmen auf der Grundlage der bestehenden MiFID II und IDD oder anderer Vorschriften gelöst werden könnten. Sind alle neuen Anforderungen, die in der RIS vorgeschlagen werden, in jedem Fall kumulativ notwendig oder tatsächlich effizient? Darüber hinaus überlässt der Vorschlag viele „wichtige Entscheidungen und Inhalte“, die einer gründlichen Folgenabschätzung bedürfen, den Auslegungsregeln gemäß Level II.
- Wir sind davon überzeugt, dass es zu früh ist, um neue Vorschriften einzuführen und die positiven Auswirkungen der bereits bestehenden IDD- und MiFID II-Vorschriften und der damit verbundenen Aufsicht abschließend zu beurteilen.
- Der Vorschlag führt bei den Verbrauchern, den Vermittlern und den Anbietern zu unnötigen Belastungen.
- Viele Anforderungen „spiegeln“ sich gegenseitig, was zu doppelten oder dreifachen Kosten und Verfahren führt, nur um das gleiche „Ergebnis“ zu gewährleisten. Wäre es „kosteneffizienter“ (aus allen Blickwinkeln einschließlich der Aufsichtskosten), die Anforderungen des neuen vorgeschlagenen "Best Interest"-Tests auf die Ebene der Produktherstellung zu stellen anstatt auf die Vertriebsebene?

- Das Benchmark-Konzept bedarf einer genaueren Prüfung. Was die vorgeschlagene Benchmark für die Vermittlungskosten betrifft, sind wir der Meinung, dass sie den Grundsätzen der Marktwirtschaft widerspricht und dass der Vorschlag zu Kosten führen würde, die nicht verhältnismäßig sind. Die Kosten für die Berichterstattung und die „Überprüfung“ wären höher als die eigentliche Vergütung. Es wäre ineffizient, von jedem Vermittler zu verlangen, die Kosteneffizienz eines Produkts zu bewerten.

Wir bedauern, vor dem Hintergrund einer besseren Rechtsetzung in der EU, die Vielzahl der in der RIS vorgeschlagenen Änderungen im allgemeinen Teil der IDD (Artikel 1 bis 26). Diese vorgeschlagenen Änderungen haben Auswirkungen auf den Nicht-Lebensversicherungssektor und auf den Nicht-Lebensversicherungsvertrieb, ohne dass eine Folgeabschätzung durchgeführt wurde.

- Welchen Wert hat die Meldepflicht für grenzüberschreitende Vermittlungstätigkeiten (im allgemeinen Teil)? Welches Problem soll gelöst werden? Da es keine Folgenabschätzung gegeben hat, hat es nie eine Konsultation dazu gegeben.
- Es gibt keine klare Definition des Begriffs FOS (Dienstleistungsfreiheit) im Bereich der Versicherungsvermittlung, so dass es sehr schwierig sein wird, diese neue Vorschrift in harmonisierter Weise anzuwenden.

Wir sind der Ansicht, dass dieser Vorschlag - wie die meisten anderen Vorschläge - im allgemeinen Kapitel der IDD und nicht im Rahmen der RIS aufgeführt werden sollte. Alle Änderungen des allgemeinen Kapitels sollten einer Folgenabschätzung unterzogen oder bis zur allgemeinen Überarbeitung der IDD verschoben werden.

Die vielen delegierten Rechtsakte der Stufe II, die durch die RIS eingeführt werden, machen es unmöglich, die Auswirkungen des RIS-Vorschlags zu bewerten. Viele Auslegungen, die den Mitgliedstaaten überlassen werden sollten (Subsidiaritätsprinzip), werden auf Level II-Entscheidungen verlagert.

Der Artikel zum „besten Interesse“

Dieser Artikel überlässt die Auslegung der „angemessenen Auswahl“ der Entscheidung auf Level II, obwohl es für die Vermittler von entscheidender Bedeutung ist zu wissen, was der Begriff „eine angemessene Auswahl“ bedeutet, und ob diese eine wichtige Konsequenz auslöst.

Zur Veranschaulichung der möglichen Bedeutung in Bezug auf die (nicht bewerteten) Auswirkungen der vorgeschlagenen delegierten Rechtsakte kann auf Artikel 30 Absatz 6 Buchstabe c verwiesen werden: In der detaillierten Beschreibung des delegierten Rechtsakts wird ein neues Konzept eingeführt, das in keinem der Artikel des RIS erwähnt wird, und zwar scheint es dem Level II die Befugnis zu erteilen, eine „standardisierte Vereinbarung“ für die Erbringung von Dienstleistungen auszuarbeiten: „Inhalt und Format der Aufzeichnungen und Vereinbarungen über die Erbringung von Dienstleistungen für Kunden und der regelmäßigen Berichte an Kunden über die erbrachten Dienstleistungen“.

An dieser Stelle beziehen wir keine Position gegen oder für diesen spezifischen Punkt, aber er zeigt, dass die Anhäufung all dieser „Punkte“, die in den delegierten Rechtsakten „versteckt“ sind, erhebliche Auswirkungen auf die KMU-Akteure auf dem Versicherungs- und Investmentmarkt haben wird.

Wir sind besorgt über den unrealistischen Zeitplan für die Umsetzung und die Überprüfung der neuen Anforderungen.

Wir vertreten die Meinung, dass die Zeit, die die Branche benötigt, um die vielen Level-II-Maßnahmen und nationalen Bestimmungen nach ihrer Veröffentlichung zu erfüllen, nicht ausreichend berücksichtigt wird. Es werden erhebliche strukturelle Veränderungen für den Sektor ausgelöst, insbesondere für KMU-Vermittler. Gegenwärtig erscheinen die in den Vorschlägen genannten Umsetzungsfristen nicht realistisch. Wir stellen auch fest, dass der Omnibus-Vorschlag eine Überprüfungsklausel enthält, nach der die Kommission drei Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie die Auswirkungen von Drittzahlungen an Kleinanleger bewerten wird, insbesondere im Hinblick auf potenzielle Interessenkonflikte und die Verfügbarkeit unabhängiger Beratung.

Es stellt sich die Frage nach dem Wert, dem Interesse und der Durchführbarkeit einer solchen Überprüfungsklausel. In Anbetracht der Fristen für das Inkrafttreten und die Anwendung auf nationaler Ebene würde eine solche kurzfristige Überprüfungsklausel es der Kommission nicht ermöglichen, die Auswirkungen der entsprechenden Bestimmungen zu bewerten. Wir fragen uns auch, warum der Anwendungsbereich der Überprüfungsklausel so begrenzt ist. Eine Überprüfung muss für das System als Ganzes durchgeführt und bestimmte Aspekte können nicht einzeln bewertet werden.

Werden die derzeitigen IDD-Überprüfungsverfahren mit der Überprüfung/Überarbeitung der RIS-Vorschläge zusammenwirken? Wird es eine Überarbeitung der RIS geben, während die

IDD überprüft wird? Wird es in 2 Jahren wieder eine Änderung der Regeln für Vermittler geben? Steht dieses Verfahren im Einklang mit einer besseren Rechtsetzung? Ist dies ein faires Verfahren?

Wir sind besorgt über den Mangel an Klarheit bezüglich des Umfangs einiger Anforderungen.

Der Omnibus-Vorschlag erwähnt sowohl Kunden als auch Kleinanleger, ohne diese Begriffe genau zu definieren; der neue Artikel 22-1 schließt Großrisiken und professionelle Kunden von den Artikeln 18, 19 und 20 aus; Artikel 25 schließt ebenfalls Großrisiken aus, aber es wäre gut genau zu wissen, an welches Kundensegment sich die IBIP-Anforderungen, z.B. in Bezug auf die Kundeninformation, richten werden.

D. Hintergrund

Im Vorfeld der RIS stellten sich die Kernpunkte in Bezug auf die RIS für uns wie folgt dar:

- Der aktuelle Rechtsrahmen ist ausreichend,
- Versicherung ist keine Investition,
- Bedarf an einer regulatorischen Stabilität, Wahlmöglichkeiten in Bezug auf Vergütung/Anreize/Beratung,
- wir unterstützen die Verbesserung der Finanzkompetenz,
- Notwendigkeit von gleichen Wettbewerbsbedingungen (Open Finance/Digitale Innovation),
- Notwendigkeit einer breit angelegten Untersuchung des Verbraucherverhaltens und des Einflusses von Offenlegungen auf die Entscheidungsfindung der Verbraucher,
- in Bezug auf nachhaltige Investitionen sind die Vermittler bereit, Kleinanleger zu unterstützen, benötigen aber Informationen von den Herstellern.

Die RIS-Vorschläge wurden nun dem Europäischen Parlament und dem Rat zur Änderung und Annahme übermittelt. Sobald das Parlament und der Rat ihre jeweiligen Standpunkte angenommen haben, können die Trilog-Gespräche beginnen. Das gesamte Verfahren dauert in der Regel mindestens 12 Monate, bevor ein endgültiger Text angenommen wird.

E. Stellungnahme zu den am 24. Mai 2023 veröffentlichten RIS-Vorschlägen

BIPAR und seine Mitglieder unterstützen die Kapitalmarktunion (CMU), die sicherstellen soll, dass Kleinanleger die Kapitalmärkte in vollem Umfang nutzen können, und die die Kapitalmärkte in den Dienst der Menschen stellt. Versicherungsvermittler, die den Verbrauchern nahe stehen, sind der Schlüssel zur Verwirklichung dieser Ziele.

Nach einer ersten Analyse der vorgeschlagenen Omnibus-Richtlinie möchten wir die folgenden Punkte hervorheben:

- wir begrüßen, dass der Vorschlag kein vollständiges Verbot von Anreizen für den Vertrieb von IBIPs (versicherungsbasierten Anlageprodukten) vorsieht,
- der Vorschlag enthält jedoch komplexe Bestimmungen bezüglich der Produktkontrolle und der Beratung für IBIPs,
- der Vorschlag führt auch spezifische Ausbildungs- und Wissensanforderungen für Vermittler ein, die IBIPs vertreiben, und zielt darauf ab, die Qualität der Informationen für vorvertragliche und vertragliche Anforderungen zu verbessern,
- der Vorschlag wirft Fragen für Kleinanleger auf, insbesondere in Bezug auf ihren Zugang zu erschwinglichen Finanzprodukten mit einem angemessenen Beratungsniveau,
- die sehr große Anzahl von Maßnahmen der Stufe II (delegierte Rechtsakte und RTS) kann eine Quelle für mehr Komplexität des für den Vertrieb von IBIPs in Europa geltenden Rechtsrahmens sein.

Die RIS-Vorschläge werden in den kommenden Wochen und Monaten vom Europäischen Parlament und den Mitgliedstaaten im Rat erörtert und geändert. Gemeinsam mit seinen 47 nationalen Verbänden wird BIPAR weiterhin seine Position gegenüber nationalen und EU-Gesetzgebern und Politikern erläutern. BIPAR wird auch weiterhin den Mehrwert der Hunderttausend kleineren und mittleren Vermittlerbetriebe, die in der EU ansässig sind, für den Markt, die Wirtschaft, die Verbraucher und die Anbieter herausstellen.

F. Begutachtung des Gesetzgebungsverfahrens

Um die oben dargelegten Positionen in das laufende Verfahren einzubringen, hat der BVK im November 2023 bereits die Arbeitsgruppe Finanzdienstleistungen des Rates sowie im Oktober 2023 das Europäische Parlament über die nachfolgenden Änderungsanträge informiert.

**Retail Investment Strategy (RIS) – Proposed amendments -
Focus on INDUCEMENT**

November 2023

RIS proposed Omnibus Directive amending the IDD

Costs/ Remuneration/ inducements/Best interest of customers (Article 25, Article 29a, Article 29b, Article 30)

Article 29a Inducements

Firstly, the ban on “inducement” in Article 29a for non-advised sales where an appropriateness test is carried out, should be deleted. Even if no “advice” as defined in IDD is provided in such cases, an appropriateness test is carried out as well as a demands and needs test. Under the RIS proposals the appropriateness test has become even more substantive than in the current IDD. Work/the gathering of information is carried out by the distributor, which deserves remuneration. The way that work is remunerated (commission or fee) should continue and exist on the basis of subsidiarity and proportionality principles. Intermediation distribution systems are structurally different in the different Member States.

Proposed amendment to Article 29 a:

Article 29a - Inducements

1. Member States shall ensure that insurance intermediaries or insurance undertakings that manufacture insurance-based investment products or distribute such products in accordance with Article 30(2) and (3) do not pay or receive any fee or commission, or provide or are provided with any non-monetary benefit with regard to the provision or distribution of an insurance based investment product, to or by any party except the customer or a person on behalf of the customer

As an alternative

Proposed amendment to Article 29 a:

Article 29a - Inducements

1. Member States ~~shall ensure that~~ **can decide whether or not** insurance intermediaries or insurance undertakings that manufacture insurance-based investment products or distribute such products in accordance with Article 30(2) and (3) ~~do not~~ **can** pay or receive any fee or commission, or provide or are provided with any non-monetary benefit with regard to the provision or distribution of an insurance based investment product, to or by any party except the customer or a person on behalf of the customer. **Five years after the implementation of the RIS, Member States shall inform EIOPA about the reasons for their choice and its effects in their Member State.**

As another alternative, we propose to replace paragraph 1 with paragraph 4. This would leave member states the option to introduce or not a ban on inducements **paid by manufacturers to insurance distributors in relation to non-advised sales with the appropriateness test** (collection of information on customer’s knowledge and experience, ability to bear losses, risk tolerance, assessment if IBIPs is appropriate, demands and needs test, provision of required information etc...) and to **non-advised-sales without appropriateness test (so called execution-only sales**, only where MS allow execution only at national level, and only for non-complex products, and still requires an IDD demands and need test).

We believe that for both activities, work/the gathering of information is carried out by the distributor, which deserves remuneration and member states should NOT introduce bans.

Proposed amendment to Article 29 a:

'Article 29a - Inducements

~~1. Member States shall ensure that insurance intermediaries or insurance undertakings that manufacture insurance-based investment products or distribute such products in accordance with Article 30(2) and (3) do not pay or receive any fee or commission, or provide or are provided with any non-monetary benefit with regard to the provision or distribution of an insurance-based investment product, to or by any party except the customer or a person on behalf of the customer~~

~~The prohibition contained in the first sub-paragraph shall not apply to minor non-monetary benefits of a total value below EUR 100 per annum or of a scale and nature such that those benefits do not impair compliance with the insurance intermediary's or insurance undertaking's duty to act in the best interests of their customer provided those benefits have been clearly disclosed to the customer. Any payment or benefit which enables or is necessary for the provision of services, including regulatory levies or legal fees, and which by its nature cannot give rise to conflicts with the insurance intermediary's or insurance undertaking's duty to act honestly, fairly and professionally in accordance with the best interests of their customers, shall not be subject to the requirements set out in the first subparagraph~~

~~1. Member States may impose stricter requirements on insurance intermediaries and insurance undertakings in respect of the matters covered by this Article. In particular, Member States may additionally prohibit or further restrict the offer or acceptance of fees, commissions or non-monetary benefits from third parties in relation to the provision **of insurance advice or distribution of insurance-based investment products**. Stricter requirements may include requiring any such fees, commissions or non-monetary benefits to be returned to the customers or offset against fees paid by the customer. The stricter requirements of a Member State referred to in this paragraph shall be complied with by all insurance intermediaries or insurance undertakings, including those operating under the freedom to provide services or the freedom of establishment, when concluding insurance contracts with customers having their habitual residence or establishment in that Member State.~~

Secondly, the level II measures provided for in article 29a 5 **should be deleted**. Given the importance of these provisions, they cannot be covered by level II; they could therefore be deleted on the grounds that level I text is already sufficiently precise or left to the discretion of the Member States.

Proposed amendment to Article 29 a 5:

~~The Commission shall be empowered to supplement this Directive by adopting delegated acts in accordance with Article 38 to further specify:~~

~~(a) how insurance intermediaries and insurance undertakings are to comply with the principles set out in this Article;~~

~~(b) the criteria for assessing compliance of insurance intermediaries and insurance undertakings paying or receiving inducements with the obligation to act honestly, fairly and professionally in accordance with the best interests of the customer.~~

Thirdly, **Article 29a 6** provides for a **review clause** enabling the Commission, only 3 years after the entry into force of the Directive, to assess the effects of inducements paid by third parties and, if necessary, to propose legislative amendments to the European Parliament and the Council. Given the time required to transpose the proposed Omnibus Directive and to draw up and implement level II and III measures, this 3-year period seems to us to be completely unrealistic, a source of legal uncertainty and in any case insufficient to assess the effects of the new system for combating conflicts of interests. Regulatory instability is not in the interest of consumer protection.

We propose to replace the words “**entry into force**” by the word “**transposition**” (this is in line with the Explanatory Memorandum of the Omnibus Directive that states that “the review

should be undertaken three years after the transposition of the Directive”) **and to replace 3 by 6 years.**

Alternatives to this proposed amendment would be to link the review clause to the revision of the IDD (to avoid having a revision of the IDD every other year) or to delete Article 29a6 and to introduce the review clause in an amended IDD Article 41.

The last sentence of the paragraph 6 is not necessary. The article can define the content of the review, not presume of its outcome.

Proposed amendment to Article 29 a 6:

Three Six years after **the date of entry into force the transposition** of Directive (EU) [OP Please introduce the number of the amending Directive] and after having consulted ESMA and EIOPA, the Commission shall assess the effects of the **RIS third-party payments on retail investors, in particular in view of potential conflicts of interest and as regards the availability of independent advice**, and shall evaluate the impact of **all the relevant** provisions of Directive (EU) [OP Please introduce the number of the amending Directive] on retail investors and the economy. **If necessary to prevent consumer detriment, the Commission shall propose legislative amendments to the European Parliament and the Council.**

Article 29b “Best interests of customers” test

- Cost efficiency of an investment product is an issue to be dealt with at the level of the product (manufacturing) not at the level of the distribution/ intermediation or advice.
- Too much focus is on costs while the quality aspects of a product or the suitability seem to be ignored as a very important element of consumer protection.
- We believe that **Article 29b on the “best interests of customers” test** places too much emphasis on the costs and profitability.
- The protection of retail investors is not only linked to the pure profitability of a product, but to the fact that it offers them a product that is adapted, balanced and, above all, that takes into account their requirements and needs, including their preferences in terms of sustainability, which do not always go in the direction of short-term profitability. IBIPs and investment products cannot be compared.

- The term 'cost-efficient' used in the Article 29b is not a defined term. What constitutes 'cost-efficient' to one person, may not to another. The definition has so many consequences that this cannot be referred to level II.

We believe that for the “evaluation” whether a product is offered “in the best interest” it would be best to keep the current wording as in IDD and MiFID II respectively, that is to say the current system of “no detrimental impact” (IDD) and “quality enhancement” (MiFID II) which is clearer than the new proposal.

- These concepts are very recent and changing again the existing concepts makes it unnecessarily complex and undermines credibility of rules (and legal certainty for consumers).
- When all existing rules (in the current IDD and MiFID II) are complied with and supervised and enforced, then, the products or solutions offered to the consumer are in the best possible interest of the consumer. The problem is that the market and the supervisors hardly had the time to make the IDD and MiFID II rules work (in particular at POG level) before new rules are introduced. (we also refer here to the EIOPA report where it says that it is too early to evaluate the effects of the IDD -IBIPs).

- It should also be considered that it is “implicit” to advice that there is a “recommendation”. Recommending various solutions on a pre-defined limited basis of “cost” and or “features” is confusing for the consumer and (to be studied) potentially lowers the value of the advice.
- Introducing cost efficiency elements at the level of distribution, intermediation or advice to determine whether or not “the product is in the “best interest” and therefore allows to be remunerated on a basis of commission does not seem to be in line with the philosophy of the suitability or demands and needs concept.
- The reality is that “cheap” products or products “without extra features” are not always in the best interest of a consumer.
- Cost and features and cost efficiency (but also value for money) are elements to be taken into consideration in the POG process at manufacturers level. In any event, intermediaries start from the assumption that these elements are considered in the POG process and are supervised.
- In its advice or recommendation, the intermediary matches, in dialogue with the client, based upon a by regulation (demands and needs test, appropriateness test or suitability test) defined process a “product”/solution” with the situation of the client. The current POG ensures that the products on the market meet the cost efficiency and value for money requirement and the process ensures that the product features are adapted to the client’s needs and or demands.
- The Commission proposal starts from the assumption that there will be a benchmark. In a benchmark scenario, it is the benchmark that will give an indication of the cost efficiency, without the benchmark it is the manufacturer who needs to evaluate in the framework of POG the “cost efficiency” on the basis of its POG process.
- It is impossible for an intermediary to evaluate the “cost-efficiency” of a product. Only the manufacturer knows the costs (cost efficiency) that is embedded in a product.
- Cost efficiency is not defined in the proposal, “product features” are not defined in the proposal. These definitions will have a major impact on the consequences of the proposal and should be defined at level I. Once (provisionally) defined, a new impact assessment of the proposal should be done because it will have a major impact on business models, potential advice and solicitation gaps and level playing field.

The following amendment would result in the fact that current IDD and MIFID II rules remain applicable.

Proposed amendment to Article 29b 1. “Best interest of customers”

1. Member States shall ensure that in order to act in the best interest of the customer in accordance with Article 17(1), when providing advice to customers on insurance-based investment products, insurance undertakings and insurance intermediaries are under the obligation:

- (a) to provide such advice on the basis of an assessment of an appropriate range of insurance-based investment products and, where applicable, underlying investment assets;*
- (b) to recommend the most cost-efficient insurance-based investment product and, where applicable, underlying investment assets among the insurance-based investment products identified as suitable for the customer pursuant to Article 30(1) and offering similar features;*
- (c) to recommend, among the range of insurance-based investment products identified as suitable for the customer pursuant to Article 30(1), one or several insurance-based investment products and, where applicable, underlying investment assets, a product or products, without additional features that are not necessary to the achievement of the customer’s objectives and that give rise to extra costs;*

~~(d) to recommend an insurance-based investment products which insurance cover is consistent with the customer's insurance demands and needs.~~

~~2. The Commission shall be empowered to supplement this Directive by adopting delegated acts in accordance with Article 38 to further specify how insurance intermediaries and insurance undertakings are to comply with the principles set out in this Article~~

~~Those delegated acts shall take into account the nature of the services offered or provided to the customer, the nature of the products being offered or considered, including different types of insurance-based investment products.~~

Alternatively,

"Appropriate range" art 29b1

- In Criterion a) it should be clarified that the "appropriate" range can be a limited range of product or range of products from a limited range of providers / manufacturers. Indeed, in order to ensure legal clarity and consistency, the word "appropriate" range would be better replaced by a word such as "announced" or "presented".

- For IDD we refer here to article 19.1 (and following) of the IDD and to recital 17 of the IDD. Article 29b1 a) creates confusion in this respect by using the word appropriate range. This should not lead to the de facto exclusion of certain distribution business models in the insurance sector. As reflected in art 19.1 of the IDD, there are "direct distributors, intermediaries with exclusivity contracts (in some markets defined as agents or exclusive agents – or other terms depending upon the language and historical business models), there are intermediaries who decide to offer advice on a limited range of products (in some markets defined as brokers) ,and who, on a case by case basis, inform their client that they offer advice on a broader range of products/ solutions. The IDD is an activity-based directive based upon upfront information (as defined in article 19).

- It is interesting to note that in the document entitled "Questions and answers on the Retail Investment Package", the question " *What does "appropriate range" of investment products mean?* it is explained that "*in order to act in the best interest of the client, advisors need to offer an appropriate range of products. The aim is to ensure that intermediaries look at a sufficiently broad range so as to meet the retail investor's needs and objectives. The appropriate range of products can also be met by tied agents, if the advice on an appropriate range of products is ensured through products from one manufacturer. In such a case, clients need to be informed in line with applicable requirements.*"

- **So either the word appropriate is replaced by "its range" or the word "appropriate" is deleted and replaced by "the appropriate-presented (or announced) range of insurance-based investment products and, where applicable, underlying investment assets".** Or and possibly most in line with the underlying philosophy of article 19.1 of the IDD:

the wording of article 29b 1 a could be:

- **to provide such advice on the basis of an assessment of an ~~appropriate~~, on a case by case basis by the intermediary's or insurer's defined and to the consumer disclosed range of insurance-based investment products and, where applicable, underlying investment assets;**

- Also in MiFID II the philosophy is that the MiFID II products “intermediary or advisor” informs his or her client about the range of products and manufactures he / she bases his / her advice on. For the specific case where the intermediary/ advisor informs the client that he or she will give advice on an independent basis” we refer to our specific comments below.

And :

- **Criteria b) and c) of the "best interests of customers" test are deleted** in order to prevent retail investors from being offered products which, while affordable, provide less cover or are not "sustainable" within the meaning of European or national regulations.

-with regard to point d) on the demands and needs test, please note that this requirement is in any event applicable according to the IDD – contrary to the MiFID II – which illustrates again that the RIS should make a better distinction between the two due to the different regulatory architectures of IDD and MIFID II.

Possible amendment to Article 29b 1. “Best interest of ~~customers~~ consumers”

1. Member States shall ensure that in order to act in the best interest of the ~~customer~~ consumer in accordance with Article 17(1), when providing advice to ~~customers~~ consumers on insurance-based investment products, insurance undertakings and insurance intermediaries are under the obligation:

(a) to provide such advice on the basis of an assessment of **an appropriate the by the insurance undertaking or intermediary presented / (or announced)** range of insurance-based investment products and, where applicable, underlying investment assets;

~~(b) to recommend the most cost-efficient insurance-based investment product and, where applicable, underlying investment assets among the insurance-based investment products identified as suitable for the customer pursuant to Article 30(1) and offering similar features;~~

~~(c) to recommend, among the range of insurance-based investment products identified as suitable for the customer pursuant to Article 30(1), one or several insurancebased investment products and, where applicable, underlying investment assets, a product or products, without additional features that are not necessary to the achievement of the customer’s objectives and that give rise to extra costs;~~

(d) to recommend an insurance-based investment products which insurance cover is consistent with the customer’s insurance demands and needs.

~~2. The Commission shall be empowered to supplement this Directive by adopting delegated acts in accordance with Article 38 to further specify how insurance intermediaries and insurance undertakings are to comply with the principles set out in this Article.~~

~~Those delegated acts shall take into account the nature of the services offered or provided to the customer, the nature of the products being offered or considered, including different types of insurance-based investment products.~~

Another alternative could be as follows:

Proposed amendment to Article 29b 1. “Best interest of customers”

1. Member States shall ensure that in order to act in the best interest of the customer in accordance with Article 17(1), when providing advice to customers on insurance-based investment products, insurance undertakings and insurance intermediaries are under the obligation:

(a) to provide such advice or recommendation on the basis of an assessment of **an appropriate the by the intermediary’s or insurer’, on a case by case, defined and disclosed range of products** of insurance-based investment products and, where applicable, underlying investment assets; and

(b) to identify, where possible, a to recommend the most cost-efficient insurance based investment product in the range as disclosed in a) above that has less costs or other product features and, where applicable, underlying investment assets among the insurance-

~~based investment products identified as potentially suitable for the customer pursuant to Article 30(1) and offering similar features; OR~~

~~(c) to recommend, identify among the in a disclosed range of insurance-based investment products identified as suitable for the customer pursuant to Article 30(1), one or several insurance based investment products and, where applicable, underlying investment assets, a product or products, without additional features that are not necessary to the achievement of the customer's objectives and that give rise to extra costs;~~

~~(d) to recommend an insurance-based investment product which insurance cover is consistent with the customer's insurance demands and needs.~~

~~2. The Commission shall be empowered to supplement this Directive by adopting delegated acts in accordance with Article 38 to further specify how insurance intermediaries and insurance undertakings are to comply with the principles set out in this Article.~~

~~Those delegated acts shall take into account the nature of the services offered or provided to the customer, the nature of the products being offered or considered, including different types of insurance-based investment products.~~

Article 30 Assessment of suitability and appropriateness and reporting to customers.

Independent advice

Art. 30-5-b) b) **prohibits inducements (fee, commissions etc..)** if the distributor informs the customer that the advice is given on an "**independent**" basis.

We are against the ban on inducements in new article 30 5b, point b.

This should remain a Member State option instead of an EU wide ban for which there is no objective scientific justification.

The text of the RIS should be checked in terms of consistency in order to avoid legal uncertainty (in some countries the definition of "insurance broker" includes the word "**independent**" or its translation).

It is necessary that the RIS, in line with the MiFID II philosophy and the IDD IBIPs philosophy, consistently in all articles related to this concept uses the wording: "If an intermediary or insurer informs, on a case by case basis, the consumer that advice is given on an independent basis".

Where in the current MiFID II the fact that you inform the consumer (on a case by case basis) that you give independent advice triggers amongst others a ban on commissions, in the current IDD this is left to member states. We are in favour of keeping this option.

Furthermore :

As explained in the Explanatory Memorandum of the RIS proposal (page 16) "*However, such a ban should not prevent insurance intermediaries from offering advice for which they may receive inducements, provided that the advice is not presented as 'independent' and retail customers are informed of the inducements in line with applicable transparency requirements. In view of the diversity of the insurance distribution structures in the Member States, it should also not prevent insurance intermediaries that are not employed by or contractually tied to an insurance undertaking but receive inducements from presenting themselves as not contractually tied to a specific insurance undertaking*".

We therefore understand that the prohibition should not be linked to a particular status or category of insurance intermediaries but to the fact that the distributor may or may not inform the customer on a case by case basis that it is providing independent advice.

The drafting of Article 30.5 b) should therefore be clarified, as it leaves room to (mis)interpretation.

Possible amendment to Article 30 -5b – point b)

5b. 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, **without this being linked to the distributor's status**, the insurance intermediary or insurance undertaking:

(a) assesses a sufficiently large number of insurance products available on the market which are sufficiently diversified with regard to their type and product providers to ensure that the customer's objectives can be suitably met and shall not be limited to insurance products issued or provided by entities having close links with the insurance intermediary or insurance undertaking;

~~(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.~~

Member States may impose stricter requirements on insurance intermediaries and insurance undertakings in respect of the matters covered by this Article. In particular, Member States may additionally prohibit or further restrict the offer or acceptance of fees, commissions or non-monetary benefits from third parties in relation to the provision of insurance advice.

Stricter requirements may include requiring any such fees, commissions or non-monetary benefits to be returned to the customers or offset against fees paid by the customer. The stricter requirements of a Member State referred to in this paragraph shall be complied with by all insurance intermediaries or insurance undertakings, including those operating under the freedom to provide services or the freedom of establishment, when concluding insurance contracts with customers having their habitual residence or establishment in that Member State.

Article 30.6 foresees delegated acts. The definition of the scope and limits of Delegated acts need to be precise. Giving the powers to define how to comply with the principles to a level 2 is too broad and is unnecessary wording in the context of the objectives. Alternatively the delegated act should be deleted and details left to the member states.

Proposed amendment to Article 30 6:

'6. The Commission shall be empowered to supplement this Directive by adopting delegated acts in accordance with Article 38 to further specify **how insurance intermediaries and insurance undertakings are to comply with the principles set out in this Article when carrying out insurance distribution activities in relation to insurance-based investment products, including with regard to:**

(a) the information to be obtained when assessing the suitability and appropriateness of insurance-based investment products ~~for their customers~~.

(b) the criteria to assess non-complex insurance-based investment products for the purposes of paragraph 3, point (a)(ii), of this Article;

~~(c) the content and format of records and agreements for the provision of services to customers and of periodic reports to customers on the services provided.~~

G. Antrag der Fraktion CDU/CSU vom 27.11.2023 (BT-Drucksache 20/9496)

Vor diesem Hintergrund begrüßen wir den Antrag der Fraktion CDU/CSU vom 27.11.2023 (BT-Drucksache 20/9496) und möchten hierzu wie folgt Stellung beziehen:

1. Wir begrüßen das Ziel der Kleinanlegerstrategie (RIS) dahingehend, die Mobilisierung von Investitionen für Unternehmen und Infrastrukturprojekte anzukurbeln und den Bürgerinnen und Bürgern die Möglichkeit zu geben, Kapitaleinkommen und Versicherungsleistungen zu nutzen, um ein von staatlichen Leistungen abgesichertes, unabhängiges und selbstbestimmtes Leben zu führen. Wir sehen jedoch, dass diese beabsichtigten Ziele durch den derzeitigen Entwurf der Kleinanlegerstrategie konterkariert werden. Einige der vorgesehenen Maßnahmen erhöhen nicht nur die Bürokratie, sondern auch mögliche Kosten, die die Beratungsmöglichkeit in der Vielfalt einschränken und sich in Summe negativ auf die eigentlich bestrebte Verbraucherfreundlichkeit auswirken. Insbesondere die geplanten Zuwendungsverbote können hier keinen Nutzen beitragen.
2. Wir setzen uns daher für eine rechtliche Klarstellung bezüglich Artikel 30 Abs. 5 IDD im Rahmen der Kleinanlegerstrategie ein, um unnötige Diskussionen in diesem Bereich zu vermeiden. Hierzu haben wir am 14.09.23 ein Gutachten von Professor Dr. Christoph Brömmelmeyer von der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in Auftrag gegeben. Er kommt zu dem Schluss, dass die Frage der Unabhängigkeit nicht auf den Status des Maklers bezogen ist, sondern nur die Dienstleistung selbst betrifft (vgl. Gutachten sowie Executive Summary anbei). Diese Lesart möchten wir im Text der RIS klargestellt wissen.
3. Auch sehen wir es mit großer Sorge, dass der grundsätzliche Charakter der IDD, nämlich eine Minimalharmonisierung zu erreichen, gefährdet wird. Bei der Umsetzung der unterschiedlichen Vertriebsstrukturen für beratungsintensive Versicherungsanlageprodukte ist es notwendig, auch die nationalen Besonderheiten zu berücksichtigen.
4. Den maßgeblichen Zeitplan der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie durch die Mitgliedsstaaten erachten wir als nicht realistisch und zeitlich nicht umsetzbar für die Versicherungswirtschaft. Gleiches gilt für die geplante Evaluierung nach drei Jahren.

5. Des Weiteren halten wir es für bedenklich, dass entscheidende Regelungen durch Konkretisierungen im Rahmen von Level 2 und Level 3 Rechtsakten vorgesehen sind. Hier sehen wir den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Sachgerechtigkeit verletzt.
6. Auch der einseitige Fokus auf die Kosten (value for money) sollte nicht weiter vorangetrieben werden, stattdessen sollten die Kosten im Verhältnis zur erwartenden Rendite und der Qualität des Produktes bewertet werden. Zahlreiche Qualitätsmerkmale der Versicherungsprodukte sind durch ein starres Kostenkorsett, insbesondere durch das geplante Benchmark System, nicht darzustellen.
7. Des Weiteren sehen wir die Anhebung der Weiterbildungszeiten auf 30 und mehr Stunden sowie eine verbindliche Festlegung der Anteile in Hinblick auf eine Nachhaltigkeitskompetenz für unverhältnismäßig und zu kostenintensiv. Zum einen sollte die Anpassung im Rahmen der Evaluierung der IDD vorgenommen werden. Zum anderen sehen wir den Schwerpunkt einer möglichen Anpassung mehr im qualitativen als im quantitativen Bereich. Eine verbindliche Festlegung der Qualifikationszeiten im Hinblick auf das Thema Nachhaltigkeit erachten wir als zu bürokratisch und zum jetzigen Zeitpunkt verfrüht. Die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Klärung der Nachhaltigkeitskompetenzen sind bei weitem noch nicht so festgelegt, dass Inhalte verbindlich geregelt sein können.
8. Im Übrigen ist eine verbindliche Regelung nur dann sinnvoll, wenn Vermittler in concreto nachhaltige Produkte anbieten bzw. am Markt vorfinden können. Beides ist nicht immer der Fall.
9. Für den BVK sind die Versicherungsvermittler und deren Tätigkeit nicht Teil des Problems, sondern Teil der Lösung, um das Ziel der Kleinanlegerstrategie zu erreichen.

Bonn, den 14. Februar 2024

Bundesverband
Deutscher Versicherungskaufleute e.V. (BVK)

Rechtsgutachten

Beinhaltet der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Kleinanlegerschutz vom 24. Mai 2023 ein Provisionsverbot für Versicherungsmakler?

vorgelegt von

Professor Dr. *Christoph Brömmelmeyer*

im Auftrag des BVK e.V.

Inhaltsverzeichnis

I. Problemstellung

II. Provisionsverbote im Richtlinienvorschlag

1. Generelles Provisionsverbot?
2. Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten
 - a) Versicherungsanlageprodukte
 - b) Partielles Provisionsverbot bei Vertrieb ohne Beratung
 - c) Partielles Provisionsverbot bei Unvereinbarkeit von Provision und Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden
 - d) Partielles Provisionsverbot bei Mitteilung unabhängiger Beratung
3. Ergebnis

III. Partielles Provisionsverbot bei Mitteilung unabhängiger Beratung

1. Rechtsgrundlage
 - a) Ermittlung des maßgeblichen Wortlauts
 - aa) Sprachliche Fassungen
 - bb) Auslegung
 - (1) Regelungszusammenhang
 - (2) Regelungsanliegen der Kommission
 - (3) Parallele zu Art. 24 Abs. 7 MiFID II
 - b) Ergebnis
2. Inhalt und Reichweite
 - a) Regelungsadressaten
 - b) Unmittelbares Provisionsverbot für Versicherungsmakler auf EU-Ebene?
 - c) Ergebnis
3. Mittelbares Provisionsverbot aufgrund des gesetzlichen Berufsbilds des Versicherungsmaklers in der Bundesrepublik Deutschland?
 - a) Berufsbild des Versicherungsmaklers
 - aa) Treuhänderähnlicher Sachwalter
 - bb) Selbstständigkeit
 - cc) Fehlende Betrauung durch Versicherer oder Versicherungsvertreter
 - dd) Beratung auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks
 - b) Bewertung
 - c) Ergebnis

IV. Ergebnisse

I. Problemstellung

Die EU-Kommission hat am 24. Mai 2023 ein Kleinanlegerschutzpaket vorgelegt, das im Rahmen der Kapitalmarktunion u.a. sicherstellen soll, „dass Verbraucher in vollem Umfang von den Investitionsmöglichkeiten profitieren können, die sich ihnen mit den Kapitalmärkten bieten.“¹ Dafür bedürfe es eines Rechtsrahmens, der die Verbraucher so unterstütze, dass sie in der Lage seien, Investitionsentscheidungen zu treffen, die ihren Bedürfnissen und Zielen entsprächen.² Das Paket soll u.a. der „Bewältigung potentieller Interessenkonflikte beim Vertrieb von Anlageprodukten“ dienen, „indem Anreize für reine Verkäufe (d.h. ohne Beratung) verboten werden“, und gewährleisten, „dass die Finanzberatung mit den Interessen der Kleinanleger in Einklang steht.“³ Es besteht aus zwei Bausteinen:

- Herzstück des Kleinanlegerschutzpakets ist der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien (EU) 2009/65/EG,⁴ 2009/138/EG,⁵ 2011/61/EU,⁶ 2014/65/EU (MiFID II)⁷ und (EU) 2016/97 (IDD)⁸ im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern (ab sofort: Richtlinienvorschlag).⁹

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien (EU) 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2014/65/EU und (EU) 2016/97 im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern, COM(2023) 279 final, 2023/0167 (COD), Erwägungsgrund 1.

² Erwägungsgrund 1, a.a.O.

³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 24.5.2023, IP/23/2868, im Internet verfügbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_2868.

⁴ Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (Neufassung), ABl. Nr. L 302 v. 17.11.2009, S. 32.

⁵ Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (Neufassung), ABl. Nr. L 335 v. 17.12.2009, S. 1.

⁶ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. Nr. L 174 v. 1.7.2011, S. 1.

⁷ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung), ABl. Nr. L 173 v. 12.6.2014, S. 349.

⁸ Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.1.2016 über Versicherungsvertrieb (Neufassung), ABl. Nr. L 26 v. 2.2.2016, S. 19.

⁹ Europäische Kommission, 24.5.2023, COM(2023) 279 final, 2023/0167(COD); s. Fußnote 1.

- Hinzukommt der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 (PRIIP)¹⁰ im Hinblick auf eine Modernisierung des Basisinformationsblatts.¹¹

In einer Pressemitteilung des Bundesverbands Finanzdienstleistung e.V. heißt es über die vorgeschlagene Änderung der Richtlinie über Versicherungsvertrieb (IDD)¹², die Kommission schlage ein *Provisionsverbot für Versicherungsmakler* vor.¹³ Diese Möglichkeit sieht auch *Schwintowski* in einem die Pressemitteilung begleitenden Rechtsgutachten vom 4. Juli 2023: Art. 30 Abs. 5b) IDD-Entwurf¹⁴ könne den Versicherungsmakler aufgrund seines Berufsstatus daran hindern, für die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten Provisionen entgegen zu nehmen.

Dieses Rechtsgutachten geht der Frage nach, ob und inwieweit der Richtlinienvorschlag tatsächlich ein Provisionsverbot für Versicherungsmakler beinhaltet. Die IDD versteht unter einer *Provision* eine Vergütung¹⁵, die in der Versicherungsprämie enthalten ist.¹⁶ Der Begriff wird hier jedoch als *pars pro toto* für jede Form der Vergütung verwendet, die von einer anderen Person als dem Kunden, d.h. insb. von einem Versicherer gezahlt wird.¹⁷ Damit ist auch die Maklercourtage ohne weiteres erfasst. Dagegen verwendet das Rechtsgutachten den Begriff *Honorar* für jede Form der Vergütung, die unmittelbar von dem Kunden selbst gezahlt wird.

¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl. Nr. L 352 v. 9.12.2014, S. 1.

¹¹ Europäische Kommission, 24.5.2023, COM(2023) 278 final, 2023/0166(COD).

¹² Art. 2 des Richtlinienvorschlags.

¹³ Bundesverband Finanzdienstleistung e.V. | 28. August 2023 | Pressemitteilung (Provisionsverbot für Versicherungsmaklerinnen und -makler für die Beratung und Vermittlung zu Versicherungsanlageprodukten), im Internet verfügbar unter: bundesverband-finanzdienstleistungen.de (4.9.2023 | 12:00 Uhr).

¹⁴ *Schwintowski*, Rechtsgutachten zum Vorschlag der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung u.a. von Art. 30 Abs.5b der Richtlinie (EU) 2016/97 IDD über den Versicherungsvertrieb, im Internet verfügbar unter: bundesverband-finanzdienstleistungen.de (4.9.2023 | 12:00 Uhr).

¹⁵ Begriff: Art. 2 Abs. 1 Nr. 9 IDD.

¹⁶ Siehe Art. 19 Abs. 1 e) ii) IDD.

¹⁷ Siehe Erwägungsgrund 3 des Richtlinienvorschlags.

II. Provisionsverbote im Richtlinienvorschlag

1. Generelles Provisionsverbot?

Bekanntlich stand in der rechtspolitischen Diskussion über die Kleinanlegerstrategie der Europäischen Union ein generelles Provisionsverbot für den Vertrieb von Anlageprodukten im Raum: Die Kommission hat sich laut Folgenabschätzung (*Impact-Assessment*)¹⁸ mit unterschiedlichen Regelungsoptionen befasst und u.a. eine Erhöhung der Transparenz finanzieller Anreize erwogen – genau wie ein generelles oder partielles Anreizverbot.¹⁹ In der Folgenabschätzung selbst findet sich noch eine Präferenz für ein vollständiges unionsweites Provisionsverbot.²⁰ Diese Regelungsoption hat die Kommission jedoch *ausdrücklich* aufgegeben. In der Begründung des Richtlinienvorschlags heißt es dazu:

„Im Falle von Anreizen wurde die Option, das derzeitige System, das die Zahlung von Anreizen unter bestimmten Bedingungen ermöglicht, bei gleichzeitiger Verbesserung und Harmonisierung sektorspezifischer Offenlegungen zu Anreizen beizubehalten, im Vergleich zu der Option eines Verbots aller Formen von Anreizen geprüft, einschließlich einer Untervariante, die ein teilweises Verbot für Dienstleistungen ohne Beratung (nur Ausführung) vorsieht. In der Folgenabschätzung wird der Schluss gezogen, dass ein unionsweites vollständiges Verbot die wirksamste Maßnahme wäre, um potenzielle Interessenkonflikte zu beseitigen oder erheblich zu reduzieren, da damit eine bedeutende Ursache von Nachteilen für die Verbraucher vermindert wird. *Ein sofortiges und vollständiges Verbot von Anreizen würde jedoch erhebliche, plötzliche eintretende Auswirkungen auf bestehende Vertriebssysteme mit schwer vorhersehbaren Folgen nach sich ziehen.* Ein teilweises Verbot würde hingegen bestehende Vertriebssysteme weniger stark beeinträchtigen und gleichzeitig Vorteile für die Kleinanleger bringen. *Aus diesem Grund hat die Kommission beschlossen, im Rahmen dieses Vorschlags auf ein vollständiges Verbot von Anreizen zu verzichten.* Stattdessen wird in diesem Legislativpaket ein abgestufter Ansatz vorgeschlagen, der es den Marktteilnehmern ermöglichen soll, ihre Vertriebssysteme anzupassen und die Kosten einer solchen Änderung möglichst gering zu halten; Interessenkonflikte, die sich aus der Zahlung von Anreizen ergeben können, sollen dabei durch eine Reihe verschiedener Maßnahmen angegangen werden.“²¹

¹⁸ Impact Assessment Report Accompanying the document 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 and Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1286/2014 as regards the modernisation of the key information document {COM(2023) 278-279 final} - {SEC(2023) 330 final}.

¹⁹ Impact Assessment Report, a.a.O., S. 27 f.

²⁰ Impact Assessment Report, a.a.O., S. 40 ff., 59.

²¹ Begründung des Richtlinienvorschlags, a.a.O., S. 10.

Parallel dazu heißt es in den Erwägungsgründen der vorgeschlagenen Richtlinie: „Zahlungen Dritter wie Gebühren, Provisionen oder monetäre oder nichtmonetäre Leistungen, die [...] Vermittlern von anderen Personen als dem Kunden gezahlt oder gewährt werden, auch als „Anreize“ bezeichnet, spielen beim Vertrieb von Anlageprodukten für Kleinanleger in der Union eine wichtige Rolle. [...]. *Angesichts der potenziell negativen Auswirkungen der Einführung eines vollständigen Verbots von Anreizen ist es angezeigt, einen abgestuften Ansatz zu verfolgen und zunächst die für die Zahlung und den Erhalt von Anreizen geltenden Anforderungen zu verschärfen*, um mögliche Interessenkonflikte einzudämmen und einen besseren Schutz von Kleinanlegern zu gewährleisten, und in einer zweiten Phase dann die Wirksamkeit des Rahmens zu überprüfen und alternative Maßnahmen im Einklang mit den Vorschriften für eine bessere Rechtsetzung vorzuschlagen, ggf. einschließlich eines möglichen Verbots von Anreizen.“²²

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Richtlinienvorschlag kein generelles Provisionsverbot enthält; vielmehr soll ein provisionsbasierter Vertrieb von (Versicherungs-)Anlageprodukten bis auf weiteres möglich bleiben. Diese Interpretation wird u.a. dadurch bestätigt, dass der Richtlinienvorschlag mehrere partielle Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten beinhaltet: Nach Art. 29a Abs. 1 IDD-Entwurf sind Provisionen bspw. im Falle eines Vertriebs ohne Beratung verboten. Partielle Provisionsverbote wie dieses wären sinnlos, wenn Provisionen vollständig verboten wären.

²² Erwägungsgrund 3 des Richtlinienvorschlags. Hervorhebung des Verf.

2. Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten

Partielle Provisionsverbote finden sich in Art. 29a Abs. 1 und 2 sowie in Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf und beziehen sich ausschließlich auf den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten.

a) Versicherungsanlageprodukte

Die Definition des Versicherungsanlageprodukts findet sich in Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 IDD. Danach handelt es sich um ein Versicherungsprodukt, das einen Fälligkeits- oder Rückkaufwert bietet, der vollständig oder teilweise direkt oder indirekt Marktschwankungen ausgesetzt ist, mit Ausnahme von

- a) in Anhang I der Richtlinie 2009/138/EG genannten Nichtlebensversicherungsprodukten (Versicherungszweige der Nichtlebensversicherung);
- b) Lebensversicherungsverträgen, deren vertragliche Leistungen nur im Todesfall oder bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Körperverletzung, Krankheit oder Gebrechen zahlbar sind;
- c) Altersvorsorgeprodukten, die nach nationalem Recht als Produkte anerkannt sind, deren Zweck in erster Linie darin besteht, dem Anleger im Ruhestand ein Einkommen zu gewähren, und die dem Anleger einen Anspruch auf bestimmte Leistungen einräumen;
- d) amtlich anerkannten betrieblichen Altersversorgungssystemen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/41/EG oder der Richtlinie 2009/138/EG fallen;
- e) individuellen Altersvorsorgeprodukten, für die nach nationalem Recht ein finanzieller Beitrag des Arbeitgebers vorgeschrieben ist und die bzw. deren Anbieter weder der Arbeitgeber noch der Beschäftigte selbst wählen kann.

Die Reichweite dieser Definition ist nach wie vor umstritten.²³ Konsens besteht nur darüber, dass sie *fondsgebundene* Lebensversicherungen erfasst,²⁴ reine Risikolebensversicherungen jedoch nicht.²⁵ Entgegen *Reiff*²⁶ und *Beyer*²⁷ gehören auch klassische Kapitallebensversicherungen, d.h. kapitalbildende Lebensversicherungen auf den Todes- und Erlebensfall zu den Versicherungsanlageprodukten.²⁸ Dafür spricht,

²³ Exemplarisch: *Brömmelmeyer*, r+s 2016, 269, vs. *Reiff*, r+s 2016, 593.

²⁴ Statt aller: *Rudy*, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 7b Rn. 2.

²⁵ Statt aller: *Rudy*, a.a.O.

²⁶ *Reiff*, r+s 2016, 593, 601 f.

²⁷ *Beyer*, VersR 2016, 293, 294.

²⁸ *Brömmelmeyer*, a.a.O.; *Rudy*, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 7b Rn. 2; *Ebers*, in: Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, PK VVG, 4. Aufl. 2021, § 7b Rn. 6.

dass die Leistung im Todes-, Erlebens- und Rückkaufsfall von der Überschussbeteiligung abhängt und daher i.S. der Definition des Versicherungsanlageprodukts (s.o.) Marktschwankungen ausgesetzt ist. Entgegen *Baroch Castellvi*²⁹ kommt es auch nicht darauf an, ob die Lebensversicherung im konkreten Einzelfall steuerlich begünstigt ist oder nicht.³⁰

Folgte man stattdessen *Reiff, Beyer* und anderen, würde der Richtlinienvorschlag genau die Fehlanreize provozieren, die er verhindern will: Um partielle Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten zu vermeiden, könnte ein Versicherungsvermittler selbst dann eine klassische Lebensversicherung (Provision) empfehlen, wenn eine fondsgebundene Lebensversicherung (partielle Provisionsverbote) eigentlich sehr viel eher den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden (vgl. Art. 20 Abs. 1 IDD) entspräche.

b) Partielles Provisionsverbot bei Vertrieb ohne Beratung

Das Provisionsverbot beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten ohne Beratung ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 29a Abs. 1 und Art. 30 Abs. 2 und 3 IDD-Entwurf. Dort heißt es:

Artikel 29a

Anreize

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen, die Versicherungsanlageprodukte konzipieren oder solche Produkte gem. Art. 30 Absätze 2 und 3 vertreiben, keine Gebühr oder Provision an eine Partei zahlen oder keine Gebühr oder Provision von einer Partei erhalten oder keinen nichtmonetären Vorteil im Zusammenhang mit dem Vertrieb eines Versicherungsanlageprodukts einer Partei gewähren oder keinen solchen von einer Partei erhalten, sofern es sich bei dieser Partei nicht um den Kunden oder eine Person handelt, die im Auftrag des Kunden tätig wird. Das Verbot nach Unterabsatz 1 gilt nicht für geringfügige nichtmonetäre Vorteile, [...].

Die Beschränkung dieses Provisionsverbots auf den *Vertrieb ohne Beratung* ergibt sich aus der Inbezugnahme von Art. 30 Abs. 2 und 3 IDD-Entwurf. Dort heißt es:

²⁹ *Baroch Castellvi*, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 7b Rn. 6.

³⁰ Ebenso wie hier: *Knops*, in: Bruck/Möller, VVG, Bd. 1, 10 Aufl. 2021, § 7b Rn. 8 f.

Art. 30

Beurteilung der Eignung und Zweckmäßigkeit sowie Berichtspflicht über Kunden [...]

- (2) Unbeschadet des Art. 20 Abs. 1 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Versicherungsvermittler bzw. Versicherungsunternehmen, wenn er bzw. es keine Beratung über ein Versicherungsanlageprodukt erbringt, den Kunden um Informationen [...] bittet, damit der Versicherungsvermittler bzw. Versicherungsunternehmen beurteilen kann, ob das/die geplante(n) Versicherungsanlageprodukt(e) für den Kunden angemessen ist/sind. [...]
- (3) Unbeschadet des Art. 20 Abs. 1 können die Mitgliedstaaten, wenn keine Beratung über Versicherungsanlageprodukte erfolgt, von der in Absatz 2 dieses Artikels erwähnten Verpflichtung absehen [...].

Das Provisionsverbot in Art. 29a Abs. 1 Satz 1 IDD-Entwurf bezieht sich also ausschließlich auf den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten in Fällen, in denen der Versicherungsvermittler *keine Beratung* erbringt (Art. 30 Abs. 2 IDD-Entwurf) bzw. in denen *keine Beratung* stattfindet (Absatz 3).

Die Einordnung von Art. 29a Abs. 1 IDD-Entwurf als Provisionsverbot nur im Falle des beratungsfreien Vertriebs von Versicherungsanlageprodukten wird durch die vorgeschlagenen Erwägungsgründe bestätigt. Dort heißt es: (4) Um mögliche Nachteile für die Verbraucher zu beseitigen, die sich aus der Zahlung und dem Erhalt von Anreizen für reine Verkäufe ohne Beratung ergeben, ist es angebracht, die Zahlung und den Erhalt solcher Anreize zu verbieten. Im Falle der Richtlinie 2014/65/EU [MiFID] würde sich ein solches Verbot auf die Ausführung oder Annahme und Übermittlung von Aufträgen und im Falle der Richtlinie (EU) 2016/97 [IDD] auf *reine Verkäufe ohne Beratung* erstrecken.³¹

Daraus folgt auch für den Versicherungsmakler, dass die Provision zum Entgelt für die Beratung wird. Beratung bedeutet ausweislich Art. 2 Abs. 1 Nr.15 IDD „Abgabe einer persönlichen Empfehlung an einen Kunden, entweder auf dessen Wunsch oder auf Initiative des Versicherungsvertreibers hinsichtlich einer oder mehrerer Versicherungsverträge“ (s. auch: Art. 20 Abs. 1 Satz 3 IDD). Der Versicherungsmakler könnte künftig

³¹ Hervorhebung des Verf.

also nur noch eine Courtage beanspruchen, wenn er im konkreten Einzelfall eine individuelle Empfehlung ausgesprochen hat.³²

c) Partielles Provisionsverbot bei Unvereinbarkeit von Provision und Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden

Nach Art. 29a Abs. 2 IDD-Entwurf stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Versicherungsvermittler oder -unternehmen *beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten gem. Art. 30 Abs. 1 IDD-Entwurf* Gebühren von Dritten nur unter der Bedingung erhalten bzw. an Dritte zahlen sowie Vorteile von Dritten nur unter der Bedingung erhalten bzw. Dritten gewähren, dass diese Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen sicherstellen, dass die Annahme bzw. Zahlung solcher Gebühren oder Annahme bzw. Gewährung solcher Vorteile ihre Pflicht, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln, nicht beeinträchtigt (Satz 1). Art. 30 Abs. 1 IDD-Entwurf regelt die Beschaffung bestimmter Informationen, wenn der Versicherungsvermittler eine *Beratung* zu Versicherungsanlageprodukten erbringt. Daher geht es auch in Art. 29a Abs. 2 IDD-Entwurf um den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten auf der Grundlage einer Beratung gem. Art. 2 Abs. 1 Nr.15 IDD.

Klarzustellen ist zunächst, dass auch diese Regelung nicht i.S. eines vollständigen bzw. unbedingten Provisionsverbots zu verstehen ist: Die Regelung so zu interpretieren, dass Versicherungsvermittler keine Provision mehr beanspruchen können, weil Provisionen eine Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden strukturell verhindern, hieße, die rechtspolitische Entscheidung der Kommission gegen ein generelles Provisionsverbot (s.o.) zu unterlaufen. Da Art. 29a Abs. 2 Satz 2 IDD-Entwurf ggf. die Offenlegung „solcher Zahlungen“ verlangt, können diese auch gar nicht generell verboten sein. Die Regelung will vielmehr nur sicherstellen, dass das Design des Provisionssystems im konkreten Einzelfall nicht mit der sich aus Art. 17 Abs. 1 IDD ergebenden Pflicht des Versicherungsvermittlers kollidiert, Kunden gegenüber „stets ehrlich, redlich und professionell in deren bestmöglichem Interesse“ zu handeln. Die Regelung in Art. 29a Abs. 2 IDD-Entwurf beruht anders gesagt auf der Prämisse, dass

³² Kritisch: GDV, Stellungnahme zu den Vorschlägen der EU-Kommission zur EU-Kleinanlegerstrategie v. 31.7.2023, verfügbar unter gdv.de, S. 6 f., der auch eine Vergütung für die bloße Angemessenheitsprüfung (Art. 30 Abs. 2 IDD-Entwurf) ohne Beratung befürwortet.

grundsätzlich auch eine provisionsbasierte Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden erfolgen kann. Das Provisionssystem darf nur nicht so aufgesetzt sein, dass eine bestmögliche Beratung (systematisch) unterlaufen wird.

Diese Lesart knüpft an die bisherige Rechtslage an: Die Pflicht eines Versicherungsvermittlers, stets ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln (Art. 17 Abs. 1 IDD bzw. §§ 59 Abs. 1 Satz 2, 1a Abs. 1 VVG)³³ muss auch heute schon in die Ausgestaltung der Provisionssysteme einfließen (Art. 17 Abs. 3 IDD bzw. § 48a Abs. 1 VAG).³⁴

d) **Partielles Provisionsverbot bei Mitteilung unabhängiger Beratung**

Der Richtlinienvorschlag enthält schließlich ein partielles Provisionsverbot in Fällen, in denen der Versicherungsvermittler eine unabhängige Beratung bzw. eine Beratung auf unabhängiger Grundlage ankündigt:

Artikel 30

(5b) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass ein Versicherungsvermittler oder ein Versicherungsunternehmen, der bzw. das Versicherungsanlageprodukte vertreibt, wenn er bzw. es Kunden mitteilt, dass die Beratung ungebunden [richtig: unabhängig bzw. auf unabhängiger Basis] erfolgt, der Versicherungsvermittler bzw. das Versicherungsunternehmen [...]

b) für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre und nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt, annimmt und behält.

Inhalt und Reichweite dieses Regelungsvorschlags behandelt dieses Rechtsgutachten im Detail unter III.

3. Ergebnis

Der Richtlinienvorschlag der Kommission enthält kein generelles Provisionsverbot, dafür aber drei partielle Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten: Die Provision soll entfallen

³³ Dazu: *Rüsing*, VersR 2023, 345; *Brömmelmeyer*, VersR 2021, 805.

³⁴ Dazu: *Boslak*, in: Brand/Baroch Castellvi, VAG, 2018, § 48a Rn. 2-5.

- im Vertrieb ohne Beratung,
- in Fällen, in denen das Provisionssystem die ehrliche, redliche und professionelle Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden beeinträchtigt, und
- in Fällen, in denen der Versicherungsvermittler eine unabhängige Beratung bzw. eine Beratung auf unabhängiger Basis avisiert.

III. Partielles Provisionsverbot bei Mitteilung unabhängiger Beratung

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für das Provisionsverbot bei Ankündigung einer unabhängigen Beratung ist Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf.

a) Ermittlung des maßgeblichen Wortlauts

aa) Sprachliche Fassungen

Inhalt und Reichweite dieses Provisionsverbots lassen sich nicht ohne weiteres bestimmen, weil der maßgebliche Wortlaut unklar ist. Das ergibt sich aus einem Vergleich der unterschiedlichen Sprachfassungen:

<p>Article 30 5b. Member States shall require that, where an insurance intermediary or insurance undertaking distributing insurance-based investment products informs the <i>customer that advice is given on an independent basis</i>, the insurance intermediary or insurance undertaking: [...] (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.</p>	<p>Artikel 30 (5b) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass ein Versicherungsvermittler oder ein Versicherungsunternehmen, der bzw. das Versicherungsanlageprodukte vertreibt, wenn er bzw. es Kunden mitteilt, <i>dass die Beratung ungebunden erfolgt</i>, der Versicherungsvermittler bzw. das Versicherungsunternehmen [...] b) für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre und nicht-monetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt, annimmt und behält.</p>
---	--

Abb. 1 [Synopsis]: Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf

In der englischen Fassung von Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf ist von „*advice given on an independent basis*“ die Rede, eine Formulierung, die DeepL³⁵ mit „Beratung auf unabhängiger Grundlage“ oder „Beratung auf unabhängiger Basis“ übersetzt. Das entspricht der hier geprüften polnischen („*świadczona w sposób niezależny*“), französischen („*à titre indépendant*“) und italienischen Fassung des Richtlinienvorschlags („*su base indipendente*“). In der deutschen Fassung von Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf ist stattdessen von einer Beratung die Rede, die „ungebunden“ erfolgt, eine Formulierung, die im Lichte der IDD³⁶ i.S. einer „Beratung durch vertraglich nicht gebundene Versicherungsvermittler“ zu verstehen und mit „*advice given by an intermediary not tied to an insurance undertaking*“ ins Englische zu übersetzen wäre.³⁷

Bei der Ermittlung des maßgeblichen Wortlauts ist davon auszugehen, dass grundsätzlich alle sprachlichen Fassungen einer Richtlinie gleichermaßen verbindlich³⁸ und gleichrangig sind.³⁹ Auch wenn die Richtlinie auf Englisch verhandelt wurde, folgt daraus nicht, dass die englische Fassung richtiger oder in höherem Maße verbindlich wäre.⁴⁰ Der EuGH betont allerdings in std. Rspr. die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung,⁴¹ so dass die sprachliche Divergenz durch systematische, historische und teleologische Überlegungen beseitigt werden muss.⁴²

Hier sprechen der Regelungszusammenhang und das Regelungsanliegen der Kommission sowie die Parallele zu Art. 24 Abs. 7 MiFID II dafür, Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf – so wie in der englischen Fassung – i.S. eines Provisionsverbots bei Mitteilung einer *unabhängigen* Beratung bzw. bei Mitteilung einer Beratung *auf unabhängiger Basis* zu verstehen.

³⁵ DeepL (deepl.com).

³⁶ Erwägungsgrund 17 IDD auf Deutsch: „vertraglich gebundene Versicherungsvermittler“.

³⁷ Erwägungsgrund 17 IDD auf Englisch: „*tied insurance intermediaries*“: s. auch: Erwägungsgrund 16 auf Englisch.

³⁸ *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 42. Aufl. 2021, § 10 Rn. 14, mit umfangreichen Nachweisen zur EuGH-Rspr.

³⁹ Grundlegend: EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 4315, Rn. 18.

⁴⁰ *Riesenhuber*, a.a.O., Rn. 16.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 2.4.1998, Rs. C-296/95 (Commissioners of Customs and Excise), Slg. 1998, I-1605 Rn. 36; EuGH, Urt. v. 26.5.2005, Rs. C-498/03 (Kingscrest), Slg. 2005, I-4427 Rn.26; EuGH, Urt. v. 12.11.1998 C-149/97 (The Institute of The Motor Industry), Slg. 1998, I-7053 Rn.16.

⁴² *Riesenhuber*, a.a.O., Rn. 15.

bb) Auslegung

(1) Regelungszusammenhang

Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf kann nicht isoliert betrachtet, er muss vielmehr unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs ausgelegt werden.⁴³ Bezugspunkt ist vor allem Art. 29 Abs. 1 IDD-Entwurf:

Artikel 29

Informationen für Kunden und Versicherungsnehmer

(1) Unbeschadet des Art. 18 und des Art. 19 Absätze 1 und 2 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen, die Versicherungsanlageprodukte vertreiben, den Kunden rechtzeitig, bevor die Kunden durch einen Versicherungsvertrag oder ein Versicherungsangebot gebunden sind, geeignete Informationen in personalisierter Form über die diesen Kunden angebotenen Versicherungsanlageprodukte bereitstellen. Diese Informationen enthalten alle folgenden Angaben:

a) wenn eine Beratung erfolgt,

i) ob die Beratung unabhängig erbracht wird oder nicht;

Das Regelungsanliegen der Kommission, eine Irreführung der Kleinanleger im Rahmen des Beratungsprozesses zu vermeiden,⁴⁴ spricht dafür, dass die Regelungen in Art. 29 Abs. 1 Satz 2 lit. a) i) und in Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf aufeinander bezogen sind: Der Versicherungsvermittler, der ein Versicherungsanlageprodukt vertreibt, soll dem Kunden im Falle einer Beratung mitteilen, ob die Beratung unabhängig erfolgt oder nicht (Art. 29 Abs. 1 Satz 2 lit. a) i) IDD-Entwurf). Teilt er aufgrund dieser Informationspflicht mit, dass er unabhängig berate, greift das sich aus Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf ergebende Provisionsverbot.

(2) Regelungsanliegen der Kommission

Dieser Befund wird durch das Regelungsanliegen der Kommission bestätigt, das sich insb. aus den vorgeschlagenen Erwägungsgründen entnehmen lässt. Dort heißt es (in der deutschen Fassung!) wie folgt:

„(5) Um sicherzustellen, dass Kleinanleger nicht irreführt werden, ist es wichtig, in der Richtlinie (EU) 2016/97 festzulegen, dass Versicherungsvermittler, die

⁴³ Allgemein: *Riesenhuber*, a.a.O., Rn. 22.

⁴⁴ Erwägungsgrund 5 des Richtlinienvorschlags.

ihren Kunden mitteilen, dass sie Beratung *unabhängig* erbringen, im Einklang mit den bestehenden Vorschriften der Richtlinie 2014/65/EU [MiFID II] keine Anreize für eine solche Beratung akzeptieren sollten. Diese Vorschrift sollte Versicherungsvermittler, die Kunden Beratung anbieten, nicht daran hindern, Anreize zu akzeptieren, sofern die Beratung nicht als *unabhängig* dargestellt wird, die Kunden im Einklang mit den geltenden Transparenzanforderungen über die Anreize informiert werden und andere rechtliche Anforderungen, einschließlich der Verpflichtung, im besten Interesse des Kunden zu handeln, eingehalten werden.“⁴⁵

Parallel dazu begründet die Kommission Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf auch im Rahmen der ausführlichen Erläuterung einzelner Bestimmungen des Vorschlags (auf Deutsch) wie folgt:

„Speziell bezogen auf die IDD werden mit Art. 2 Abs. 22 Buchstabe d [des Richtlinienvorschlags] die Schutzvorkehrungen für die Beratung in Art. 30 Abs. 5b der IDD gestärkt und wird im Falle, dass Versicherungsvermittler ihre Beratung als „*unabhängig*“ präsentieren wollen, im Einklang mit der MiFID II unterschieden, ob die Beratung *unabhängig* erbracht wird oder nicht. Dazu werden hinsichtlich der Kategorie der unabhängigen Beratung statt fakultativer Vorgaben verbindliche Vorschriften für die Mitgliedstaaten festgelegt und wird der Erhalt oder die Gewährung von Anreizen im Falle der *unabhängigen* Beratung untersagt. Ein solches Verbot sollte Versicherungsvermittler jedoch nicht davon abhalten, Beratung anzubieten, für die sie Anreize erhalten haben, sofern diese Beratung nicht als „*unabhängige*“ Beratung dargestellt wird und die Kunden gemäß den geltenden Transparenzregeln über die entsprechenden Anreize informiert werden.“⁴⁶

Dieses Regelungsanliegen verfehlt, wer die Mitteilung in Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf i.S. von „ungebundener“ und nicht i.S. von „unabhängiger“ Beratung versteht.

(3) Parallele zu Art. 24 Abs. 7 MiFID II

Der EU-Kommission betont in ihrem Richtlinienvorschlag konsequent, dass sie die Maßstäbe für Finanzinstrumente und Versicherungen, d.h. die Regelungen in MiFID II und IDD angleichen will: sie schlägt bewusst eine einzige Änderungsrichtlinie vor, um dem „Ziel der EU-Strategie für Kleinanleger“ Rechnung zu tragen, „in der gesamten EU und über alle Anlageprodukte und Vertriebskanäle hinweg das gleiche Maß an Anlegerschutz zu erreichen.“⁴⁷ Dementsprechend folgt der Vorschlag für Art. 30 Abs.

⁴⁵ Hervorhebungen des Verf.

⁴⁶ Hervorhebungen des Verf.

⁴⁷ Begründung des Richtlinienvorschlags, a.a.O., S. 7.

5b IDD dem Vorbild der MiFID II. Dort heißt es (erneut: in der Fassung auf Deutsch) auszugsweise wie folgt:

Art. 24 [Allgemeine Grundsätze und Kundeninformation]

(4) Kunden und potenziellen Kunden sind angemessene Informationen über die Wertpapierfirma und ihre Dienstleistungen, die Finanzinstrumente und die vorgeschlagenen Anlagestrategien, Ausführungsorte und sämtliche Kosten und verbundenen Gebühren rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Diese Informationen enthalten das Folgende:

a) wird eine Anlageberatung erbracht, informiert die Wertpapierfirma den Kunden rechtzeitig vor dieser Beratung darüber,

i) ob die Beratung *unabhängig* erbracht wird oder nicht;

[...]

(7) Informiert eine Wertpapierfirma den Kunden darüber, dass die Anlageberatung *unabhängig* erbracht wird, dann [...] b) ist es dieser Wertpapierfirma nicht gestattet, für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden Gebühren, Provisionen oder andere monetäre und nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt, anzunehmen und zu behalten.⁴⁸

Diese Parallele spricht ebenfalls dafür, den Richtlinienvorschlag in Einklang mit der englischen Fassung so zu verstehen, dass Art. 30 Abs. 5b) IDD-Entwurf eine unabhängige Beratung bzw. eine Beratung auf unabhängiger Basis meint und nicht etwa eine „ungebundene“ Beratung.

b) Ergebnis

Im Ergebnis ist Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf so auszulegen, dass ein Versicherungsvermittler oder ein Versicherungsunternehmen, der bzw. das Versicherungsanlageprodukte vertreibt, wenn er bzw. es Kunden mitteilt, dass die Beratung unabhängig bzw. auf unabhängiger Basis erfolgt, ... b) für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre und nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt, annimmt und behält.

⁴⁸ Hervorhebungen des Verf.

2. Inhalt und Reichweite

a) Regelungsadressaten

Erlassen Europäisches Parlament und Rat die Richtlinie so, wie von der Kommission vorgeschlagen, müssten die Mitgliedstaaten Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf im nationalen Recht umsetzen. Regelungsadressat der Umsetzungsgesetze müsste der Versicherungsvermittler i.S. des EU-Rechts sein. Unter den Begriff „Versicherungsvermittler“ fällt ausweislich des (sprachlich misslungenen) Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 IDD „jede natürliche oder juristische Person, die kein Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen oder ihre Angestellten [sic!] und kein Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit ist und die die Versicherungsvertriebstätigkeit gegen Vergütung aufnimmt oder ausübt.“ Damit ist auch der Versicherungsmakler i.S. der §§ 34d Abs. 1 GewO, 59 Abs. 3 VVG ohne weiteres erfasst.⁴⁹

b) Unmittelbares Provisionsverbot für Versicherungsmakler auf EU-Ebene?

Ein Versicherungsvermittler, der gem. Art. 29 Abs. 1 IDD-Entwurf eine „unabhängige Beratung“ ankündigt, muss Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf beachten:

- a) Er muss (positiv) „eine hinreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsprodukten“ beurteilen, „die hinsichtlich ihrer Art und Produkthanbieter hinreichend breit gestreut sind, damit die Ziele des Kunden in geeigneter Weise erreicht werden können, und die nicht auf Versicherungsprodukte beschränkt sind, die von Unternehmen emittiert oder angeboten werden, die in enger Verbindung zum Versicherungsvermittler oder zum Versicherungsunternehmen stehen“.
- b) Er darf (negativ) „für die Erbringung der Dienstleistung an die Kunden keine Gebühren, Provisionen oder andere monetäre und nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt,“ annehmen oder behalten.

⁴⁹ Siehe: *Reiff*, *VersR* 2016, 1533, 1536.

Im Hinblick auf den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten schlägt die Kommission also vereinfacht gesagt vor, das Prädikat einer „unabhängigen Beratung“ auf die Versicherungsvermittler zu beschränken, die auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks beraten (Art. 30 Abs. 5b lit. a IDD-Entwurf) *und* dafür keine Provision erhalten (litera b). Dabei ist der Richtlinienvorschlag nicht so zu verstehen, als könnte der Versicherungsvermittler die Frage der Unabhängigkeit offen lassen. Er ist vielmehr gem. Art. 29 Abs. 1 Satz 2 lit. a) i) IDD-Entwurf verpflichtet, anzugeben, „ob die Beratung unabhängig erbracht wird oder nicht“. Er muss also Farbe bekennen.

Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf beinhaltet kein unmittelbares Provisionsverbot für Versicherungsmakler. Die Kommission hätte die Möglichkeit gehabt, den Begriff des Versicherungsvermittlers unionsrechtlich aufzuspalten und zwischen Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter zu unterscheiden, um anschließend (vorbehaltlich der berechtigten Bedenken *Schwintowskis*)⁵⁰ ein Provisionsverbot (nur) für Versicherungsmakler einzuführen. Davon kann jedoch keine Rede sein. Der Richtlinienvorschlag kennt den Begriff des Versicherungsmaklers gar nicht. Er legt vielmehr den Begriff des Versicherungsvermittlers (Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 IDD) zugrunde, der bewusst allgemein gehalten ist.⁵¹ Es geht der Kommission also *nicht* darum, das Berufsbild des Versicherungsmaklers unionsweit zu kodifizieren und auf eine unabhängige (nicht provisionsbasierte) Beratung festzulegen. Für diesen Befund spricht auch die Begründung des Richtlinienvorschlags:

„Angesichts der Vielfalt der Strukturen für den Versicherungsvertrieb in den Mitgliedstaaten sollten Versicherungsvermittler, die nicht bei einem Versicherungsunternehmen angestellt oder vertraglich an dieses gebunden sind, aber von diesem Unternehmen Anreize erhalten, durch das Verbot nicht daran gehindert werden, sich als Vermittler zu präsentieren, die nicht vertraglich an ein bestimmtes Versicherungsunternehmen gebunden sind.“⁵²

Diese Textpassage bezieht sich erkennbar (auch) auf Versicherungsmakler, die gem. §§ 34d Abs. 1 GewO, 59 Abs. 3 VVG selbständig und nicht von einem Versicherer betraut sind: sie sind (anders gewendet) weder „bei einem Versicherungsunternehmen

⁵⁰ Rechtsgutachten, a.a.O., passim.

⁵¹ Erwägungsgrund 5 IDD: „Versicherungsprodukte können von verschiedenen Kategorien von Personen oder Einrichtungen wie Versicherungsagenten, Versicherungsmaklern und „Allfinanzunternehmen“, Versicherungsunternehmen, Reisebüros und Autovermietungsfirmen vertrieben werden. Aus Gründen der Gleichbehandlung all dieser Akteure und des Kundenschutzes sollte sich diese Richtlinie auf all diese Personen oder Einrichtungen beziehen.

⁵² Begründung des Richtlinienvorschlags, a.a.O., S. 19.

angestellt“ noch „vertraglich an dieses gebunden“. Diese Vermittler sollen nach den Vorstellungen der Kommission „nicht daran gehindert werden“, sich als *ungebunden* (aber eben nicht: als unabhängig) zu bezeichnen und anreiz- bzw. provisionsbasiert zu beraten. Es geht der Kommission also *nicht* darum, Versicherungsmaklern den provisionsbasierten Vertrieb zu verbieten; es geht ihr darum, allen Versicherungsvermittlern, die auf Provisionsbasis beraten, die Mitteilung zu verbieten, man berate unabhängig.

Die Diskussion über ein angebliches Provisionsverbot für Versicherungsmakler verstellt hier den Blick auf den Regelungsansatz der Kommission. Die Kommission regelt kein Berufsbild, sie regelt die Modalitäten einer Dienstleistung (Beratung beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten): Kündigt ein Versicherungsvermittler an, dass er den Kunden unabhängig berate, so muss er (1.) auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks beraten und (2.) auf Provisionen verzichten. Der *Versicherungsmakler* hat also die Wahl:

- Er kann *ausschließlich auf Provisionsbasis* beraten, muss die Beratung dann aber gem. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf in jedem Einzelfall als „nicht unabhängig“ avisieren.
- Er kann *ausschließlich auf Honorarbasis* beraten, d.h. Versicherungsanlageprodukte empfehlen *ohne* dafür eine Provision von einem Versicherer zu erhalten. Diese Beratung könnte und müsste er gem. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf in jedem Einzelfall als „unabhängig“ bezeichnen.
- Er kann *teils auf Provisions- und teils auf Honorarbasis* beraten: Berät er auf *Provisionsbasis*, müsste er die Beratung im konkreten Einzelfall als „nicht unabhängig“ bezeichnen, berät er auf *Honorarbasis*, könnte und müsste er sie als „unabhängig“ deklarieren.

Diese Flexibilität entspricht auch dem Regelungsanliegen der Kommission: sie schlägt einen „abgestufte[n] Ansatz“ vor, der es den Marktteilnehmern ermöglichen soll, ihre Vertriebssysteme anzupassen und die Kosten einer solchen Änderung möglichst gering zu halten“. ⁵³ Befürchtet ein Versicherungsmakler also, dass die Kommission im

⁵³ Begründung des Richtlinienvorschlags, a.a.O., S. 10.

Rahmen der bereits angekündigten Revision der Kleinanlegerstrategie drei Jahre nach Annahme des Legislativpakets⁵⁴ (d.h. voraussichtlich: 2027/2028) noch weiterreichende Provisionsverbote vorschlagen sollte, könnte er sein Vertriebssystem schon jetzt, nach und nach, auf eine Honorarberatung umstellen und in honorar-basierten Beratungsgesprächen auch mit dem Prädikat „unabhängige Beratung“ werben.

c) Ergebnis

Der Richtlinienvorschlag beinhaltet kein unmittelbares Provisionsverbot für Versicherungsmakler. Er verpflichtet alle Versicherungsvermittler im Rahmen einer so angekündigten *unabhängigen* Beratung dazu, Versicherungsanlageprodukte auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks zu vermitteln (Art. 30 Abs. 5b lit. a IDD-Entwurf), ohne dafür eine Provision zu beanspruchen (litera b). Die Regelung legt kein bestimmtes Berufsbild fest, sie regelt vielmehr die Modalitäten der im konkreten Einzelfall angebotenen Dienstleistung: Kündigt der Versicherungsvermittler eine „unabhängige“ Beratung an, so muss er auf mögliche Provisionen verzichten (Honorarberatung), avisiert er eine „nicht unabhängige“ Beratung, so kann er nach wie vor auf Provisionsbasis beraten.

3. Mittelbares Provisionsverbot aufgrund des gesetzlichen Berufsbilds des Versicherungsmaklers in der Bundesrepublik Deutschland?

Schwintowski befürchtet, dass Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf mittelbar zu einem Provisionsverbot für Versicherungsmakler führen könnte: Der Versicherungsmakler sei „nach seinem Status naturgemäß der unabhängige Sachwalter seines Kunden“ und erbringe eine „unabhängige Provisions-(Courtage-)Beratung“.⁵⁵ Es könne also nicht als Versicherungsmakler auftreten und sich gleichzeitig als „abhängig“ bzw. „nicht unabhängig“ bezeichnen.⁵⁶ Der Richtlinienvorschlag könnte anders gewendet zu einem Provisionsverbot führen, weil der Versicherungsmakler von Hause aus (von seinem gesetzlichen Berufsbild her) unabhängig ist, so dass er gem. Art. 29 Abs. 1 IDD-

⁵⁴ Begründung des Richtlinienvorschlags, S. 10 f.

⁵⁵ *Schwintowski*, Rechtsgutachten, a.a.O., S. 9.

⁵⁶ *Schwintowski*, Rechtsgutachten, a.a.O., S. 11.

Entwurf angeben müsste, dass er unabhängig berät und folglich gem. Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf keine Provision mehr beanspruchen könnte.

a) Berufsbild des Versicherungsmaklers

Das Berufsbild des Versicherungsmaklers ist gewerbe- und vertragsrechtlich festgelegt. Der BGH⁵⁷ hat den Versicherungsmakler zudem unter Berufung auf *Trinkhaus* als „treuhänderähnlichen Sachwalter“ des von ihm betreuten Versicherungsnehmers beschrieben. Im Einzelnen gilt § 59 Abs. 3 VVG bzw. § 34d Abs. 1 GewO, ohne dass dort oder im sonstigen deutschen Recht *ausdrücklich* die Rede davon ist, dass der Versicherungsmakler unabhängig ist bzw. unabhängig zu beraten hat.

aa) Treuhänderähnlicher Sachwalter

Der BGH (1985) hat den Versicherungsmakler zwar als „treuhänderähnlichen Sachwalter“ des Kunden beschrieben (s.o.), hat aber *nicht* von einem *unabhängigen* Treuhänder und auch nicht davon gesprochen, dass der treuhänderähnliche Sachwalter den Kunden *unabhängig* beraten müsse.

bb) Selbstständigkeit

Der Versicherungsmakler handelt gem. §§ 34d Abs. 1 GewO, 59 Abs. 3 VVG gewerbsmäßig, so dass er u.a. selbständig sein muss.⁵⁸ Er kann also kein Arbeitnehmer sein, der als solcher zu weisungsgebundener und fremdbestimmter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a Abs. 1 BGB).⁵⁹ Insoweit verlangt das gesetzliche Berufsbild des Versicherungsmaklers tatsächlich persönliche Unabhängigkeit.

⁵⁷ BGHZ 94, 356, 359.

⁵⁸ *Münkel*, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 59 Rn. 12; *Schwintowski* (in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 59 Rn. 109, 146) will zwar nicht an den Begriff des Handelsgewerbes anknüpfen, verlangt im Ergebnis aber auch Selbstständigkeit (Rn. 110, 146).

⁵⁹ Ebenso: *Reiff*, in: Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG, 3. Aufl. 2022, § 59 Rn. 23-25.

cc) Fehlende Betrauung durch Versicherer oder Versicherungsvertreter

Der Versicherungsmakler darf nicht wie ein Versicherungsvertreter (§ 59 Abs. 2 VVG) „von einem Versicherer oder Versicherungsvertreter“ mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Versicherungsverträgen „betraut ... sein“ (Absatz 3). Unter Betrauung versteht man die Beauftragung zur Versicherungsvermittlung als einer Geschäftsbesorgung i.S. des § 675 Abs. 1 BGB.⁶⁰ Betraut ist ein Versicherungsvermittler nur dann, wenn er gegenüber dem Versicherer verpflichtet ist, sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen zu bemühen.⁶¹ Durch die Betrauung wird der Versicherungsvertreter in die Absatzorganisation des Versicherers eingebunden und grundsätzlich dessen Weisungen unterworfen (§§ 675 Abs. 1, 665 BGB).⁶² Daraus folgt, dass der Versicherungsmakler auch insoweit unabhängig sein muss; eine vertragliche Bindung an den Versicherer, die (über Kooperations- und Courtagevereinbarungen hinaus)⁶³ einer Einbeziehung in die Absatzorganisation gleichkäme, ist rechtlich ausgeschlossen.

dd) Beratung auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks

Der Versicherungsmakler ist gem. § 60 Abs. 1 VVG verpflichtet, seinem Rat eine hinreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen und von Versicherern zu Grunde zu legen, so dass er nach fachlichen Kriterien eine Empfehlung dahin abgeben kann, welcher Versicherungsvertrag geeignet ist, die Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu erfüllen. Diese Regelung impliziert, dass der Versicherungsmakler nicht einen bestimmten Versicherer gebunden sein darf – und überschneidet sich insoweit mit dem in §§ 34d Abs. 1 GewO, 59 Abs. 3 VVG enthaltenen

⁶⁰ Münkler, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 59 Rn. 4; ähnlich: Reiff, in: Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG, 3. Aufl. 2022, § 59 Rn. 52 (vertraglich erteilte Geschäftsbesorgungsmacht), Rn. 92 (ständiges Betrauungsverhältnis); s. auch: Schwintowski, in: Bruck/Möller, 10. Aufl. 2022, § 59 Rn. 81, mit dem Hinweis auf BGHZ 94, 356, 358.

⁶¹ Münkler, a.a.O.; ähnlich: Dörner, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 59 Rn. 20, mit dem Hinweis auf §§ 92 Abs. 1, 86 Abs. 1 HGB; Schwintowski, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 59 Rn. 87.

⁶² Münkler, a.a.O.; ähnlich: Michaelis, in: Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, PK VVG, 4. Aufl. 2021, § 59 Rn. 7.

⁶³ Dazu: Michaelis, in: Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, PK VVG, 4. Aufl. 2021, § 59 Rn. 16 (Doppelrechtsverhältnis); s. auch: Schwintowski, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 59 Rn. 193 ff. und Dörner, a.a.O., § 59 Rn. 113 f., zu Kooperations- und Courtagevereinbarungen.

Kriterium der Nichtbetrauung (s.o.). Zusätzliche Anforderungen an eine mögliche Unabhängigkeit werden daraus aber (soweit erkennbar) nicht abgeleitet.

b) Bewertung

Das Berufsbild des Versicherungsmaklers setzt im Ergebnis nicht voraus, dass der Berufsträger in jeder Hinsicht unabhängig ist bzw. unabhängig berät.⁶⁴ Der Begriff der Unabhängigkeit ist vielschichtig, so dass es darauf ankommt, wie er hier zu verstehen ist. Da die Rechtsordnung den Begriff im Hinblick auf Versicherungsmakler nicht verwendet (s.o.), ist auf die sachnahe (gewerbe- und vertragsrechtliche) Regelung des Versicherungsberaters abzustellen: Versicherungsberater ist, wer berät, „ohne von einem Versicherungsunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein“ (§§ 59 Abs. 4 VVG, 34d Abs. 2 Satz 2 GewO). Daraus folgt, dass sich Abhängigkeit u.a. dadurch begründen lässt, dass jemand „von einem Versicherungsunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil“ erhält. Ist das der Fall, ist er *in dieser Weise von der Versicherungswirtschaft* abhängig.

Klarzustellen ist erneut, dass es in Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf (anders als in §§ 59 VVG, 34d GewO) nicht um Berufsbilder, sondern um die Modalitäten der Beratung geht. Die Diskussion über ein angebliches Provisionsverbot für Versicherungsmakler verstellt hier die den Blick auf den Regelungsansatz der Kommission (s.o. S. 19).

Das Merkmal der „Unabhängigkeit von der Versicherungswirtschaft“ ist vor diesem Hintergrund nur für den Beruf des Versicherungsberaters prägend.⁶⁵ Ihn und nur ihn trifft ein unbedingtes Provisionsannahmeverbot: Er darf sich seine Tätigkeit nur durch den Auftraggeber vergüten lassen (§ 34d Abs. 2 Satz 3 GewO). Zuwendungen eines Versicherungsunternehmens im Zusammenhang mit der Beratung, insb. auf Grund einer Vermittlung als Folge der Beratung, darf er nicht annehmen (Satz 4). In den Materialien heißt es dazu:

⁶⁴ Dagegen: *Schwintowski*, Rechtsgutachten, a.a.O., S. 3 (Versicherungsmakler, die ihrem Status nach auf unabhängiger Basis beraten), S. 7 ff.

⁶⁵ *Reiff*, in: Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG, 2. Aufl. 2016, § 59 Rn. 68; *Schwintowski*, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Aufl. 2022, § 59 Rn. 225.

„Insbesondere die Berufsbezeichnung und die das Berufsbild des Versicherungsberaters prägende Unabhängigkeit von der Versicherungswirtschaft, die sich vor allem in dem unbedingten Provisionsannahmeverbot niederschlägt, werden gesetzlich geregelt bleiben. [...] Die graduelle Abstufung der beim Abschluss von Versicherungsverträgen beteiligten Berufe vom Versicherungsvertreter über den Versicherungsmakler zum *unabhängigen Versicherungsberater* kann für den Versicherungsnehmer gerade bei einer einheitlichen gesetzlichen Regelung transparent gemacht werden.“⁶⁶

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Versicherungsmakler gewerbe- und vertragsrechtlich gesehen nicht unbedingt und in jeder Hinsicht unabhängig zu sein braucht: Er ist zwar nicht arbeitsvertraglich bzw. geschäftsbesorgungsvertraglich von einem bestimmten Versicherer abhängig. Er erhält jedoch im provisionsbasierten Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten einen wirtschaftlichen Vorteil von einem Versicherer. Da der Versicherungsmakler *insoweit* von der Versicherungswirtschaft abhängig ist, hindert ihn das *gesetzliche* Berufsbild auch nicht an der Mitteilung, dass er „nicht unabhängig“ berate. Der Richtlinienvorschlag besagt ja nicht, dass sich der Versicherungsmakler als *persönlich* von einem bestimmten Versicherer abhängig bezeichnen müsste. Er braucht sich selbst gar nicht als „abhängig“ bzw. als „nicht unabhängig“ zu bezeichnen. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf verlangen nur, dass er die Beratung, d.h. die von ihm angebotene Dienstleistung ggf. als „nicht unabhängig“ bezeichnet, weil sie von der Versicherungswirtschaft bezahlt wird.

c) Ergebnis

Das (gesetzliche) Berufsbild des Versicherungsmaklers setzt nicht voraus, dass der Versicherungsmakler in jeder Hinsicht unabhängig ist und „unabhängig“ bzw. „auf unabhängiger Basis“ berät. Nach dem Leitbild der §§ 34d, 59 GewO ist vielmehr davon auszugehen, dass nur derjenige *unabhängig* berät, der „berät ..., ohne von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein“ (§§ 34d Abs. 1 GewO, 59 Abs. 3 VVG). Daraus folgt, dass die in Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf vorgesehene Pflicht des Versicherungsmaklers, im provisionsbasierten Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten mitzuteilen, dass er „nicht unabhängig“ berate, nicht mit dem gesetzlichen Berufsbild kollidiert. Das

⁶⁶ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts v. 1.9.2006, BR-Drucks. 623/06, S. 82. Hervorhebungen des Verf.; siehe auch: Begründung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts v. 22.6.2006, BT-Drucks. 16/1935, S. 21.

wäre u.U. dann der Fall, wenn der Versicherungsmakler mitteilen müsste, dass er persönlich von einem bestimmten Versicherungsunternehmen abhängig sei. Davon kann jedoch keine Rede sein – auch, weil sich die Mitteilung gar nicht auf die Person des Versicherungsmaklers sondern nur auf die Beratung, d.h. die von ihm angebotene Dienstleistung bezieht.

IV. Ergebnisse

1. Im Rahmen ihres Kleinanlegerschutzpakets hat die Kommission am 24.5.2023 u.a. einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien (EU) 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2014/65/EU (MiFID II) und (EU) 2016/97 (IDD) im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern vorgelegt (Richtlinienvorschlag).
2. Der Richtlinienvorschlag enthält kein *generelles* Provisionsverbot, dafür aber drei *partielle* Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten: Die Provision soll entfallen
 - a) im Vertrieb ohne Beratung (Art. 29a Abs. 1 IDD-Entwurf),
 - b) in Fällen, in denen das Provisionssystem die ehrliche, redliche und professionelle Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden beeinträchtigt (Art. 29a Abs. 2 IDD-Entwurf), und
 - c) in Fällen, in denen der Versicherungsvermittler eine unabhängige Beratung bzw. eine Beratung auf unabhängiger Basis avisiert (Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf).
3. Das Provisionsverbot in Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf ist im Lichte des Regelungszusammenhangs, des Regelungsanliegens der Kommission und der Parallele zu Art. 24 Abs. 7 MiFID II so auszulegen, dass es *nicht* an die Mitteilung anknüpft, dass „die Beratung ungebunden erfolgt“ (deutsche Fassung), sondern an die Mitteilung, dass die Beratung „unabhängig“ bzw. „auf unabhängiger Basis“ stattfindet (englische, polnische, französische und italienische Fassung).
4. Die Regelung in Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf führt weder unmittelbar noch mittelbar zu einem Provisionsverbot für Versicherungsmakler; sie führt allerdings i.V.m. Art. 29 Abs. 1 IDD-Entwurf dazu, dass ein Versicherungsmakler im provisionsbasierten Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten angeben muss,

dass er „nicht unabhängig“ bzw. „nicht auf unabhängiger Basis“ berät. Im Einzelnen gilt folgendes:

5. Der Richtlinienvorschlag enthält kein unmittelbares Provisionsverbot für Versicherungsmakler auf EU-Ebene. Er sieht vor, dass der Versicherungsvermittler, der ein Versicherungsanlageprodukt vertreibt und eine unabhängige Beratung ankündigt, auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks beraten muss (Art. 30 Abs. 5b lit. a IDD-Entwurf) und keine Provision verlangen darf (litera b). Der Richtlinienvorschlag besagt aber keineswegs, dass der Versicherungsmakler eine unabhängige Beratung anbieten *müsste* und deswegen keine Provision verlangen *könnte*. Der Versicherungsmakler hat also die Wahl:
 - Er kann ausschließlich auf Provisionsbasis beraten, muss die Beratung dann aber gem. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf in jedem Einzelfall als „nicht unabhängig“ avisieren.
 - Er kann ausschließlich auf Honorarbasis beraten, d.h. Versicherungsanlageprodukte empfehlen ohne dafür eine Provision von einem Versicherer zu erhalten. Diese Beratung könnte und müsste er gem. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf in jedem Einzelfall als „unabhängig“ bezeichnen.
 - Er kann teils auf Provisions- und teils auf Honorarbasis beraten: Berät er auf *Provisionsbasis*, müsste er die Beratung im konkreten Einzelfall als „nicht unabhängig“ bezeichnen, berät er auf *Honorarbasis*, könnte und müsste er sie als „unabhängig“ deklarieren.
6. Der Richtlinienvorschlag führt auch nicht zu einem mittelbaren Provisionsverbot für Versicherungsmakler. Das wäre der Fall, wenn der Versicherungsmakler aufgrund des gesetzlichen Berufsbilds in der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet wäre, eine *unabhängige* Beratung anzukündigen, so dass er nach Umsetzung der Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf keine Provision mehr verlangen dürfte.
7. Das Berufsbild des Versicherungsmaklers ergibt sich aus dem Sachwalter-Urteil des BGH und aus §§ 34d GewO, 59 f. VVG: Der Versicherungsmakler steht als treuhänderähnlicher Sachwalter im Lager des Kunden. Er ist selbstständig und wird nicht von einem Versicherer oder Versicherungsvertreter betraut; er ist *insoweit* also persönlich unabhängig. Daraus folgt indes nicht, dass der Versicherungsmakler unbedingt und in jeder Hinsicht unabhängig wäre. §§ 34d

GewO, 59 VVG gehen vielmehr davon aus, dass derjenige, der von einem Versicherer wirtschaftliche Vorteile erhält, *in dieser Weise* von ihm bzw. von der Versicherungswirtschaft abhängig ist. Ein Versicherungsmakler, der auf Provisionsbasis vermittelt, ist nach diesem Begriffsverständnis und *in dieser Hinsicht* also „nicht unabhängig“.

8. Daraus folgt, dass die im Richtlinienvorschlag vorgesehene Pflicht des Versicherungsmaklers, im provisionsbasierten Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten anzugeben, dass er „nicht unabhängig“ berate, *nicht* mit dem gesetzlichen Berufsbild kollidiert. Der Versicherungsmakler braucht weder zu behaupten, dass er wie ein Arbeitnehmer persönlich abhängig sei, noch, dass er vertraglich bzw. wirtschaftlich von einem *bestimmten* Versicherer abhängt. Er muss lediglich angeben, dass eine von ihm ggf. angebotene Beratung auf Provisionsbasis „nicht unabhängig“ erfolgt.

Der Richtlinienvorschlag verlangt im Hinblick auf den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten sowohl auf Seiten des Versicherungsmaklers als auch auf Seiten der Kunden ein höheres Maß an Differenzierungsvermögen als bisher: Der Versicherungsmakler gibt an, dass er selbständig und „ungebunden“ ist, so dass er auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks im bestmöglichen Interesse des Kunden Versicherungsanlageprodukte auswählen und empfehlen kann. Er gibt gleichzeitig an, ob die von ihm angebotene Beratung „unabhängig“ oder „nicht unabhängig“ erfolgt, je nachdem, ob es sich im konkreten Einzelfall um eine Honorarberatung handelt (unabhängig) oder um eine Beratung auf Provisionsbasis (nicht unabhängig).

Im Ergebnis ist die in diesem Rechtsgutachten aufgeworfene Frage wie folgt zu beantworten: Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Kleinanlegerschutz vom 24. Mai 2023 enthält kein Provisionsverbot für Versicherungsmakler.

Berlin | Frankfurt (Oder), den 13.9.2023

Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer

Executive Summary

Beinhaltet der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Kleinanlegerschutz vom 24. Mai 2023 ein Provisionsverbot für Versicherungsmakler?

vorgelegt von

Professor Dr. *Christoph Brömmelmeyer*

im Auftrag des BVK e.V.

Executive Summary

Im Rahmen ihres Kleinanlegerschutzpakets hat die Kommission am 24.5.2023 u.a. einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2014/65/EU (MiFID II) und (EU) 2016/97 (IDD) im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern vorgelegt (Richtlinienvorschlag).

Der Richtlinienvorschlag enthält *kein generelles* Provisionsverbot, dafür aber drei *partielle* Provisionsverbote für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten: Die Provision soll entfallen

- a) im Vertrieb ohne Beratung (Art. 29a Abs. 1 IDD-Entwurf),
- b) in Fällen, in denen das Provisionssystem die ehrliche, redliche und professionelle Beratung im bestmöglichen Interesse des Kunden beeinträchtigt (Art. 29a Abs. 2 IDD-Entwurf), und
- c) in Fällen, in denen der Versicherungsvermittler eine unabhängige Beratung bzw. eine Beratung auf unabhängiger Basis avisiert (Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf).

Das Provisionsverbot in Art. 30 Abs. 5b IDD-Entwurf ist im Lichte des Regelungszusammenhangs, des Regelungsanliegens der Kommission und der Parallele zu Art. 24 Abs. 7 MiFID II so auszulegen, dass es *nicht* an die Mitteilung anknüpft, dass „die Beratung *ungebunden* erfolgt“ (deutsche Fassung), sondern an die Mitteilung, dass die Beratung *unabhängig* bzw. *auf unabhängiger Basis* stattfindet (englische, polnische, französische und italienische Fassung).

Der Richtlinienvorschlag enthält kein unmittelbares Provisionsverbot für Versicherungsmakler auf EU-Ebene. Er sieht vor, dass der Versicherungsvermittler, der ein Versicherungsanlageprodukt vertreibt und eine unabhängige Beratung ankündigt, auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks beraten muss (Art. 30 Abs. 5b lit. a IDD-Entwurf) und keine Provision verlangen darf (litera b). Der Richtlinienvorschlag besagt aber nicht, dass der Versicherungsmakler eine unabhängige Beratung anbieten *müsste* und deswegen keine Provision verlangen *könnte*. Der Versicherungsmakler hat vielmehr die Wahl:

- Er kann ausschließlich auf Provisionsbasis beraten, muss die Beratung dann aber gem. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf in jedem Einzelfall als „nicht unabhängig“ avisieren.
- Er kann ausschließlich auf Honorarbasis beraten, d.h. Versicherungsanlageprodukte empfehlen ohne dafür eine Provision zu erhalten. Diese Beratung könnte und müsste er gem. Artt. 29 Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf in jedem Einzelfall als „unabhängig“ bezeichnen.
- Er kann teils auf Provisions- und teils auf Honorarbasis beraten: Berät er auf Provisionsbasis, müsste er die Beratung im konkreten Einzelfall als „nicht unabhängig“ bezeichnen, berät er auf Honorarbasis, könnte und müsste er sie als „unabhängig“ deklarieren.

Der Richtlinienvorschlag führt auch nicht zu einem mittelbaren Provisionsverbot für Versicherungsmakler. Das wäre der Fall, wenn der Versicherungsmakler aufgrund des gesetzlichen Berufsbilds in der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet wäre, eine *unabhängige* Beratung anzukündigen, so dass er nach Umsetzung der vorgeschlagenen Artt. 29a Abs. 1, 30 Abs. 5b IDD-Entwurf keine Provision mehr verlangen dürfte.

Das Berufsbild des Versicherungsmaklers ergibt sich aus dem Sachwalter-Urteil des BGH und aus §§ 34d GewO, 59 f. VVG: Der Versicherungsmakler steht als treuhänderähnlicher Sachwalter im Lager des Kunden. Er ist selbstständig und wird nicht von einem Versicherer oder Versicherungsvertreter mit dem Vertrieb von Versicherungen betraut. Er ist insoweit also *persönlich* unabhängig. Daraus folgt indes nicht, dass der *Versicherungsmakler* so, wie der *Versicherungsberater*, in jeder Hinsicht unabhängig sein müsste. Berät der *Versicherungsmakler* auf Provisionsbasis, so erhält er „von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil“ und ist nach dem Regelungsgedanken der §§ 34d Abs. 2 GewO, 59 Abs. 3 VVG *in dieser Weise* von ihm bzw. von der Versicherungswirtschaft abhängig.

Ein Versicherungsmakler, der auf Provisionsbasis berät, handelt nach diesem Begriffsverständnis und *in dieser Hinsicht* also „nicht unabhängig“. Daraus folgt, dass die im Richtlinienvorschlag vorgesehene Pflicht des Versicherungsmaklers, im provisionsbasierten Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten anzugeben, dass er „nicht unabhängig“ berate, *nicht* mit dem gesetzlichen Berufsbild in der Gewerbeordnung bzw. im

VVG kollidiert. Der Versicherungsmakler braucht weder zu behaupten, dass er wie ein Arbeitnehmer persönlich abhängig sei, noch, dass er vertraglich bzw. wirtschaftlich von einem *bestimmten* Versicherer abhängt. Er muss lediglich angeben, dass die von ihm angebotene Beratung auf Provisionsbasis und deswegen „nicht unabhängig“ erfolgt.

Der Richtlinienvorschlag verlangt im Hinblick auf den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten sowohl auf Seiten des Versicherungsmaklers als auch auf Seiten der Kunden ein höheres Maß an Differenzierungsvermögen als bisher: Der Versicherungsmakler gibt an, dass er selbständig und „ungebunden“ ist, so dass er auf der Basis eines repräsentativen Marktüberblicks im bestmöglichen Interesse des Kunden Versicherungsanlageprodukte auswählen und empfehlen kann. Er gibt gleichzeitig an, ob die von ihm angebotene Beratung „unabhängig“ oder „nicht unabhängig“ erfolgt, je nachdem, ob es sich im konkreten Einzelfall um eine Honorarberatung handelt (unabhängig) oder um eine Beratung auf Provisionsbasis (nicht unabhängig).

Im Ergebnis ist die in diesem Rechtsgutachten aufgeworfene Frage wie folgt zu beantworten: Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Kleinanlegerschutz vom 24. Mai 2023 enthält kein Provisionsverbot für Versicherungsmakler.