

Verfasser:

Dr. Christian Winternitz
Rechtsanwalt
Kanzlei Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH

VAG grundsätzlich umgestaltet und den Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 nachgebildet werden¹⁾.

Nach der VAGNov wäre vorgesehen, dass Versicherungsunternehmen (VU) künftig mit der kaoLV eine neue Versicherungslösung anbieten. Unter kaoLV sind Lebensversicherungstarife zu verstehen, bei denen die Kapitalanlage nach bestimmten zwischen Versicherungsnehmer (VN) und VU vereinbarten Vorgaben erfolgt, nämlich einer speziellen Veranlagungsstrategie, der eine persönliche durch das VU vorzunehmende Risikoeinschätzung zugrunde liegt. Es werden dabei Kapitalanlagestrategien für jeden konkreten Tarif definiert, ohne dass diese Tarife einem der bereits bestehenden Lebensversicherungstypen zugeordnet werden können²⁾.

Das neue Versicherungsprodukt ist in zwei Ausgestaltungsformen vorgesehen und zwar der kaoLV ohne Garantiezins und der kaoLV mit Garantiezins. Bei Ersterer wird zwischen VU und VN eine bestimmte Veranlagungsstrategie vereinbart, wobei der VN die Kapitalanlagen auswählt und selbst das Anlagerisiko trägt. Die Versicherungsleistung hängt hier von der Entwicklung der gewählten Kapitalanlage ab. Der VN hat bei diesem Produkt Anspruch auf den Ertrag aus der Veranlagung, das VU übernimmt keine Garantie³⁾. Bei der kaoLV mit Garantiezins hat der VN hingegen Anspruch auf eine bestimmte Leistung, die vom VU unter Heranziehung der Bestimmungen der Höchstzinssatzverordnung garantiert wird. In diesem Fall wählt das VU die spezielle Kapitalanlagestrategie, um die Leistung zu erfüllen und übernimmt sohin das Anlagerisiko⁴⁾.

Die Einführung der kaoLV wurde zum Anlass genommen, für alle Produkte des Lebensversicherungsbereichs bei denen der VN das Anlagerisiko übernimmt, ein dem WAG 2007 vergleichbares Schutzniveau vorzusehen. Neben der neuen kaoLV ohne Garantiezins betrifft dies auch die fondsgebundene und indexgebundene Lebensversicherung⁵⁾. Demnach sollen gemäß VAGNov Teile der Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 in das VAG übernommen werden, und zwar im Einzelnen:

■ ZFR 2008/98, 157

VAG Novelle 2008: Das Ende der Vermittlung für fondsgebundene Lebensversicherungen

1. Vorbemerkungen

Mit dem Gesetzesentwurf zur VAG Novelle 2008 (VAGNov) soll einerseits ein neuer Lebensversicherungstypus – nämlich die kapitalanlageorientierte Lebensversicherung (kaoLV) – eingeführt werden, andererseits die Schutzbestimmungen des § 75

- 1) Der Gesetzesentwurf enthält außerdem Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 2007/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 9. 2007 in Bezug auf Verfahrensregeln und Bewertungskriterien für die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von Beteiligungen im Finanzsektor (ABl L 247) vom 21. 9. 2007). Die Umsetzung und der Gestaltungsspielraum im nationalen Vollzug wurden damit weitgehend eingeengt, dies um die teilweise intransparenten Verfahren hinsichtlich Fristenlauf und Bedingungen, die sich als Behinderung beim grenzüberschreitenden Beteiligungserwerb erwiesen hatten, zu beseitigen. Der Gesetzesentwurf samt Erläuternder Bemerkungen ist auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen unter www.bmf.gv.at abrufbar.
- 2) Zu den anderen Lebensversicherungstypen gehören neben der klassischen Lebensversicherung die fondsgebundene Lebensversicherung, indexgebundene Lebensversicherung, prämienbegünstigte Zukunftsvorsorge und betriebliche Kollektivversicherung.
- 3) Für die Veranlagungsstrategie kommen weitgehend die für die Anlageleitlinien bei der Portfolioverwaltung erarbeiteten Grundsätze zum Tragen. Das Produkt ist daher der Portfolioverwaltung weitgehend nachgebildet.
- 4) Das Risiko des VU ist dabei mit dem Garantiezins beschränkt, vgl auch Erläuterungen zur VAGNov, Allgemeiner Teil S 4.
- 5) Auf diese beiden Versicherungsarten kam bisher die Schutzbestimmung des § 75 VAG idgF zur Anwendung, die mit Einführung des WAG alt per 1. 1. 1998 Geltung gelangte.

- eine modifizierte Form des Eignungstests gem § 44 WAG 2007⁶⁾,
- Teile der Informationspflichten gem §§ 40 ff WAG 2007⁷⁾,
- die Generalklausel des § 38 WAG 2007 in modifizierter Form⁸⁾,
- die Regeln über die Vorteile bzw Inducements gem § 39 WAG 2007⁹⁾,
- eine dem § 48 a BörseG (Marktmissbrauch) nachgebildete Bestimmung (gilt nur für fondsgebundene Lebensversicherungen)¹⁰⁾,
- eine Ausfolgungspflicht analog § 38 InvestFG¹¹⁾ (gilt nur für fondsgebundene Lebensversicherungen) und
- eine Überbindung der Verpflichtungen gem § 75 Abs 2 Z 1 und 5 VAG (Entw) auf die im Vertrieb tätigen Personen und Erfüllungsgehilfen¹²⁾.

Sowohl die geplante kaoLV als auch die grundlegende Neufassung des § 75 Abs 2 VAG (Entw) haben heftige Kritik aufseiten der angebotsseitigen Marktteilnehmer – allen voran der VU, der zur Versicherungsvermittlung befugten Intermediäre und schließlich auch der Wertpapierfirmen – hervorgerufen, dies aus gutem Grund, wie nachstehend dargelegt wird.

2. Kritik zur kaoLV

Nach dem WAG 2007 ist die „Vermittlung der Portfolioverwaltung“ nur unter eingeschränkten Bedingungen möglich. So überwiegt derzeit die Rechtsansicht, dass die Akquisition bzw Vermittlung von Vermögensverwaltungskunden durch Hilfspersonen¹³⁾ zwar grundsätzlich zulässig ist, doch bereits die mit der Wertpapierdienstleistung der Portfolioverwaltung selbst im unmittelbaren Zusammenhang stehende Festlegung von Anlagerichtlinien durch den Konzessionsträger selbst erbracht werden muss. Hilfspersonen sind von dieser Tätigkeit sohin ausgeschlossen.

Während der „Vertrieb“ der Portfolioverwaltung nur sehr eingeschränkt möglich ist, könnte die kaoLV von sämtlichen zur Lebensversicherungsvermittlung legitimierten Intermediären vertrieben werden¹⁴⁾. Für die Ausübungsregeln des Vertriebs der Portfolioverwaltung herrscht sohin ein strenges Regime, dem hingegen wäre der Vertrieb der der Portfolioverwaltung weitgehend nachgebildeten kaoLV ohne Garantiezins durch weniger qualifizierte und nicht dem strengen Aufsichtsregime der FMA unterworfenen Intermediäre gestattet. Die unterschiedliche Qualifikation für nahezu identische Dienstleistungen ist nicht sachgerecht, es bestehen daher Zweifel, ob die Differenzierung einer Prüfung aus verfassungsrechtlicher Sicht standhält.

6) § 75 Abs 2 Z 1 VAG idF des Entwurfs der VAGNov (VAG (Entw)).

7) § 75 Abs 2 Z 2 VAG (Entw).

8) § 75 Abs 2 Z 3 VAG (Entw).

9) § 75 Abs 2 Z 4 VAGNov (Entw).

10) § 75 Abs 2 Z 5 VAG (Entw).

11) § 75 Abs 2 Z 6 VAG (Entw).

12) § 75 Abs 2 Z 7 VAG (Entw).

13) Unter Hilfspersonen wird nach der Diktion der FMA der vertraglich gebundene Vermittler gem § 1 Z 20 WAG 2007 und der Finanzdienstleistungsassistent gem § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007 verstanden.

14) Dies wären neben den Angestellten von VU etwa Versicherungsvermittler, in den Ausübungsformen Versicherungsagent und Versicherungsmakler sowie die gewerblichen Vermögensberater. Weiters können gem § 21 Abs 8 BWG auch Kreditinstitute zur Versicherungsvermittlung berechtigt sein.

3. Kritik zu § 75 VAG

3.1. Grundsätzliche Kritik

Die Einführung der kaoLV wird zum Anlass genommen, für alle Produkte des Lebensversicherungsbereichs, bei denen der VN das Anlagerisiko übernimmt, ein „entsprechendes Schutzniveau“ zu schaffen, wie für jene Investmentprodukte, die dem WAG 2007 unterliegen¹⁵⁾. Bei der fondsgebundenen und indexgebundenen Lebensversicherung galten bereits bisher die Schutzbestimmungen des § 75 VAG idGF¹⁶⁾. Weder die VAGNov noch die Materialien erläutern, weswegen 14 Monate nach Inkrafttreten des WAG 2007, per 1. 1. 2009, für die fondsgebundene und indexgebundene Lebensversicherung plötzlich ein erhöhtes Schutzniveau eingezogen werden soll¹⁷⁾.

Mit den detaillierten Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 wurden Kundenschutzbestimmungen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und -nebenleistungen geschaffen, die neben dem Anlegerschutz ein reibungsloses Funktionieren der Kapitalmärkte gewährleisten sollen¹⁸⁾. Eine Reihe der in §§ 36 bis 51 WAG 2007 genannten speziell für den Wertpapierbereich geschaffenen Pflichten passen – schon wegen der unterschiedlichen Vertriebssituation – schlichtweg nicht für den Lebensversicherungsbereich¹⁹⁾. Diesem Umstand offenbar Rechnung tragend, wurden wiederum nur Teile der Wohlverhaltensregeln übernommen. So wurde etwa die Angemessenheitsprüfung²⁰⁾ nicht in § 75 Abs 2 VAG (Entw) aufgenommen, was zu systemwidrigen Ergebnissen führt²¹⁾. Schließlich sind die Informationspflichten nach der VAGNov auch mit den für die Versicherungsvermittlung geltenden Ausübungsgrundsätze nach der Gewerbeordnung²²⁾, mit welchem die Versicherungsvermittlungsrichtlinie²³⁾ umgesetzt wurde, inhaltlich nicht abgestimmt²⁴⁾.

3.2. Kritik aus EU-rechtlicher Sicht

Versicherungen sind vom Anwendungsbereich der MiFID und des WAG 2007 ausdrücklich ausgenommen²⁵⁾. Wenn die VAGNov nun Teile der Wohlverhaltenspflichten des WAG 2007 auf die Versicherungen zu überwälzen versucht, ist die Frage der Richtlinienkonformität in Zweifel zu ziehen.

Bei der Lebensversicherung bestehen bereits aufgrund der Richtlinie über Lebensversicherungen²⁶⁾ umfassende Informa-

15) EB VAGNov, Allgemeiner Teil S 4.

16) Diese waren mit der Einführung des WAG(alt) per 1. 1. 1998 in Kraft getreten.

17) Wäre ein gleichwertiges bzw „erhöhtes“ Schutzniveau tatsächlich angebracht gewesen, hätte der Gesetzgeber dieses – wie im Zuge der ISD Umsetzung – mit 1. 11. 2007, also mit Inkrafttreten des WAG 2007 vorgesehen, was allerdings aus guten Gründen (siehe auch 3.2. unten) unterblieben war.

18) Vgl Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, Praxiskommentar zum WAG (2008) § 38 Rz 1.

19) Zu denken ist hier etwa an das execution-only-Geschäft gem § 46 WAG 2007, das mit der kaoLV ohne Garantiezins wohl kaum in Einklang zu bringen wäre.

20) Angemessenheitsprüfung (appropriateness test) gem § 45 WAG 2007.

21) Siehe 3.3. unten.

22) §§ 137 f bis 137 h.

23) RL 2002/92/EG.

24) Der Versicherungsvermittler hat den Kunden gem § 137g GewO 1994 ua abgestimmt auf die Komplexität des Versicherungsvertrages entsprechend den Angaben, Wünschen und Bedürfnissen des Kunden zu beraten. Es erscheint mehr als fraglich, ob die zit Parameter mit jenen der Eignungsprüfung in Einklang zu bringen sind. Auch der in §§ 137 f und 137 g GewO 1994 im Zuge einer Raterteilung relevante Begriff der ausgewogenen Marktuntersuchung ist von – in den Wohlverhaltensregeln nicht Deckung findenden – Überlegungen getragen.

25) Art 2 Abs 1 lit a MiFID.

26) RL 2002/83/EG.

tionspflichten, die in die österreichische Rechtsordnung umgesetzt wurden. Die aufgrund dieser gesetzlichen Regelungen und der FMA-Mindeststandards zu erteilenden Informationen tragen nach hM den Informationsbedürfnissen der Kunden weitgehend Rechnung. Zu den Informationspflichten für die Lebensversicherung sieht Art 36 Abs 3 ausdrücklich vor, dass über die dort genannten Informationen hinausgehend, von den VU nur dann Angaben verlangt werden können, wenn diese „für das tatsächliche Verständnis der wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice durch den VN notwendig sind“. Die in § 75 Abs 2 VAG (Entw) genannten Informationspflichten gehen allerdings über die in der zitierten Bestimmung genannten Vorgaben hinaus und wären daher auch aus diesem Blickwinkel mit guten Argumenten als nicht richtlinienkonform zu qualifizieren²⁷⁾.

In der Versicherungsvermittlungsrichtlinie²⁸⁾ wurden bereits umfassende Informationspflichten für die Vermittler eingeführt, die mittlerweile in die österreichische Rechtsordnung umgesetzt wurden. So sehen die §§ 137 f bis 137 h GewO 1994 umfassende Ausübungsregeln für die Versicherungsvermittlung und spezielle Informationspflichten gegenüber den VN vor²⁹⁾. Auch die Harmonisierung wird von den zusätzlichen Pflichten der VAGNov unterlaufen.

3.3. Bedenken hinsichtlich einzelner Bestimmungen des §§ 75 Abs 2 VAG

3.3.1. Anmerkungen zu § 75 Abs 2 Z 1 VAG

- a) Gem § 44 Abs 1 WAG 2007 hat der Rechtsträger im Rahmen der Eignungsprüfung Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den zur Veranlagung in Betracht kommenden Typ der Produkte oder Dienstleistungen einzuholen. Dem hingegen sieht § 75 Abs 2 Z 1 VAG (Entw) vor, dass „Erfahrungen oder Kenntnisse auf dem Gebiet der Veranlagungen in Wertpapieren“ zu erfragen sind. Sinnvoller wäre hier wohl gewesen, die Regelung des WAG 2007 zu übernehmen, da es nicht um allgemeine Erfahrungen bzw Kenntnisse geht, sondern um spezielle Kenntnisse und Erfahrungen in Bezug auf jene Finanzinstrumente, die Gegenstand der Veranlagung sein sollen.
- b) Nach den Erläuternden Bemerkungen sollen in § 75 Abs 2 Z 1 VAG (Entw) die Pflichten nach §§ 44 Abs 1, 2, 4 und 5 WAG 2007 übernommen werden. Weswegen die Bestimmung des § 44 Abs 3 WAG 2007 (zu den vom Kunden einzuholenden Informationen über seine finanziellen Verhältnisse) nicht übernommen wird, ist nicht nachvollziehbar.
- c) § 44 Abs 3 und 4 WAG 2007 sieht vor, dass vom Kunden nur jene Informationen über seine finanziellen Verhältnisse und Ziele eingeholt werden sollen, die auch relevant sind. Die Relevanzschwelle ist in der Praxis sehr bedeutsam und fehlt hier.
- d) Schließlich stellt sich die Frage, weswegen in § 75 Abs 2 VAG (Entw) nur die im Wertpapierbereich bei der Anlageberatung und Portfolioverwaltung anzuwendende Eignungsprüfung vorgesehen ist und nicht auch der Angemessen-

heitstest (analog § 45 WAG 2007). Nach den Bestimmungen des WAG 2007 hat der Rechtsträger, wenn dieser die Wertpapierdienstleistung der Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen über Finanzinstrumente³⁰⁾ erbringt, die Bestimmung der Angemessenheitsprüfung nach § 45 WAG 2007 einzuhalten. Diese Möglichkeit ist dem VU bzw dem mit der Versicherungsvermittlung beauftragten Intermediär verschlossen. Der Umstand, dass die Angemessenheitsprüfung iSd § 45 WAG, im § 75 VAG (Entw) nicht vorgesehen ist, indiziert, dass die Versicherungsvermittlung als analoge Dienstleistung zur Wertpapierdienstleistung der Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen über Finanzinstrumente im Versicherungsbereich bei Lebensversicherungen mit Kapitalmarktbezug nicht mehr zulässig sein soll.

3.3.2. Anmerkungen zu § 75 Abs 2 Z 2 VAG

- a) Gem § 75 Abs 2 Z 2 VAG (Entw) hat das VU dem VN vor Abschluss des Versicherungsvertrages alle zweckdienlichen Informationen zu geben, die zur Wahrung der Interessen des VN im Hinblick auf das von ihm getragene Veranlagungsrisiko erforderlich sind. Während das WAG 2007 in §§ 40 ff einschließlich der Anlagen 1 bis 4 eine Fülle von Informationen nennt, beschränkt sich die VAGNov darauf, dass das VU dem VN „alle zweckdienlichen Informationen“ zu geben hat. So werden Rechtsträgern nach dem WAG somit facettenreiche Detailinformationen auferlegt, wohingegen der konkrete Standard, welcher bei der Informationserteilung im gegenständlichen Lebensversicherungsbereich anzuwenden ist, weitgehend im Dunkeln bleibt.
- b) Der Richtsicherheit nicht sehr förderlich ist weiters der Umstand, dass die VAGNov an dieser Stelle – wie auch andersorts – unterschiedliche Begriffe für ein und dieselbe Sache verwendet. In der VAGNov findet sich keine Erwähnung des dem WAG 2007 zugrunde liegenden zentralen Begriffs des Finanzinstruments der wohl sinnvollerweise anstelle der in der VAGNov verwendeten Begriffe (Veranlagung, Produkt, Kapitalanlage) heranzuziehen wäre.

3.3.3. Anmerkungen zu § 75 Abs 2 Z 4 VAG

Hier wurde die Bestimmung des § 39 WAG 2007 zu den Inducements (Vorteilen) nahezu wortgleich in die VAGNov übernommen. Bereits § 39 WAG 2007 bereitet in der praktischen Umsetzung erhebliche Probleme, zumal in vielen Fällen eine Abgrenzung zwischen Leistungsentgelten und Vorteilen iSd § 39 Abs 3 WAG 2007 kaum oder nur schwer möglich ist.

Das VU hat bei der Prämien- und Kostengestaltung doch einen nicht ganz unerheblichen Spielraum, etwa was die Aufteilung zwischen Verwaltungs- und Vertriebskosten betrifft. Genau dabei handelt es sich um jene Kosten iSd § 75 Abs 4 lit c VAG (Entw), die per se ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung des VU hervorrufen können, im besten Sinn der Kunden zu handeln. Die Aufteilung zwischen jenen in § 75 Abs 4 lit b sublit aa VAG (Entw) genannten offenzulegenden Vorteilen und jenen in § 75 Abs 4 lit c VAG (Entw) genannten Leistungsentgelten ist eine, die bis zu einem gewissen Grad im Ermessen des VU liegt und daher keine Aussagekraft für den VN hat.

27) So erscheint etwa zweifelhaft, ob die Regelungen über die Inducements oder über die Eignungsprüfung tatsächlich „notwendig“ sind, um „wesentliche Bestandteile“ der Polizze zu erfassen.

28) RL 2002/92/EG.

29) Vgl die kritischen Anmerkungen zu 3.1. und insbesondere FN 24.

30) Vormalis bis zum Inkrafttreten des WAG 2007 war diese Wertpapierdienstleistung Vermittlung genannt; vgl Winternitz/Aigner, WAG 2007, 10.

4. Abschließende Anmerkung

Die Kritik an der VAGNov, die im Zuge des Gesetzbegutachtungsverfahrens von den betroffenen Marktteilnehmern erhoben wurde, besteht, wie sich an den zusammengefassten Überlegungen zeigt, völlig zu Recht. Weder die kaoLV ohne Garantiezins noch die geplante Neufassung des § 75 VAG (Entw) gehen mit den EU-rechtlichen Rahmenbedingungen konform und stehen im offenen oder zumindest systematischen

Widerspruch zu zahlreichen Bestimmungen in GewO, VAG und WAG 2007.

Zuletzt hatte das BMF zu erkennen gegeben, dass möglicherweise nur die kaoLV mit Garantiezins eingeführt werden und von den anderen Neuerungen – insbesondere der partiellen Übernahme der Wohlverhaltensregeln des WAG in § 75 Abs 2 VAG (Entw) – Abstand genommen wird. Es verbleibt der weitere Meinungsbildungsprozess abzuwarten, der vor allem im Hinblick auf die ungewisse politische Entwicklung schwer einschätzbar bleibt.