

bote aktiv vermarktet werden, oder eine **Kombination** aus beidem vorsehen.²¹ Die Ausgestaltung der Instrumente offenbart jedoch eine unterschiedliche Priorisierung des Schutzzwecks: Während die Funktion der Eigenmittelanforderung angesichts ihrer Berechnung anhand der fixen Gemeinkosten vorwiegend in der Sicherstellung der Fortführung des Geschäftsbetriebs zu liegen scheint, weist die durch Art 11 Abs 7 hinsichtlich ihres Umfangs konkretisierte Versicherungsoption eher den Charakter einer Haftpflichtversicherung auf.²² Nicht präzisiert wird in der VO überdies, welche Deckungssumme einer solchen Versicherung zugrunde liegen müsste, um die Gleichwertigkeit mit einer entsprechenden Eigenmittelausstattung sicherzustellen.

- 21** Eine Ausnahme besteht für Schwarmfinanzierungsdienstleister, die auch Teil 3 Titel III CRR, der VO (EU) 2019/2033, Art 7–9 PSD2 oder Art 4 und 5 E-Geld-RL unterliegen.
- 22** Die in Art 11 Abs 7 angeführten Risiken umfassen etwa den Verlust von Dokumenten, die Erteilung von unrichtigen oder irreführenden Angaben, Pflichtverstöße, aber auch aus Betriebsunterbrechungen resultierende Verluste.

5. Conclusio

Ob die Schwarmfinanzierung-VO die in sie gesetzte Hoffnung erfüllen kann, zur Schaffung eines dynamischen und global wettbewerbsfähigen europäischen Binnenmarkts für Schwarmfinanzierungsdienstleistungen beizutragen, wird sich in den nächsten Jahren weisen. Es steht jedenfalls außer Zweifel, dass die VO eine grundlegende Umwälzung des regulatorischen Umfelds für Crowdfunding in der EU bedeuten und die Anforderungen an Schwarmfinanzierungsdienstleister in vielen Mitgliedstaaten deutlich erhöhen wird.



Der Autor:

Mag. **Harald Steinwendter** ist Legist in der Sektion III für Wirtschaftspolitik, Finanzmärkte und Zölle im Bundesministerium für Finanzen und war unter anderem als Vorsitzender der zuständigen Ratsarbeitsgruppe während der österreichischen EU-Ratspräsidentschaft mit der Verhandlung der VO betraut.

✉ harald.steinwendter@bmf.gv.at
 🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Steinwendter/Harald

Foto: privat

Bernhard Burtscher • Universität Liechtenstein

Unerlaubte Provisionen nach der IDD¹

» ZFR 2020/239

Die IDD schränkt die Zulässigkeit von Provisionen im Versicherungsvertrieb stark ein. Ausgehend davon geht der Beitrag der Frage nach, welche zivilrechtlichen Konsequenzen Verstöße gegen die neuen Provisionsregeln haben können.

1. Standortbestimmung

Die Provision gilt als „Leitvergütung“ im Versicherungsvertrieb.² Nicht nur die Angestellten des Versicherers im Direktvertrieb, sondern auch Versicherungsagenten und Versicherungsmakler werden idR nicht vom Kunden, sondern erfolgsbasiert vom Versicherer entlohnt.³

Für den Versicherungsmakler ist diese Praxis sogar im Gesetz verankert. Zwar ist jedem anderen Makler wegen seiner Interessenwahrungspflicht (§ 3 MaklerG; § 1009 ABGB) die Annahme einer

Provision von dritter Seite grundsätzlich untersagt (§ 5 Abs 1 MaklerG; § 1013 ABGB).⁴ Das gilt aber gerade nicht für den Versicherungsmakler, da „für [diesen] Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht“ (§ 5 Abs 1, § 30 Abs 1 MaklerG).⁵ Gerechtfertigt wird das damit, dass der typische Kunde ohnehin damit rechne, der Makler werde vom Versicherer bezahlt, weil der Kunde selbst nicht zur Zahlung eines Honorars bereit sei.⁶ Das geht nach Ansicht des BGH auf einen „allgemein bekannten Handelsbrauch“ zurück, der nach dem „Willen aller Beteiligten“ gar „als Gewohnheitsrecht anzusehen“ sei.⁷ Der Makler müsse dem Kunden daher nicht einmal offenlegen, dass er eine Provision erhält.⁸

- 1** Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 12. 11. 2019 in Vaduz gehalten hat.
- 2** *Jensen*, IDD-Umsetzung – Highlights in Deutschland, in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler*, Die Umsetzung der IDD in das österreichische Recht (2019) 201 (207).
- 3** *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht² (2018) Rz 695 ff.

- 4** *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 1013 Rz 2; *Baumgartner/U. Torggler* in *Klang*³ § 1013 Rz 8; *Ramharter*, VbR 2016, 144 (145 ff); *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1013 Rz 2.
- 5** ErIRV 2 BlgNR 20. GP 18; dazu näher *Koban*, Der Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers (2000) 75 f.
- 6** *Perner*, Europarechtliche Rahmenbedingungen der Versicherungsvermittlung, VR 2014/H 1-2, 30 (35); vgl auch *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht² Rz 753; krit *Dörner* in *Pröls/Martin*³⁰ (2018) § 59 Rz 92a.
- 7** BGH NJW 2014, 3360; OLG Karlsruhe BeckRS 2017, 107453; *Matusche-Beckmann* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, VersR-HB³ § 5 Rz 423; s auch BGE 124 III 481; BGE 142 III 657.
- 8** BGH NJW 2014, 3360.

So etabliert das Provisionssystem ist, so bekannt sind seine Schwächen: Die höchste Provision „fließt“ nicht immer für den Versicherungsvertrag, der den Bedürfnissen des Kunden am besten entspricht.⁹ Das kann den Makler dazu verführen, einen zwar für ihn lukrativeren, für den Kunden aber weniger passenden Vertrag zu empfehlen.¹⁰ Der Kunde finanziert diesen Fehlanreiz auch noch selbst: Mittelbar stammt die Provision über die Prämienzahlungen nämlich aus seinem Vermögen.

Fehlanreize scheinen zwar durch das Haftungsrecht entschärft zu werden, weil der Makler haftet, wenn er seinem Kunden einen unpassenden Versicherungsvertrag empfiehlt (§ 28 Z 3 MaklerG). B. Lorenz hat aber herausgearbeitet, dass man die Steuerungswirkung des Haftungsrechts nicht überschätzen dürfe, weil Provisionen einen „permanenten Anreiz zur Überversicherung“ schaffen. Höherer Versicherungsschutz bedeute meist eine höhere Provision und gleichzeitig eine geringere Gefahr, vom Kunden in Anspruch genommen zu werden.¹¹ Als Ausweg wird daher *de lege ferenda* immer wieder ein Provisionsverbot für Versicherungsmakler gefordert.¹²

In diese Kerbe schlug auch der Kommissionsvorschlag zur europäischen RL über Versicherungsvertrieb (Insurance Distribution Directive – IDD),¹³ der für Versicherungsmakler (freilich nur bei Versicherungsanlageprodukten) ein generelles Provisionsverbot vorsah.¹⁴ Im Gesetzgebungsverfahren konnte sich dieser Vorschlag aber nicht durchsetzen. Zwar dürfen die Mitgliedstaaten ein Provisionsverbot einführen; sie sind dazu aber nicht verpflichtet (Art 22 Abs 3 und Art 29 Abs 3 IDD). Dennoch wird den neuen Provisionsregeln der IDD, die Ö in §§ 127a ff VAG und den Landesregeln für Versicherungsvermittlung¹⁵ nahezu wortgleich umgesetzt hat, große „Sprengkraft“ zugetraut.¹⁶

2. Das Pflichtenprogramm der IDD

Angelpunkt ist dabei Art 17 Abs 1 IDD, wonach Versicherungsvertreiber gegenüber ihren Kunden „stets ehrlich, redlich und

professionell in deren bestmöglichem Interesse“ zu handeln haben.

Dieses „Leitprinzip“¹⁷ erinnert an § 3 MaklerG und § 1009 ABGB, wonach die Geschäfte des Auftraggebers „redlich und sorgfältig“ bzw. „emsig und redlich“ zu besorgen sind.¹⁸ Für den Versicherungsmakler ist Art 17 Abs 1 IDD daher selbstverständlich. Er muss als „Bundesgenosse“¹⁹ des Kunden ohnehin dessen Interessen über jene des Versicherers stellen (§ 3 Abs 1 Satz 2 MaklerG).²⁰

Die IDD richtet sich aber an alle „Versicherungsvertreiber“ gleichermaßen (Art 2 Abs 1 Z 8 IDD). Auf das bestmögliche Interesse des Kunden verpflichtet wird nunmehr auch der „im Lager des Versicherers“²¹ stehende Versicherungsagent (§ 1 Abs 1 der Landesregeln VV) und sogar der Versicherer selbst im Direktvertrieb (§ 128 Abs 1 VAG).²² Damit etabliert die RL ein *level playing field* für alle Vertriebskanäle.²³ Im Grundsatz trifft daher alle Vertreter das gleiche Pflichtenprogramm.

2.1. Offenlegung

Jeder Vertreter muss zunächst die Art der Vergütung offenlegen. Im arbeitsteiligen Vertrieb müssen also Makler und Agenten offenlegen, dass sie Provisionen vom Versicherer erhalten.²⁴ Im Direktvertrieb muss der Versicherer offenlegen, dass er seinen Angestellten Provisionen gewährt.²⁵

Das ergibt nur Sinn, wenn man nicht davon ausgeht, dass der Kunde ohnehin mit einer Provisionszahlung rechne, weil er selbst nicht zur Zahlung eines Honorars bereit sei. Die IDD geht also anders als das nationale Recht (1.) nicht von einer entsprechenden Erwartungshaltung des Kunden aus. Wird dem Kunden weder die Provision noch der Umstand offengelegt, dass er selbst ein Honorar zahlen muss (Art 19 Abs 1 lit e IDD), darf er sich vielmehr auf ein unentgeltliches Tätigwerden des Vertreibers einstellen. Damit ändert sich durch die IDD der „Geschäftsgebrauch“ iSd § 5 Abs 1, § 30 Abs 1 MaklerG.

Freilich darf der Vertreter die Höhe der Provision für sich behalten. Das ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu Art 19 Abs 2

⁹ Gruber/Baier, Vergütungen nach der IDD, VersR 2018, 1093 (1094); Koban, Provisionsanspruch 77; Ramharter, Inducements nach MiFID II und IDD und das zivilrechtliche Geschenkannahmeverbot (§ 1013 ABGB), VbR 2016, 103 (107).

¹⁰ Gruber/Baier, VersR 2018, 1093 (1094); vgl auch Assmann, Interessenkonflikte und „Inducements“ im Lichte der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) und der MiFID-Durchführungsrichtlinie, ÖBA 2007, 40 (49).

¹¹ B. Lorenz, Kundenschutz durch Regulierung der Versicherungsvermittlung, in Schnyder/Heiss/Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht (1995) 231 (245, 247 ff).

¹² B. Lorenz in Schnyder/Heiss/Rudisch 231 (246); Fuhrer, Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist, HAVE 2013, 107 (112); Kepplinger, Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016) 60 f; vgl Brömmelmeyer, „Honorar-Versicherungsberater ante portas!“ VuR 2017, 1; krit Perner, VR 2014/H 1-2, 30 (35).

¹³ RL 2016/97 v 20. 1. 2016, ABl L 26/19.

¹⁴ Art 24 Abs 5 lit b COM 2012/0175 (2012) 360 final; Beyer, Unionsrechtliche Neuregelung der Beratungs- und Informationspflichten für Versicherungsanlageprodukte, VersR 2016, 293 (297).

¹⁵ VO des BMDW BGBl II 2019/162.

¹⁶ Reiff/Köhne, Der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/97 (IDD) aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, VersR 2017, 649 (652).

¹⁷ Fenyves, Der Best-Interest-Ansatz als Leitprinzip der IDD, in Fenyves/Koban/Perner/Riedler 9.

¹⁸ Fenyves in Fenyves/Koban/Perner/Riedler 9 (23).

¹⁹ RIS-Justiz RS0114041.

²⁰ Armbrüster, Privatversicherungsrecht² Rz 773; Perner, VR 2014/H 1-2, 30 (31).

²¹ Reiff in MüKo, VVG² § 59 Rz 3.

²² Krit Kath, Information, Beratung und allgemeiner Wohlverhaltensgrundsatz beim Versicherungsvertrieb, ZVers 2018, 37 (47); Weinrauch/Nusime, Auswirkungen der Best-Interest-Verpflichtung im Versicherungsvertrieb, ZVers 2019, 60 (61).

²³ ErwGr 5, 6, 8 und 16; Brand, Die Zukunft des Versicherungsvertriebs, ZVers 2019, 3 (5); Matusche-Beckmann, Das Versicherungsvertriebsrecht nach Umsetzung der IDD-Richtlinie, ZVertriebsR 2018, 285.

²⁴ Art 19 Abs 1 lit d und e, Art 29 Abs 2 IDD; § 1 Abs 9 Z 9 und 10 der Landesregeln VV.

²⁵ § 130a Abs 1 Z 6, 7 VAG scheinen die Offenlegungspflicht auf den Vertrieb von Fremdprodukten zu beschränken. Das wäre richtlinienwidrig (Art 19 Abs 4 IDD; ErwGr 41). Eine richtlinienkonforme Interpretation ist aber möglich, weil die Offenlegungspflicht Teil der Pflicht zum Handeln im bestmöglichen Interesse des Kunden ist (§ 128 Abs 1 VAG).

IDD, wonach nur die Höhe eines unmittelbar vom Kunden selbst bezahlten Honorars offenzulegen ist,²⁶ wird aber vielfach als „*inkonsequent*“²⁷ empfunden.

Diese vermeintliche Inkonsequenz will *Ramharter* mit Blick auf das nationale Zivilrecht bereinigen. Da die IDD dem Versicherungsagenten gesteigerte Informationspflichten auferlege, stehe er in einem auftragsähnlichen Verhältnis zum Kunden. Nach § 1013 ABGB dürfe der Agent aber nur dann eine Provision vom Versicherer annehmen, wenn der Kunde damit einverstanden sei, was eine Offenlegung der Provisionshöhe voraussetze. Dasselbe müsse dann für den Makler gelten.²⁸

Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass der Makler nach nationalem Recht nicht einmal offenlegen musste, dass er überhaupt eine Provision erhält (1.). Umso weniger besteht eine Pflicht zur Offenlegung der Provisionshöhe. Der Agent steht in keinem Auftragsverhältnis zum Kunden,²⁹ sodass § 1013 ABGB gar nicht anwendbar ist. Man kann die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch nicht mit einzelnen in der IDD geregelten Pflichten begründen, um dann daraus Pflichten des Agenten abzuleiten, die die RL bewusst nicht vorsieht. Eine allgemeine Pflicht zur Offenlegung der Provisionshöhe besteht somit nicht (zur Genehmigung „gefährlicher“ Provision s aber noch 2.3.).

2.2. Inhaltsschranken

Einschneidender als die Offenlegungspflicht sind daher die inhaltlichen Vorgaben für Provisionen, die eng mit dem Leitprinzip des Art 17 Abs 1 IDD verknüpft sind. Der Versicherungsvertreiber darf nämlich nicht in einer Weise vergütet werden oder die Leistungen seiner Angestellten vergüten, die mit seiner „*Pflicht, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, kollidiert*“ (Art 17 Abs 3 IDD).³⁰

Mit Versicherungsanlageprodukten³¹ befasst sich Art 29 Abs 2 IDD gesondert. Demnach darf sich eine Provision beim Vertrieb

von Versicherungsanlageprodukten „*nicht nachteilig*“ auf die Qualität der Dienstleistung des Vertreibers auswirken (lit a) und nicht die Verpflichtung des Vertreibers beeinträchtigen, „*im besten Interesse*“ des Kunden zu handeln (lit b).³² Damit ist aber nur auf den ersten Blick ein strengerer Maßstab als bei „konventionellen“ Versicherungsprodukten verbunden. Es ist nämlich nicht vorstellbar, dass eine Vergütung sich nachteilig auf die Qualität der Dienstleistung des Vertreibers auswirkt, ohne dessen Verpflichtung zu beeinträchtigen, im besten Interesse des Kunden zu handeln. Das Kriterium der Nachteiligkeit hat daher keine eigenständige Bedeutung.³³

Diese Ansicht teilt auch die Kom, die Art 29 Abs 2 IDD in der DelVO 2017/2359 konkretisiert hat.³⁴ Nach Art 8 Abs 1 DelVO 2017/2359 ist eine Provision nämlich „*nachteilig*“, wenn sie einen Anreiz bietet, nicht „*im besten Interesse*“ des Kunden zu handeln. Daher ist die DelVO 2017/2359, die eigentlich nur für Anlageprodukte gilt, für alle konventionellen Versicherungsprodukte einschlägig, zumal hier Interessenkonflikte genauso auftreten können wie dort.³⁵

Im Ergebnis besteht also ein partielles Provisionsverbot für „gefährliche“ Provisionen. Verboten sind alle Provisionen, die auch nur geeignet sind, die Interessen des Kunden zu gefährden; auf eine tatsächliche Beeinträchtigung seiner Interessen kommt es nicht an.³⁶ Da eine gewisse Gefahr einer Interessenkollision freilich mit jeder Provision einhergeht,³⁷ bringt die Unterscheidung zwischen „gefährlichen“ und „ungefährlichen“ Provisionen heikle Abgrenzungsfragen mit sich, wie *Heiss/Mönnich* konstatieren: Wo ein „*verbotene[s] Vergütungssystem genau beginnt, sagt uns die Richtlinie [...] nicht*“.³⁸

Zwar soll Art 8 Abs 2 DelVO 2017/2359 etwas Licht ins Dunkel bringen. Die Bestimmung sieht aber selbst nur ein bewegliches System demonstrativ genannter und ausgesprochen vager Abwägungskriterien vor. Es ist daher an dieser Stelle auch aussichtslos, die Inhaltsschranken weiter konkretisieren zu wollen. Die Brisanz

26 *Gruber/Baier*, VersR 2018, 1093 (1097); zu Anlageprodukten *Baier*, Die Vergütung – inhaltliche Grenzen und Offenlegungspflichten, in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 25 (33); *Heiss/Mönnich*, Die neue EU-Richtlinie über den Versicherungsvertrieb („IDD“), HAVE 2016, 25 (32); *Reiff/Köhne*, VersR 2017, 649 (655); s auch § 130a Abs 1 Z 7 UAbs 2 VAG; § 1 Abs 10 der Standesregeln VV.

27 *Gruber/Baier*, VersR 2018, 1093 (1097); s auch *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht² Rz 757; *Dörner* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ § 59 Rz 92a; krit gegenüber der Offenlegung aber *Url*, Auswirkung der Offenlegung von Vergütungen für die Versicherungsvermittlung, in *Gisch/Kronsteiner/Riedlsperger*, Versicherungsvermittlung in Österreich (2013) 151 (161 ff).

28 *Ramharter*, VbR 2016, 144 (147 f, insb FN 97); so auch *Dörner* in *Prölss/Martin*, VVG³⁰ § 59 Rz 92.

29 6 Ob 26/09 f JBI 2010, 119; *Karollus/Kozioł*, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers gegenüber dem Kunden bei Einsatz der Lebensversicherung als Tilgungsträger für einen Kredit – Insbesondere beim Vertrieb des Versicherungsprodukts über Vermittler, ÖBA 2006, 263 (264); *Perner*, Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler, ZFR 2015, 108 (110).

30 S auch §§ 128 Abs 3, 135 Abs 4 VAG; § 1 Abs 3 Standesregeln VV.

31 Zur Abgrenzung *Baier*, Was sind IBIPs? ZFR 2018, 166; *Reiff*, Die Richtlinie 2016/97 über Versicherungsvertrieb, r+s 2016, 593 (600 ff); dazu auch *Fenyves*, Zusätzliche Anforderungen im Zusammenhang mit Versicherungsanlageprodukten (Art 26–30), in *Fenyves/Schauer*, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) (2017) 119.

32 § 135 Abs 4 VAG; § 9 Abs 3 Standesregeln VV; zum Zusammenhang mit der MiFID *Fenyves* in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 9 (14).

33 *Baier* in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 25 (40); *Fenyves* in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 9 (17); *Gruber*, Die Vergütung des Versicherungsvertriebers, ZVers 2018, 59 (61); *Wendt*, Das neue Versicherungsvertriebsrecht, VersR 2019, 257 (267); aA *Beyer*, VersR 2016, 293 (298). Das „beste“ Interesse in Art 29 Abs 2 lit b IDD entspricht dem „bestmöglichen“ Interesse in Art 17 Abs 3, *Brömmelmeyer*, Gläserner Vertrieb? – Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln in der Richtlinie (EU) 2016/97 über Versicherungsvertrieb, r+s 2016, 269 (272); *Fenyves* in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 9 (23 f).

34 DelVO 2017/2359 v 21. 9. 2017, ABl L 341/8.

35 *Beenken/Radtke*, IDD: Nachhaltige Vergütungspolitik entwickeln, ZfV 2017, 708 (709); *Fenyves* in *Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 9 (17); *Gruber/Baier*, VersR 2018, 1093 (1103 ff).

36 *Gruber/Baier*, VersR 2018, 1093 (1097 f); *Haghofer*, Rechtliche Beschränkungen für Provisions- und Abschlusskostenvereinbarungen bei Kapitallebensversicherungen, ZVers 2019, 49 (56); *Ramharter*, Die Umsetzung der Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD) im VAG 2016, VR 2018/H 5, 32 (36).

37 *Ramharter*, Das neue Vertriebsrecht für Versicherungsunternehmen, ZVers 2018, 12 (24).

38 *Heiss/Mönnich*, HAVE 2016, 25 (28); *Ramharter*, ZVers 2018, 12 (24); krit daher *Gruber/Baier*, VersR 2018, 1093 (1103); zur Parallelregelung in der MiFID *Assmann*, ÖBA 2007, 40 (49).



der neuen Regeln liegt vielmehr in ihrer Offenheit: Es liegt im Ermessen der zuständigen Behörden und Gerichte, ob sich die neuen Provisionsregeln als „zahnloser Tiger“³⁹ oder doch als „Sprengstoff“⁴⁰ für den Versicherungsvertrieb erweisen werden.

Eine erste Einschätzung lässt aber doch erhebliche Umwälzungen vermuten.⁴¹ So sind nach Art 8 Abs 2 DelVO 2017/2359 jedenfalls rein auf quantitative Kriterien – etwa das Erreichen bestimmter Verkaufsvolumina – abstellende Provisionsmodelle („Staffelprovision“) unzulässig (lit b und lit f).⁴² Gleichfalls sind reine Abschlussprovisionen unzulässig („Hit-and-run“-Vertragsabschlüsse), wenn sie nicht mit einem angemessenen Rückforderungsmechanismus verknüpft werden (lit e).⁴³ In der Lit wurden bereits Zweifel angemeldet, ob § 176 Abs 6 VersVG diesen Anforderungen genügt.⁴⁴ Unzulässig sind auch unverhältnismäßig hohe Provisionen (lit c),⁴⁵ wobei die Grenzziehung wieder eine Ermessensfrage ist.⁴⁶ Bedenklich sind schließlich Vermittlerprovisionen für das Anwerben von Neukunden, da sie einen kontraproduktiven Anreiz zu einem Wechsel des Versicherers setzen können (lit a). Zweifelhafte ist gar, ob zwischen vergleichbaren Produkten unterschiedliche Provisionsätze vereinbart werden dürfen.⁴⁷

Daher resümiert Reiff: „Man kann es drehen und wenden, wie man will.“⁴⁸ die meisten Instrumente, die im Vertrieb bislang gang und gäbe waren, [dürfen] nicht mehr verwendet werden.“⁴⁹

2.3. Genehmigung „gefährlicher“ Provisionen?

Vor diesem Hintergrund hat Ramharter die Frage aufgeworfen, ob der Kunde eine „gefährliche“ Provision genehmigen kann. Er verneint diese Frage freilich, weil die Provisionsvereinbarung ein Inhaltsverbot verletze.⁵⁰

Das ist insoweit zutreffend, als der Kunde eine „gefährliche“ Rahmenprovisionsvereinbarung nicht mit Wirkung für andere potenzielle Kunden genehmigen und den Vertreter so von jeder

verwaltungsrechtlichen Verantwortung befreien kann. Sehr wohl muss es dem Kunden aber freistehen, der Provision für den ihn betreffenden Vertrag die zivilrechtliche Rechtswidrigkeit zu nehmen. Diese auch dem nationalen Recht bekannte Möglichkeit einer „Einwilligung des Verletzten“ ergibt sich schon aus der RL selbst. Unerlaubt ist eine Provision nämlich nur, wenn sie die Pflicht des Vertreibers beeinträchtigt, „im bestmöglichen Interesse des Kunden“ zu handeln. Ist der Kunde aber mit der Provision einverstanden, ist dieser Tatbestand von vornherein nicht erfüllt.⁵¹ Schließlich ist es Sache des Kunden, ob er lieber selbst ein Honorar bezahlt oder sich mit einem Interessenkonflikt beim Vertreter abfindet, zumal auch die Provision mittelbar aus seinem Vermögen bezahlt wird. Daher erübrigt sich das Eingehen auf die schwierige Frage, ob unerlaubte Provisionsvereinbarungen vom Auftraggeber saniert werden können.⁵² Ist der Kunde mit der „gefährlichen“ Provision einverstanden, ist sie ohnehin erlaubt.

Sein Einverständnis könnte der Kunde grds auch konkludent durch Abschluss des Versicherungsvertrags erklären.⁵³ Bei der Annahme einer konkludenten Genehmigung ist aber Vorsicht geboten (§ 863 ABGB).⁵⁴ Nach dem Zweck der Inhaltsschranken genügt es für die Genehmigung keineswegs, wenn dem Kunden vor Vertragsabschluss offengelegt wird, dass für den Vertragsabschluss eine Provision bezahlt wird. Schließlich muss der Kunde nicht damit rechnen, dass es sich bei der offengelegten Provision um eine „gefährliche“ Provision handelt. Vielmehr sind alle Provisionen (auch „ungefährliche“) offenzulegen. Voraussetzung für die Genehmigung einer „gefährlichen“ Provision ist daher, dass der Kunde die Gefahr richtig einschätzen kann, weil er sich nur so eigenverantwortlich darauf einlassen kann.⁵⁵ Es bedarf daher einer qualifizierten Offenlegung des Interessenkonflikts durch den Vertreter, die zumindest die Berechnungsgrundlage sowie die zu erwartende Höhe der Provision umfasst.⁵⁶ Eine Offenlegung in AGB oder Vertragsformblättern scheidet aus, weil der Kunde gerade nicht mit rechtswidrigen Vertriebspraktiken rechnen muss (§ 864a ABGB).⁵⁷

³⁹ Fenyves in Fenyves/Koban/Perner/Riedler 9 (17).

⁴⁰ Reiff, Die Umsetzung der IDD in Deutschland mit Blick auf Österreich, ZVers 2018, 2 (5).

⁴¹ Ausf Gruber/Baier, VersR 2018, 1093 (1105 ff); Reiff, Das Versicherungsvertriebsrecht nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Versicherungsvertriebsrichtlinie, VersR 2018, 193 (198 f); Reiff/Köhne, VersR 2017, 649 (652); vgl aber Weber/Baisch in Trüben/Baumgartner/Brunner, Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union (2017) 251 (258 f).

⁴² Gruber/Baier, VersR 2018, 1093 (1105 f, 1108); Haghofer, ZVers 2019, 49 (57 f); Heiss/Mönnich, HAVE 2016, 25 (28); Reiff, VersR 2018, 193 (199); vgl schon B. Lorenz in Schnyder/Heiss/Rudisch 231 (250 f); Reusch, Der Verhaltenskodex des GDV für den Vertrieb von Versicherungsprodukten, VersR 2015, 1197 (1207).

⁴³ Gruber/Baier, VersR 2018, 1093 (1106, 1107 f).

⁴⁴ Haghofer, ZVers 2019, 49 (58).

⁴⁵ Baier in Fenyves/Koban/Perner/Riedler 25 (43); Reiff, ZVers 2018, 2 (6).

⁴⁶ Dazu Wendt, VersR 2019, 257 (268 f).

⁴⁷ Reiff, VersR 2018, 193 (198).

⁴⁸ Reiff, VersR 2018, 193 (198).

⁴⁹ Reiff, ZVers 2018, 2 (6); s auch Baier in Fenyves/Koban/Perner/Riedler 25 (26).

⁵⁰ Ramharter, VbR 2016, 144 (146); ihm folgend Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG 2018² § 51 Rz 94; anders noch Leupold, Zivilrechtliche Folgen der Verletzung von Offenlegungspflichten über Rückvergütungen, Zak 2010, 387 (388).

⁵¹ Mit ähnlichen Überlegungen zur Untreue Krejci, Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile in privatrechtlicher Sicht, in Krejci/Ruppe/Schick, Unerlaubte Provisionen (1982) 41 (67).

⁵² Dazu diff Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek⁵ § 1013 Rz 5; Krejci in Krejci/Ruppe/Schick 41 (77 ff); Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1013 Rz 16 ff.

⁵³ Für Bankgeschäfte Koch, Von Rücktritten und Retrozessionen, ÖBA 2008, 475 (483).

⁵⁴ Baumgartner/U. Torggler in Klang³ § 1013 Rz 21.

⁵⁵ Koziol, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483 (484 f); Ramharter, VbR 2016, 144 (146); Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek⁵ § 1009 Rz 9; vgl auch Krejci in Krejci/Ruppe/Schick 41 (80).

⁵⁶ Vgl BGE 132 III 460; BGE 137 III 393 mwN zum Schrifttum; Kronthaler/Schwangler, Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“, VbR 2017, 121 (124); Baumgartner/U. Torggler in Klang³ § 1013 Rz 21 mit Verweis auf § 51 Abs 3 Z 3 WAG, wonach auch der „Betrag“ der Provision offenzulegen ist; krit Graf, Keine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Innenprovision bei geschlossenen Fonds im Anwendungsbereich des WAG 1996, ÖBA 2017, 480 (482).

⁵⁷ AA für Bankgeschäfte Koch, ÖBA 2008, 475 (483).

Im Ergebnis ist also zu differenzieren: Bei „ungefährlichen“ Provisionen ist eine Offenlegung der Provisionshöhe entbehrlich, weil hier ein Interessenkonflikt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ohnehin ausgeschlossen ist. Bei „gefährlichen“ Provisionen ist hingegen eine qualifizierte Offenlegung des Interessenkonflikts einschließlich der Provisionshöhe erforderlich.

Somit wird eine „gefährliche“ Provision praktisch kaum je genehmigt werden. Legt der Vertreiber dem Kunden qualifiziert den Interessenkonflikt offen, wird der Kunde im Regelfall Abstand vom Versicherungsvertrag nehmen. Eine „gefährliche“ Provision ist daher idR eine unerlaubte Provision.

3. Rechtsfolgen

3.1. Grundlagen

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen unerlaubter Provisionen. Die IDD selbst sieht nur öffentlich-rechtliche Sanktionen vor, die vom Widerruf einer Eintragung in das Register der Versicherungsvermittler über die öffentliche Bekanntmachung von Verstößen bis zu drakonischen Verwaltungsstrafen reichen (Art 31 ff IDD; Art 33 Abs 2 IDD; § 322 Abs 2 VAG; § 366c GewO). Zivilrechtliche Rechtsfolgen verlangt die RL nicht zwingend (Art 29 Abs 3 UAbs 2).

Dass Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften auch zivilrechtliche Konsequenzen haben, ist aber nicht ungewöhnlich. So sind etwa Verstöße gegen die Informationspflichten nach § 5a KSchG nicht nur mit einer Verwaltungsstrafe zu ahnden (§ 32 KSchG), sie können auch irrtums- und schadenersatzrechtliche Folgen haben.⁵⁸ Anerkannt ist etwa auch, dass Verstöße gegen das WAG zivilrechtliche Ansprüche des Anlegers begründen.⁵⁹ Zumindest von einer solchen „Ausstrahlungswirkung“ des Aufsichtsrechts auf das Zivilrecht wird man auch im Anwendungsbe- reich der IDD ausgehen können.⁶⁰

Schließlich sind im Einklang mit dem europarechtlichen Äquivalenzprinzip⁶¹ Verstöße gegen europäische „Provisionsregeln“ gleich zu ahnden wie Verstöße gegen nationale „Provisionsregeln“. Das nationale Recht widmet sich unerlaubten Provisionen aber nicht zuletzt mit zivilrechtlichen Mitteln, wie gerade auch die Rsp zum Vertrieb von Kapitalanlagen zeigt.⁶²

Im Folgenden sollen daher die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das Pflichtenprogramm der IDD skizziert werden, ohne dabei angesichts der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen auf alle Detailfragen gebührend eingehen zu können. Im Mit-

telpunkt stehen Verstöße gegen die Inhaltsschranken (zur bloßen Verletzung der Offenlegungspflicht s 3.2.5.).

3.2. Zivilrechtliche Folgen

3.2.1. Nichtigkeit

Zunächst könnte ein Verstoß gegen Inhaltsschranken zur (relativen) Nichtigkeit des Versicherungsvertrags gem § 879 Abs 1 ABGB führen. Soweit ersichtlich, hat sich die Rsp zu den Anlegerschäden damit noch nicht auseinandergesetzt. In der Lit wird die Nichtigkeit des „provisionsbelasteten“ Vertrags aber zumindest erwogen,⁶³ wobei teils auch eine Parallele zum Wucher gezogen wird.⁶⁴

Im arbeitsteiligen Vertrieb bleibt die Wirksamkeit des Versicherungsvertrags zwar grds von einer Pflichtverletzung des Maklers unberührt. Bei einer unerlaubten Provisionsvereinbarung, wo der Versicherer Kenntnis von der Pflichtverletzung des Maklers hat, ist aber in Anlehnung an den „Missbrauch“ der Vertretungsmacht eine Unwirksamkeit des „erkauften“ Vertrags auch hier nicht ausgeschlossen.⁶⁵

Entscheidend muss für die Frage nach der Nichtigkeit letztlich der Zweck der Inhaltsschranken sein. Dieser Zweck liegt zweifellos auch im Schutz des Kunden, was für relative Nichtigkeit sprechen könnte. Etwas spezifischer geht es aber wohl um den Schutz der Dispositionsfreiheit des Kunden, der typischerweise keinen provisionsbelasteten Vertrag abschließen will. Man könnte daher einwenden, dass dafür das Irrtums- und das Schadenersatzrecht einschlägigere und differenziertere Regeln bereithalten, die nicht durch § 879 ABGB untergraben werden sollen. Außerdem könnte die relative Nichtigkeit zumindest binnen 30 Jahren geltend gemacht werden,⁶⁶ was bei Versicherungsanlageprodukten dem Kunden eine risikolose Spekulation auf Kosten des Versicherers ermöglichen würde.⁶⁷ Mit fortschreitender Zeit wird schließlich auch die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Versicherungsvertrags immer komplizierter. Das könnte dafür sprechen, den Verstoß gegen Inhaltsschranken nicht mit relativer Nichtigkeit zu ahnden, sondern eine Lösung im Irrtums- und Schadenersatzrecht zu suchen.

58 Apathy in Schwimann/Kodek⁴ § 5a KSchG Rz 3.

59 4 Ob 94/17b; Brandl/Klausberger, „Ausstrahlungstheorie“ – Zum Verhältnis zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht nach MiFID und WAG, ZFR 2009, 131; dazu auch Graf in Gruber/N. Raschauer, WAG § 38 Rz 44 ff.

60 Ramharter, Die Umsetzung der Versicherungsvertriebsrichtlinie in Österreich, in Fenyves/Schauer 143 (149 ff).

61 Dazu Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht (2011) 10 ff.

62 6 Ob 110/07f ÖBA 2008, 505; 2 Ob 99/16x JBl 2017, 585 (Dullinger) = ÖBA 2017, 708 (Klausberger/Lenz) = ZFR 2017/169 (Kepplinger); dazu Koch, ÖBA 2008, 475 (480 ff); vgl schon Witte/Weber, Zur Übertragbarkeit der Kickback-Rechtsprechung auf den Versicherungsbereich, VersR 2011, 1103.

63 Offenlassend Dullinger, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kickback-Provisionen bei der Vermögensanlage, in Leupold, Forum Verbraucherschutz (2017) 33 (38); krit zur Nichtigkeit von Provisionsvereinbarungen im Allgemeinen Riss, Vermittlungsprovision für einen Rechtsanwalt nicht durchsetzbar? RdW 2010, 762.

64 Gumpoltsberger, Aufklärungspflicht der Bank über Spesenaufteilungsvereinbarung bei gestaffelter Einschaltung zweier WPDLU, ecolex 2005, 682 (685). Gegen Nichtigkeit spricht nicht, dass der Makler die Provision herausgeben muss (so aber Baumgartner/U. Torggler in Klang³ § 1013 Rz 23). Die Herausgabepflicht setzt kein gültiges Ausführungsgeschäft voraus.

65 Dazu Baumgartner/U. Torggler in Klang³ § 1013 Rz 23; Krejci in Krejci/Ruppe/Schick 41 (76 f).

66 Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁵ § 879 Rz 239.

67 Dazu iZm dem ewigen Rücktrittsrecht in der Lebensversicherung Burtscher, Voraussetzungen, Grenzen und Folgen des „ewigen Widerrufsrechts“ in der Lebensversicherung nach Rust-Hackner, EuZW 2020, 317 (318 mwN).



3.2.2. Irrtum

Geht man nicht ohnedies von der relativen Nichtigkeit des Versicherungsvertrags aus, kommt nämlich eine irrumsrechtliche Anfechtung dieses Vertrags in Betracht, wenn und weil der Kunde über die „Belastung“ des Vertrags mit der unerlaubten Provision irrt.

Zur Irrtumsanfechtung berechtigt grds nur ein Geschäftsirrtum, nicht aber ein Motivirrtum. Es kommt also darauf an, ob der Irrtum des Kunden über die unerlaubte Provision einen Umstand betrifft, der „zum Vertragsinhalt gehört“. ⁶⁸ Das wird gelegentlich mit dem Argument bezweifelt, dass die Provision keine „Eigenschaft“ des erworbenen Produkts betreffe. ⁶⁹ Der Geschäftsirrtum erschöpft sich jedoch nicht im Eigenschaftsirrtum; beachtlich sind vielmehr alle Irrtümer über Umstände, die beide Vertragspartner für das konkrete Geschäft als bedeutsam akzeptieren. ⁷⁰

Die „Belastung“ des Versicherungsvertrags mit einer unerlaubten Provision könnte ein solcher Umstand sein. Gerade bei einem so sensiblen Produkt wie einer Versicherung kann für die Vertragsabschlussscheidung des Kunden von Bedeutung sein, ob mit seinen Versicherungsprämien unerlaubte Provisionen finanziert werden. Man könnte hier sogar an einen Irrtum über die Person des Vertragspartners denken (§ 873 ABGB), weil der Einsatz rechtswidriger Vertriebspraktiken das Vertrauen des Kunden in die Professionalität und Seriosität des Versicherers erschüttern kann. ⁷¹ Schließlich könnte man auch § 871 Abs 1 ABGB fruchtbar machen, wonach ein Irrtum über einen Umstand, über den eine gesetzliche Aufklärungspflicht besteht, immer ein Geschäftsirrtum ist. ⁷² Die Genehmigung einer „gefährlichen“ Provision setzt schließlich eine qualifizierte Aufklärung des Kunden über den Interessenkonflikt voraus (2.3.). Man könnte sich daher auf den Standpunkt stellen, dass bei einem (nicht genehmigten) Verstoß gegen Inhaltsschranken stets auch eine Aufklärungspflichtverletzung vorliege.

Qualifiziert man den Irrtum des Kunden als Geschäftsirrtum, bereiten auch die Alternativvoraussetzungen des § 871 Abs 1 ABGB keine größeren Probleme. Stützt man sich auf die Aufklärungspflichtverletzung, steht die Irrtumsveranlassung ohnehin fest. ⁷³ Aber auch wenn man an den Verstoß gegen Inhaltsschranken anknüpft, hat der Versicherer wohl „so viel zur Entstehung des Irrtums beigetragen, dass sein Vertrauen [...] nicht schutzwürdig ist“. ⁷⁴ Wegen des Verstoßes gegen Inhaltsschranken ist nämlich das vielfach für die Veranlassung geforderte Tatbestands-

merkmal der „Verkehrswidrigkeit“ erfüllt. ⁷⁵ Überdies muss der Irrtum des Kunden dem Versicherer regelmäßig auffallen, weil dieser als Teilnehmer der unerlaubten Provisionsvereinbarung den Irrtum mitverursacht hat.

Im arbeitsteiligen Vertrieb könnte man auch eine Zurechnung des Vermittlers an den Versicherer erwägen. Das gilt nicht nur für den Agenten, sondern auch für den Makler. Dieser ist zwar „echter“ Dritter, ⁷⁶ lässt sich aber vom Versicherer eine unerlaubte Provision versprechen. Darin wird eine Pflichtverletzung des Maklers liegen, an der der Versicherer „teilnahm“ oder von der der Versicherer als Teilnehmer der unerlaubten Provisionsvereinbarung „offenbar wissen musste“ (§ 875 ABGB).

Letztes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für eine Irrtumsanfechtung ist die Kausalität des Geschäftsirrtums für den Vertragsabschluss. Dazu wird der Kunde häufig plausibel darlegen können, ⁷⁷ dass er den Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er über rechtswidrige Vertriebspraktiken des Versicherers Bescheid gewusst hätte.

Folge einer Irrtumsanfechtung ist im Ausgangspunkt die Rückzahlung aller zu viel bezahlten Prämien (§ 877 ABGB). ⁷⁸ Bei genauerem Hinsehen bereitet die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung freilich (wie bei einer etwaigen relativen Nichtigkeit auch) gerade bei Versicherungsanlageprodukten erhebliche Schwierigkeiten, auf die an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen werden kann. ⁷⁹

3.2.3. Schadenersatz

3.2.3.1. Grundlagen

Neben dem Irrtumsrecht könnte sich der Kunde auch auf das Schadenersatzrecht berufen, um den Vertrag mit dem Versicherer zu beseitigen. In der Lit werden drei paradigmatische Fallgruppen für Schadenersatzansprüche genannt: die Überversicherung, die Unterversicherung und die Verpflichtung zur Zahlung überhöhter Prämien für an sich adäquaten Versicherungsschutz. ⁸⁰

Während diese Schadensposten freilich ohnehin meist auf eine Fehlberatung zurückgehen, haben die neuen Provisionsregeln (pflichtwidrig ist nicht erst der Beratungsfehler, sondern schon der Abschluss der unerlaubten Provisionsvereinbarung!) ⁸¹

⁶⁸ F. Bydliński, Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens, in FS Stoll (2001) 113 (117 ff); Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 871 Rz 7.

⁶⁹ Jesionek, Gedanken zur verschwiegenen Innenprovision als haftungsbe gründendes Element, ÖJZ 2019, 807 (808 f).

⁷⁰ F. Bydliński in FS Stoll 113 (119).

⁷¹ Vgl dazu Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 873 Rz 1.

⁷² Dazu Leupold, Zak 2010, 387 (390); ausf Vonkilch, Rechtsfragen der Irrtumsanfechtung von Wertpapierkäufen, ÖJZ 2010, 579 (581); für eine einschränkende Auslegung der Bestimmung Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 871 Rz 13.

⁷³ Vonkilch, ÖJZ 2010, 579 (585 f); vgl auch Leupold, Zak 2010, 387 (390).

⁷⁴ Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 871 Rz 20.

⁷⁵ So Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 871 Rz 14; Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 871 Rz 20.

⁷⁶ Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 875 Rz 11.

⁷⁷ Zur Beweislast Bollenberger/P. Bydliński in KBB⁶ § 871 Rz 3.

⁷⁸ Einschränkend Leupold/Ramharter, Zum Verhältnis von irrumsrechtlicher und schadenersatzrechtlicher Rückabwicklung bei Aufklärungspflichtverletzungen, ÖJZ 2010, 807 (809 ff).

⁷⁹ Dazu eingehend Perner/Spitzer, Rücktritt von der Lebensversicherung (2020) 35 ff.

⁸⁰ B. Lorenz in Schnyder/Heiss/Rudisch 231 (247); Schwintowski in Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-HB³ § 18 Rz 125; Wendt, VersR 2019, 257 (264).

⁸¹ Baumgartner/U. Torggler in Klang³ § 1013 Rz 11, 18. Eine Haftung des Ver treibers kommt daher insb auch dann in Betracht, wenn Ansprüche wegen eines Beratungsfehlers bereits verjährt sind, RIS-Justiz RS0050355; Liebel, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Vorliegen mehrerer Aufklärungspflichtverletzungen, ÖBA 2017, 403.

das Potenzial, darüber hinauszugehen. Bekanntlich sieht der OGH in seiner Rsp zum Anlegerschaden den (realen) Schaden schon in der unerwünschten Vermögenszusammensetzung.⁸² Ein ersatzfähiger Schaden liege bereits dann vor, wenn der Anleger in Kenntnis der unerlaubten Provision und des damit einhergehenden Interessenkonflikts das fragliche Produkt nicht erworben hätte.⁸³ Folgt man dem auch für den Versicherungsvertrieb, kommt es auf den Nachweis einer Unter- oder Überversicherung nicht mehr an.

Zwar sind die Anlegerschadensfälle insoweit anders akzentuiert, als der OGH dort die Haftung mit einer Aufklärungspflichtverletzung des Beraters begründet hat, während es hier primär um einen Verstoß gegen Inhaltsschranken geht. Da die Pflicht zur Aufklärung über eine Provision gerade die Dispositionsfreiheit des Anlegers wahren soll, ist es folgerichtig, dessen Schaden im unerwünschten Vertrag zu sehen. Freilich wollen auch die Inhaltsschranken verhindern, dass der Kunde den gewünschten Versicherungsschutz mit einer unerlaubten Provision „erkaufen“ muss, weil der typische Kunde das nicht möchte. Man könnte daher den Schaden des Kunden bereits im unerwünschten Versicherungsvertrag sehen, was auch schwierige Kausalitätserwägungen ersparen würde: Ohne unerlaubte Provisionsvereinbarung hätte der Kunde nämlich gerade keinen „provisionsbelasteten“ Vertrag abgeschlossen.

Nicht verschwiegen werden soll, dass die Beseitigung des Versicherungsvertrags im Rahmen der Naturalrestitution – wie die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung auch – schwierige Fragen aufwirft. Das gilt für den Vorteilsausgleich⁸⁴ ebenso wie für die technische Durchführung der Naturalrestitution, die gerade bei Ansprüchen gegen den Vermittler Probleme bereitet.⁸⁵ Hier kann im Einzelfall ein Wertersatzanspruch bestehen, wenn die Naturalrestitution unmöglich ist. Solche Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung sind für den OGH gleichwohl kein Grund, die Prämisse infrage zu stellen, dass der ersatzfähige Schaden bereits in der unerwünschten Vermögenszusammensetzung liegen kann.⁸⁶

3.2.3.2. Rechtswidrigkeitszusammenhang

Sieht man den Schaden des Kunden bereits im Abschluss des „provisionsbelasteten“ Versicherungsvertrags, ist freilich noch kurz auf den Rechtswidrigkeitszusammenhang einzugehen, zu dem der OGH in 2 Ob 99/16x wiederum aus Anlass eines Anlegerschadens ausführlich Stellung bezogen hat. Dort verneint der OGH den Rechtswidrigkeitszusammenhang, wenn der Bera-

ter nachweisen kann, dass er die Anlage auch dann empfohlen hätte, wenn er dafür keine Provision erhalten hätte.⁸⁷

Dieser Nachweis wird dem Versicherungsvertreiber zwar kaum gelingen, weil idR ohne Provision kein Versicherungsvertrag vertrieben wird.⁸⁸ Etwas abgewandelt könnte der Einwand des Vertreibers aber lauten, dass er den Vertrag auch dann vertrieben hätte, wenn dafür eine erlaubte Provision „geflossen“ wäre, weil sich der Interessenkonflikt dann gerade nicht zulasten des Kunden ausgewirkt habe. Insb der gebundene Versicherungsagent und der Versicherer im Direktvertrieb könnten vorbringen, dass ihre Produktpalette gar kein anderes vergleichbares Versicherungsprodukt enthalte und sie daher auch ohne Verstoß gegen Inhaltsschranken den gleichen Vertrag empfohlen hätten.

Abgesehen davon, dass die E 2 Ob 99/16x auf viel grundsätzliche Kritik gestoßen ist,⁸⁹ ist der OGH aber wohl nicht in diesem Sinne zu verstehen. So hat der OGH ausdrücklich den Einwand eines Anlageberaters verworfen, dass er nur Produkte vertreibe, für die er eine Provision erhalte. Dann könne nämlich immer noch ein Anreiz bestehen, ein Produkt zu vertreiben, obwohl den Bedürfnissen des Anlegers gar kein Produkt entspreche.⁹⁰ Daher kann wohl auch der Versicherungsvertreiber nicht einwenden, dass er nur auf Provisionsbasis arbeite und den gleichen Vertrag auch empfohlen hätte, wenn er dafür eine erlaubte Provision erhalten (oder im Direktvertrieb gewährt) hätte.

Dabei ist auch ein nicht unwesentlicher Unterschied zur E 2 Ob 99/16x hervorzuheben. Dort wurde eine an sich erlaubte Provision nicht offengelegt. In den hier interessierenden Fällen geht es hingegen um einen Verstoß gegen Inhaltsschranken; ein Interessenkonflikt steht also bereits fest. Das dürfte auch für den OGH von Bedeutung sein, heißt es doch in der E 2 Ob 99/16x: „Lag eine [...] Interessenkollision vor, so erhöhte sie das Risiko, dass die Klägerin [...] eine Anlage erwarb, die nicht ihren Wünschen und Bedürfnissen entsprach. Damit wäre der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen.“

In diesem Zusammenhang drängt sich auch eine Parallele zum rechtmäßigen Alternativverhalten auf, das als Sonderproblem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs gilt.⁹¹ Der Versicherungsvertreiber beruft sich ja darauf, dass er den Versicherungsvertrag auch ohne Verstoß gegen die Inhaltsschranken vertrieben hätte. Er macht also geltend, dass der Kunde bei rechtskonformem Verhalten denselben Schaden erlitten hätte. Dieser Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ist dem Schädli-

⁸² RIS-Justiz RS0129706; 6 Ob 145/08d; 8 Ob 66/14k EvBl 2015/25 (Leupold); 3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 (Klausberger/Lenz), 1 Ob 118/16h; krit P. Bydlinski, Anlageberaterhaftung: Beweislast, Beweismaß, Beweiswürdigung und Non liquet hinsichtlich Schaden(shöhe) und Kausalität, ÖBA 2012, 797 (798).

⁸³ RIS-Justiz RS0131382.

⁸⁴ Krejci in Krejci/Ruppe/Schick 41 (82).

⁸⁵ 3 Ob 49/12p; 8 Ob 66/14k EvBl 2015, 174 (Leupold) = VbR 2014, 196 (Buder); Fenyves, Haftung für unzulängliche Beratung in der Lebensversicherung, VR 2011/H 3, 28 (35 f).

⁸⁶ Vgl 8 Ob 66/14k EvBl 2015, 174 (Leupold) = VbR 2014, 196 (Buder).

⁸⁷ RIS-Justiz RS0131382; Graf, Schiffs- und Immobilienfonds: Keine Haftung der Bank bei fehlender Kenntnis des Beraters von der Innenprovision, ÖBA 2019, 17 (18); Jesionek, ÖJZ 2019, 807 (810).

⁸⁸ Zur Wissenszurechnung in Unternehmen 8 Ob 166/18x VbR 2019, 113 (S. Schumacher) = ÖBA 2019, 517 (Graf).

⁸⁹ Dullinger, JBl 2017, 585 (592); Kronthaler/Schwangler, VbR 2017, 121 (124 f); Wilhelm, Holland-Fonds: Verwirrungen über Schadenersatz: Richtigstellungen zu 2 Ob 99/16x, ecolex 2017, 629.

⁹⁰ 2 Ob 172/17h; Dullinger in Leupold 33 (34 f); Häusler, VbR 2018, 216 (217); S. Schumacher, VbR 2019, 113 (115); aA Graf, ÖBA 2017, 480 (482); Klausberger/Lenz, ÖBA 2017, 708 (714).

⁹¹ Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 7/22 ff.



ger aber nach hA bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften verwehrt, weil diese nicht nur die Verhütung von Schäden, sondern gerade auch die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens bezwecken.⁹² Daher kann sich der Schädiger, der unlautere Wettbewerbshandlungen setzt, nicht darauf berufen, dass der Schaden auch durch lautere Handlungen eingetreten wäre.⁹³ Das gilt auch hier: Sind bestimmte Provisionen verboten, weil sie die Gefahr einer Interessenkollision begründen, kann sich der Vertreiber nicht darauf berufen, dass er gleich gehandelt hätte, wenn er sich nicht in einer Interessenkollision befunden hätte.

3.2.3.3. Haftungsadressaten

Stehen damit die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs fest, ist Haftungsadressat der jeweilige Versicherungsvertreiber, der seine Pflicht zum Handeln im besten Interesse des Kunden verletzt. Das ist je nach Vertriebskanal der Makler oder der Agent (§ 1 Abs 3 Ständeregeln VV) oder (im Direktvertrieb) der Versicherer selbst (§ 128 Abs 3, § 135 Abs 4 VAG).

Während eine persönliche Haftung für den Makler nicht ungewöhnlich ist, ist sie für den Agenten eher die Ausnahme.⁹⁴ Dennoch erübrigt sich ein Eingehen auf die im Allgemeinen schwierig zu beantwortende Frage, wann der Agent dem Kunden haftet,⁹⁵ weil ihm schon das Gesetz die gleichen Pflichten zur Einhaltung der Inhaltsschranken auferlegt wie dem Makler. Damit wird der Richtlinienvorgabe Rechnung getragen und ein *level playing field* etabliert. Es ist daher auch folgerichtig, dass im Direktvertrieb den Versicherer die gleiche Haftung trifft wie im arbeitsteiligen Vertrieb den Vermittler.

Nicht ganz eindeutig ergibt sich aus der RL, ob den Versicherer auch im arbeitsteiligen Vertrieb neben dem Vermittler (Agent oder Makler) die Pflicht zur Einhaltung der Inhaltsschranken trifft. Art 17 Abs 3 IDD verbietet den Versicherern nämlich nur, „ihre Angestellten“ in einer Weise zu vergüten, die mit der Pflicht zur Wahrung des bestmöglichen Kundeninteresses kollidiert.⁹⁶ Man könnte sich daher auf den Standpunkt stellen, dass der Versicherer nicht pflichtwidrig handle, wenn er einem unabhängigen Vermittler eine „gefährliche“ Provision gewähre,⁹⁷ pflichtwidrig handle hier nur der Vermittler.

Das steht einer Haftung des Versicherers freilich nicht entgegen, weil er sich nach § 44 Abs 2 VersVG den Agenten selbst

dann als Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss, wenn dieser nur eigene Pflichten verletzt.⁹⁸ Für den Makler haftet der Versicherer zwar grds nicht;⁹⁹ anderes gilt aber nach § 44 Abs 2 VersVG für den sog Pseudomakler.¹⁰⁰ Dabei rechtfertigt zwar eine (Rahmen-)Provisionsvereinbarung allein noch keine Zurechnung des Maklers an den Versicherer (§ 26 Abs 1 Satz 2 MaklerG).¹⁰¹ Es erscheint aber durchaus plausibel, dass sich der Versicherer den Makler dann zurechnen lassen muss, wenn er ihn durch eine unerlaubte Provisionsvereinbarung an sich bindet.¹⁰² Damit erhöht der Versicherer nämlich die Gefahr einer Fehlberatung und nützt das Naheverhältnis zum Makler zur Steigerung der eigenen Erwerbchancen aus, was für dessen Qualifikation als Pseudomakler nach hA ausreicht.¹⁰³

3.2.4. Herausgabe der Provision

Die skizzierten schadenersatz- und irrtumsrechtlichen Behelfe dienen wirtschaftlich der Beseitigung des Versicherungsvertrags. In vielen Fällen wird der Kunde aber am Vertrag festhalten wollen, wenngleich ihn der Umstand stört, dass mit seiner Versicherungsprämie rechtswidrige Vertriebspraktiken finanziert werden. Hier schafft § 5 Abs 2 HS 1 MaklerG Abhilfe, wonach der Kunde vom Makler die Herausgabe der unerlaubten Provision verlangen kann.¹⁰⁴

Demgegenüber besteht kein Herausgabeanspruch gegen den Versicherungsagenten, weil § 5 MaklerG und § 1009 ABGB hier nicht anwendbar sind. Erwägenswert sind aber Schadenersatzansprüche des Kunden. Bezahlt wird die Provision zwar vom Versicherer, sodass sie primär dessen Gewinn schmälert. Dennoch wird ein ersatzfähiger Schaden des Kunden bereits in der Verringerung des diesem aus dem Ausführungsgeschäft zukommenden Vorteils um die vom Dritten geleistete Provision gese-

⁹² RIS-Justiz RS0022911; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 10; Reischauer in Rummel³ § 1295 Rz 1b; für eine Schadensteilung Koziol, Grundfragen Rz 7/26 ff.

⁹³ Koziol, Grundfragen Rz 7/34.

⁹⁴ Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 128 mwN; dagegen aber Kepplinger, Eigenhaftung 206 ff.

⁹⁵ Dazu 6 Ob 26/09f; Perner, ZFR 2015, 108 (110); Kepplinger, Eigenhaftung 206 ff; Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 128 mwN; Schobel, Auskunftshaftung, Vertragsfiktionen und Eigenhaftung des Gehilfen, ÖBA 2001, 752 (757).

⁹⁶ Auch § 128 Abs 1 VAG verpflichtet die VR nur „bei ihrer Versicherungsvertriebstätigkeit“. Bei Anlageprodukten ist aber auch die Zahlung einer unerlaubten Provision an einen selbstständigen Vermittler eine Pflichtverletzung (Art 29 Abs 2 IDD).

⁹⁷ Dagegen aber Haghofer, ZVers 2019, 49 (56), der eine Schutzgesetzverletzung sieht.

⁹⁸ Ramharter, ZVers 2018, 12 (21 f); ErlRV 26 BlgNR 26. GP 13 f; vgl RIS-Justiz RS0080420.

⁹⁹ Werber, Voraussetzungen und Probleme einer Zurechnung von Maklerfehlern gegenüber dem Versicherer, VersR 2014, 412 (416 ff).

¹⁰⁰ Armbrüster, Privatversicherungsrecht² Rz 703; Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 128; Werber, Pseudomakler und Scheinagent: Haftungs- und Zurechnungsfragen, in FS Fenyves (2013) 803 (809); krit Rabl, ÖBA 2013, 431 (437).

¹⁰¹ Gruber in Fenyves/Schauer, VersVG § 43 Rz 10; Rabl, ÖBA 2013, 433 (436); Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 98; Vonkilch, Grundfragen der Schadenersatzpflicht von Anlegern nach erfolgter Anfechtung von Wertpapierkäufen, ÖJZ 2011, 989 (993 f); anders Riedler, Schadenersatzpflicht irreführender Anleger? ecolo 2011, 194 (196 f).

¹⁰² Ramharter, ZVers 2018, 12 (23); s auch Karollus/Koziol, ÖBA 2006, 263 (265 f); Trenker, Externe Anlageberater/-vermittler als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfen der ausführenden Bank? Zak 2012, 363 (365).

¹⁰³ Zu den (im Detail strittigen) Zurechnungsgründen und -voraussetzungen weiterführend Fenyves, § 43a VersVG und das allgemeine Schadenersatzrecht, in FS Baumann (2000) 65 (72 ff); Karollus/Koziol, ÖBA 2006, 263 (266); Leupold/Ramharter, Zurechnungsfragen beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren: Anmerkungen zu OGH 4 Ob 129/12t und zur Haftung für den „Pseudoberater“, RdW 2013, 445 (448 ff); Perner, ZFR 2015, 108 (112); Vonkilch, Zur schadenersatzrechtlichen Gehilfenzurechnung beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren, in FS Fenyves (2013) 395 (404).

¹⁰⁴ Zu Retrozessionen 6 Ob 110/07f; Leupold, Zak 2010, 387 (389 ff); Riesenhuber in BeckOGK § 667 Rz 28; BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; vgl aber BGH III ZR 170/10; Schäfer in MüKo BGB⁸ § 667 Rz 13.

hen.¹⁰⁵ Mittelbar finanziert nämlich der Kunde mit einem Teil der Versicherungsprämie die Provision, während sie beim Versicherer von vornherein einen Durchlaufposten darstellt. Der „Provisionsschaden“ könnte daher ein ersatzfähiger Schaden des Kunden sein. Dafür spricht auch das Anliegen der RL, ein *level playing field* zwischen allen Vertriebskanälen zu etablieren. Wenngleich ein Herausgabeanspruch vom Eintritt eines Schadens unabhängig ist,¹⁰⁶ kommt der Ersatz des „Provisionsschadens“ nämlich wirtschaftlich dem Herausgabeanspruch meist gleich.

Ein entsprechender Anspruch des Kunden auf Ersatz des „Provisionsschadens“ ist daher auch im Direktvertrieb denkbar, wenn der Angestellte des Versicherers eine unerlaubte Provision erhält. Zwar ist der Angestellte selbst kein Pflichtenadressat der IDD.¹⁰⁷ Die Pflicht zur Einhaltung der Inhaltsschranken trifft aber den Versicherer selbst, der dem Kunden somit den „Provisionsschaden“ ersetzen müsste.

3.2.5. Keine Offenlegung „ungefährlicher“ Provisionen

Abschließend bleibt noch die fehlerhafte Offenlegung einer „ungefährlichen“ Provision zu untersuchen. Hier verletzt der Vertreter nur seine Offenlegungspflicht, aber nicht die Inhaltsschranken.

Auch damit sind nicht nur aufsichtsrechtliche Konsequenzen verbunden (Art 31 Abs 1 lit e und f IDD);¹⁰⁸ auch im Verhältnis zum Kunden liegt eine unerlaubte Provision vor. Ohne entsprechende Offenlegung muss der Kunde nämlich nicht erwarten, dass der Vertreter eine Provision annimmt oder gewährt (2.1.). Das würde nahelegen, dass die bloße Verletzung der Offenlegungspflicht die gleichen Rechtsfolgen nach sich zieht wie ein Verstoß gegen Inhaltsschranken.

Bei näherem Hinsehen ist das aber nicht der Fall. Nach verbreiteter Auffassung scheidet zunächst ein Herausgabeanspruch aus, wenn der Beauftragte nachweisen kann, dass ihm die Provision nicht zwecks unlauterer Beeinflussung gegeben wurde.¹⁰⁹ Dieser Nachweis wird dem Makler gerade bei „ungefährlichen“ Provisionen gelingen. Auch die RL selbst verlangt keinen Herausgabeanspruch des Kunden (Art 29 Abs 3 IDD).

Schadenersatzansprüche und das Recht zur irrtumsrechtlichen Anfechtung des Versicherungsvertrags werden häufig an der Kausalität scheitern.¹¹⁰ Der Kunde müsste nachweisen, dass

er vom Versicherungsvertrag Abstand genommen hätte, wenn er von der „ungefährlichen“ Provision gewusst hätte, weil er selbst zur Zahlung eines Honorars bereit gewesen wäre. Dieser Nachweis wird häufig misslingen. Im arbeitsteiligen Vertrieb kommt hinzu, dass den Versicherer selbst keine Offenlegungspflicht trifft und ihm das Verhalten des Maklers nicht zuzurechnen ist (§ 44 VersVG). In vielen Fällen wird daher die fehlerhafte Offenlegung einer „ungefährlichen“ Provision zivilrechtlich sanktionslos bleiben.

4. Fazit

Zusammenfassend bringt die IDD somit erhebliche Neuerungen für den Versicherungsvertrieb. Das gilt in erster Linie für Versicherungsagenten und für Versicherer im Direktvertrieb, die nunmehr im Wesentlichen das gleiche Pflichtenprogramm trifft wie Versicherungsmakler.

Als einschneidend für alle Vertriebskanäle erweisen sich insb die Inhaltsschranken. Verboten sind „gefährliche“ Provisionen, die die Pflicht des Vertreibers beeinträchtigen können, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln. Hier drohen dem Vertreter nicht nur verwaltungsrechtliche, sondern gerade auch zivilrechtliche Konsequenzen, die von möglichen Nichtigkeitsfolgen über irrtumsrechtliche Behelfe und Schadenersatzansprüche bis zu Herausgabeansprüchen des Kunden reichen.

Der bloße Verstoß gegen die Pflicht zur Offenlegung einer „ungefährlichen“ Provision bleibt hingegen regelmäßig zivilrechtlich sanktionslos. Die Würfel fallen somit bei der Frage, ob die Provision „gefährlich“ oder „ungefährlich“ ist. Gerade in dieser Frage besteht freilich ein erheblicher Ermessensspielraum der zuständigen Behörden und Gerichte.¹¹¹ Von deren Auslegung wird daher die praktische Tragweite der neuen Provisionsregeln entscheidend abhängen.

111 Zur Beweislastverteilung hinsichtlich der dafür maßgebenden Tatsachen *Trenker*, Externe Anlageberater/-vermittler als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfen der ausführenden Bank? Zak 2012, 363 (366).

105 *S Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1013 Rz 20 mit Verweis auf GIUNF 4987.

106 *Zeiller*, Commentar III (1812) 288; *Krejci in Krejci/Ruppe/Schick* 41 (81); OGH ZFRV 1984, 59 (*Liebscher*).

107 Vgl *Gruber/Baier*, VersR 2018, 1093 (1097); zur MiFID *Graf in Gruber/N. Raschauer*, WAG § 38 Rz 30 ff. Das Provisionsinteresse allein begründet keine Pflichten des unselbstständigen Vermittlers, s *Kepplinger*, Eigenhaftung 205 f.

108 Art 33 Abs 1 lit e und f verweisen auf das Kapitel V über Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln; vgl zu dieser Unterscheidung *Fenyves in Fenyves/Koban/Perner/Riedler* 9 (13); *Schauer in Fenyves/Schauer* 69 (72).

109 JBl 1953, 468; *Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek*⁵ § 1013 ABGB Rz 4; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1013 Rz 4, 8; *Schurr in Schwimann/Neumayr*⁴ § 1013 Rz 2.

110 Vgl auch *Leupold*, Zak 2010, 387 (389).



Der Autor:

Bernhard Burtscher ist Postdoktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Liechtenstein.

Ausgewählte Publikationen:

Schadensabwicklung durch den Kfz-Versicherer (2020; gemeinsam mit Martin Spitzer); Voraussetzungen, Grenzen und Folgen des „ewigen Widerrufsrechts“ in der Lebensversicherung nach Rust-Hackner, EuZW 2020, 317; Haftung bei Multiorganschaft (2019); D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Abschlusszuständigkeit und Missbrauch der Vertretungsmacht, ZVers 2019, 290; Die Subsidiarität des Schutzwirkungsvertrages im Zivilprozess, JBl 2015, 631

✉ bernhard.burtscher@uni.li

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Burtscher/Bernhard