

## **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.

## 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.“<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.“<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> 2009/138/EG,<sup>5</sup> 2011/61/EU,<sup>6</sup> 2014/65/EU (MiFID II)<sup>7</sup> und (EU) 2016/97 (IDD)<sup>8</sup> im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern (ab sofort: Richtlinienvorschlag).<sup>9</sup>

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Erwägungsgrund 1, a.a.O.

<sup>3</sup> 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](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_2868).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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)<sup>10</sup> im Hinblick auf eine Modernisierung des Basisinformationsblatts.<sup>11</sup>

In einer Pressemitteilung des Bundesverbands Finanzdienstleistung e.V. heißt es über die vorgeschlagene Änderung der Richtlinie über Versicherungsvertrieb (IDD)<sup>12</sup>, die Kommission schlage ein *Provisionsverbot für Versicherungsmakler* vor.<sup>13</sup> Diese Möglichkeit sieht auch *Schwintowski* in einem die Pressemitteilung begleitenden Rechtsgutachten vom 4. Juli 2023: Art. 30 Abs. 5b) IDD-Entwurf<sup>14</sup> 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 Vergütung<sup>15</sup>, die in der Versicherungsprämie enthalten ist.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.

---

<sup>10</sup> 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.

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

<sup>12</sup> Art. 2 des Richtlinienvorschlags.

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> *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).

<sup>15</sup> Begriff: Art. 2 Abs. 1 Nr. 9 IDD.

<sup>16</sup> Siehe Art. 19 Abs. 1 e) ii) IDD.

<sup>17</sup> 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*)<sup>18</sup> mit unterschiedlichen Regelungsoptionen befasst und u.a. eine Erhöhung der Transparenz finanzieller Anreize erwogen – genau wie ein generelles oder partielles Anreizverbot.<sup>19</sup> In der Folgenabschätzung selbst findet sich noch eine Präferenz für ein vollständiges unionsweites Provisionsverbot.<sup>20</sup> 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.“<sup>21</sup>

<sup>18</sup> 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}.

<sup>19</sup> Impact Assessment Report, a.a.O., S. 27 f.

<sup>20</sup> Impact Assessment Report, a.a.O., S. 40 ff., 59.

<sup>21</sup> 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.“<sup>22</sup>

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.

---

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> Konsens besteht nur darüber, dass sie *fondsgebundene* Lebensversicherungen erfasst,<sup>24</sup> reine Risikolebensversicherungen jedoch nicht.<sup>25</sup> Entgegen *Reiff*<sup>26</sup> und *Beyer*<sup>27</sup> gehören auch klassische Kapitallebensversicherungen, d.h. kapitalbildende Lebensversicherungen auf den Todes- und Erlebensfall zu den Versicherungsanlageprodukten.<sup>28</sup> Dafür spricht,

<sup>23</sup> Exemplarisch: *Brömmelmeyer*, r+s 2016, 269, vs. *Reiff*, r+s 2016, 593.

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

<sup>25</sup> Statt aller: *Rudy*, a.a.O.

<sup>26</sup> *Reiff*, r+s 2016, 593, 601 f.

<sup>27</sup> *Beyer*, VersR 2016, 293, 294.

<sup>28</sup> *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 Rückkausfall von der Überschussbeteiligung abhängt und daher i.S. der Definition des Versicherungsanlageprodukts (s.o.) Marktschwankungen ausgesetzt ist. Entgegen *Baroch Castellvi*<sup>29</sup> kommt es auch nicht darauf an, ob die Lebensversicherung im konkreten Einzelfall steuerlich begünstigt ist oder nicht.<sup>30</sup>

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:

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

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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

---

<sup>31</sup> Hervorhebung des Verf.

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

**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

---

<sup>32</sup> Kritisch: GDV, Stellungnahme zu den Vorschlägen der EU-Kommission zur EU-Kleinanlegerstrategie v. 31.7.2023, verfügbar unter [gdv.de](http://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)<sup>33</sup> muss auch heute schon in die Ausgestaltung der Provisionssysteme einfließen (Art. 17 Abs. 3 IDD bzw. § 48a Abs. 1 VAG).<sup>34</sup>

#### 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

<sup>33</sup> Dazu: *Rüsing*, VersR 2023, 345; *Brömmelmeyer*, VersR 2021, 805.

<sup>34</sup> 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 DeepL<sup>35</sup> mit „Beratung auf unabhängiger Grundlage“ oder „Beratung auf unabhängiger Basis“ übersetzt. Das entspricht der hier geprüften polnischen („*świadczone 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 IDD<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

Bei der Ermittlung des maßgeblichen Wortlauts ist davon auszugehen, dass grundsätzlich alle sprachlichen Fassungen einer Richtlinie gleichermaßen verbindlich<sup>38</sup> und gleichrangig sind.<sup>39</sup> Auch wenn die Richtlinie auf Englisch verhandelt wurde, folgt daraus nicht, dass die englische Fassung richtiger oder in höherem Maße verbindlich wäre.<sup>40</sup> Der EuGH betont allerdings in std. Rspr. die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung,<sup>41</sup> so dass die sprachliche Divergenz durch systematische, historische und teleologische Überlegungen beseitigt werden muss.<sup>42</sup>

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.

<sup>35</sup> DeepL (deepl.com).

<sup>36</sup> Erwägungsgrund 17 IDD auf Deutsch: „vertraglich gebundene Versicherungsvermittler“.

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

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

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

<sup>40</sup> *Riesenhuber*, a.a.O., Rn. 16.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> *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.<sup>43</sup> 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,<sup>44</sup> 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

<sup>43</sup> Allgemein: *Riesenhuber*, a.a.O., Rn. 22.

<sup>44</sup> Erwägungsgrund 5 des Richtlinienentwurfs.

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.“<sup>45</sup>

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.“<sup>46</sup>

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.“<sup>47</sup> Dementsprechend folgt der Vorschlag für Art. 30 Abs.

<sup>45</sup> Hervorhebungen des Verf.

<sup>46</sup> Hervorhebungen des Verf.

<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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.

---

<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

### 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.

---

<sup>49</sup> 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 Richtlinienentwurf 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*)<sup>50</sup> ein Provisionsverbot (nur) für Versicherungsmakler einzuführen. Davon kann jedoch keine Rede sein. Der Richtlinienentwurf 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.<sup>51</sup> 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 Richtlinienentwurfs:

„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.“<sup>52</sup>

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

<sup>50</sup> Rechtsgutachten, a.a.O., passim.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Begründung des Richtlinienentwurfs, 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“.<sup>53</sup> Befürchtet ein Versicherungsmakler also, dass die Kommission im

---

<sup>53</sup> Begründung des Richtlinienvorschlags, a.a.O., S. 10.

Rahmen der bereits angekündigten Revision der Kleinanlegerstrategie drei Jahre nach Annahme des Legislativpakets<sup>54</sup> (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“.<sup>55</sup> Es könne also nicht als Versicherungsmakler auftreten und sich gleichzeitig als „abhängig“ bzw. „nicht unabhängig“ bezeichnen.<sup>56</sup> 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-

<sup>54</sup> Begründung des Richtlinienvorschlags, S. 10 f.

<sup>55</sup> *Schwintowski*, Rechtsgutachten, a.a.O., S. 9.

<sup>56</sup> *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 BGH<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> Er kann also kein Arbeitnehmer sein, der als solcher zu weisungsgebundener und fremdbestimmter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a Abs. 1 BGB).<sup>59</sup> Insoweit verlangt das gesetzliche Berufsbild des Versicherungsmaklers tatsächlich persönliche Unabhängigkeit.

<sup>57</sup> BGHZ 94, 356, 359.

<sup>58</sup> *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).

<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> Betraut ist ein Versicherungsvermittler nur dann, wenn er gegenüber dem Versicherer verpflichtet ist, sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen zu bemühen.<sup>61</sup> Durch die Betrauung wird der Versicherungsvertreter in die Absatzorganisation des Versicherers eingebunden und grundsätzlich dessen Weisungen unterworfen (§§ 675 Abs. 1, 665 BGB).<sup>62</sup> Daraus folgt, dass der Versicherungsmakler auch insoweit unabhängig sein muss; eine vertragliche Bindung an den Versicherer, die (über Kooperations- und Courtagevereinbarungen hinaus)<sup>63</sup> 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

<sup>60</sup> *Münkel*, 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.

<sup>61</sup> *Münkel*, 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.

<sup>62</sup> *Münkel*, a.a.O.; ähnlich: *Michaelis*, in: Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers, PK VVG, 4. Aufl. 2021, § 59 Rn. 7.

<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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:

---

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

<sup>65</sup> *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.“<sup>66</sup>

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

<sup>66</sup> 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