Die Missstandsaufsicht als Einfallstor für die Durchsetzung aufsichtspolitischer Ziele? – mit besonderem Blick auf die von der BaFin angekündigten Provisionsrichtwerte

15. Düsseldorfer Versicherungsrechtstag, 21. Oktober 2022

Dr. Gunne W. Bähr, Rechtsanwalt | Partner, DLA Piper UK LLP, Köln

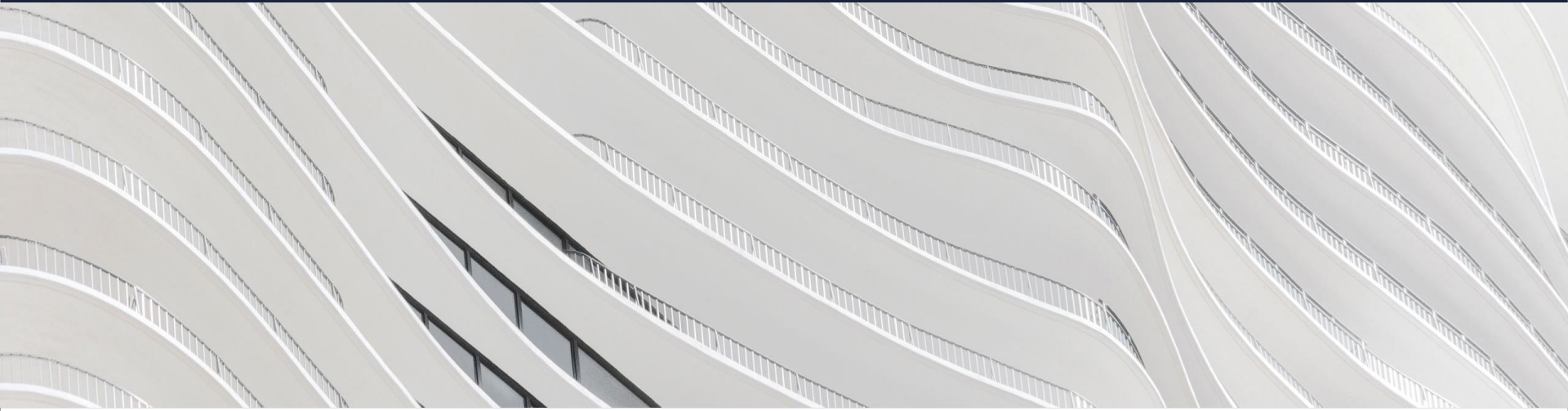
Agenda

A	Einführung: Die Missstandsaufsicht der BaFin	3
B	Provisionsrichtwert und Konsultationsverfahren	10
C	Ergebnis & Thesen	18

Referent

Dr. Gunne W. Bähr
Rechtsanwalt | Partner
T: +49 221 277 277 285
F: +49 221 277 277 111
gunne.baehr@dlapiper.com

Einführung: Die Missstandsaufsicht der BaFin



Die Missstandsaufsicht im historischen Rückblick

Materielle Versicherungsaufsicht

- Seit 1901 bis zur Deregulierung durch die Dritten Richtlinien: System der *„materiellen“* Versicherungsaufsicht
  - Erfassung des gesamten Geschäftsbetriebes eines Versicherungsunternehmens
  - tradierte Begriffsbestimmung
  - Missstandsaufsicht mit weitreichenden Eingriffsbefugnissen vor allem über die Generalklausel zur laufenden Aufsicht (§ 81 VAG a.F.)
- Seit jeher: Bedenken gegen Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität der allgemeinen Missstandsaufsicht
  - Kritische Stimmen von *Martin Bullinger*, *Werner Weber*, *Hans-Peter Ipsen*, *Rupert Scholz*, *Karsten Schmidt*
  - Aufsichtsbehörden können im modernen Grundrechtsstaat weder ihren Tätigkeitsbereich noch die anzuwendenden Maßstäbe selbst bestimmen (*Barbey*, VersR 1985, 101, 106)
  - Der Missstandstatbestand wird als Einfallstor für politisch imprägnierte, allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen gesehen
  - Es bestand Konsens, dass die Generalklausel zur „ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten“ nicht dazu führen darf, dass ohne Nachweis von Gesetzesverstößen Versichertenschutzerwägungen von der Aufsichtsbehörde selbständig implementiert werden

Aufsichtsrechtliche Generalklausel (1)

§§ 298 Abs. 1 S. 1, 2 i.V.m. 294 Abs. 2 VAG

- BaFin ist ermächtigt *„alle Maßnahmen [zu] ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen“*
  - „Missstand“ ist *„jedes Verhalten eines Versicherungsunternehmens, das den Aufsichtszielen des § 294 Abs. 2 VAG widerspricht“* (§ 288 Abs. 1 S. 2 VAG)
  - Gegenstand der Aufsicht sind nach § 294 Abs. 2 S. 1 die sog. Rechts- und Finanzaufsicht
  - In diesem Rahmen sind „Aufsichtsziele“ nach § 294 Abs. 2 S. 2 VAG die *„Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten, und bei Erstversicherungsunternehmen zusätzlich […] die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten*“
- Rechtsaufsicht im Allgemeinen und Finanzaufsicht im Besonderen

Aufsichtsrechtliche Generalklausel (2)

§§ 298 Abs. 1 S. 1, 2 i.V.m. 294 Abs. 2 VAG	§ 81 VAG a.F.
§ 294 (2) Die Aufsichtsbehörde überwacht den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer rechtlichen Aufsicht im Allgemeinen und einer Finanzaufsicht im Besonderen. Sie achtet dabei auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten, und bei Erstversicherungsunternehmen zusätzlich auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten. Dabei berücksichtigt sie in angemessener Weise die möglichen Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Stabilität des Finanzsystems in den jeweils betroffenen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums.	(1) Die Aufsichtsbehörde überwacht den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer rechtlichen Aufsicht allgemein und einer Finanzaufsicht im besonderen. Sie achtet dabei auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten und auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. Sie nimmt die ihr nach diesem Gesetz und nach anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahr. […]
§ 298 (1) Gegenüber Erstversicherungsunternehmen, den Mitgliedern ihres Vorstands sowie sonstigen Geschäftsleitern und den die Erstversicherungsunternehmen kontrollierenden Personen kann die Aufsichtsbehörde alle Maßnahmen ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Ein Missstand ist jedes Verhalten eines Versicherungsunternehmens, das den Aufsichtszielen des § 294 Absatz 2 widerspricht. Missstände sind auch Schwächen oder Mängel, die die Aufsichtsbehörde im Rahmen des aufsichtlichen Überprüfungsverfahrens festgestellt hat. […]	(2) Die Aufsichtsbehörde kann gegenüber den Unternehmen, den Mitgliedern ihres Vorstandes sowie sonstigen Geschäftsleitern oder den die Unternehmen kontrollierenden Personen alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Mißstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Mißstand ist jedes Verhalten eines Versicherungsunternehmens, das den Aufsichtszielen des Absatzes 1 widerspricht. […]

Unionsrechtliche Prägung der Generalklausel

Europarechtliche Vorgaben

- **Dritte Richtlinien:** Prinzip der Mindestharmonisierung
- **Solvency II – Richtlinie (RL 2009/138/EG)**
  - Hauptziel der Versicherungsaufsicht: Schutz der Versicherungsnehmer und der Versicherten
  - Nicht in allen Bereichen Vollharmonisierung angestrebt, aber vollharmonisierende Vorgaben: Zielbestimmungen und Befugniszuschreibungen des Solvency II-Systems entscheidend
  - Systemstabilität der Versicherungswirtschaft, wodurch mittelbar kollektiver Funktionsschutz zum Ausdruck kommt
- Restriktive Auslegung scheint geboten, in der Literatur wird ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten wegen Verstoßes gegen vollharmonisierende Vorgaben der RL 2009/138/EG als Grundlage für aufsichtsrechtliche Eingriffe für unwirksam gehalten

Aktuelle Rechtsprechung zur Missstandsaufsicht (1)

VGH Kassel, Urteil vom 30. April 2020

- Verständnis der BaFin zur „laufenden Aufsicht“/ allgemeinen Missstandsaufsicht (beruhend auf § 81 VAG aF, heute in §§ 298, 294 VAG) nicht EU-konform
- Der Generalmaßstab der „ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten“ kann nicht zu Gebot im Sinne einer nach § 294 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VAG einzuhaltenden Rechtsvorschrift erhoben werden

  → dies würde dazu führen, dass BaFin selbst definiere, welches Verhalten im Widerspruch zu Aufsichtszielen steht

  → mit Legalitätsprinzip nicht vereinbar; Missstand kann nur angenommen werden bei Verstoß gegen geltende Vorschriften
- Abweichungen von Legalitätsprinzip der Art. 34 Abs. 1 und Art. 155 Abs. 1 Solva II-RL nicht möglich, da nach Wortlaut, Systematik, Telos Vollharmonisierung beabsichtigt

Aktuelle Rechtsprechung zur Missstandsaufsicht (2)

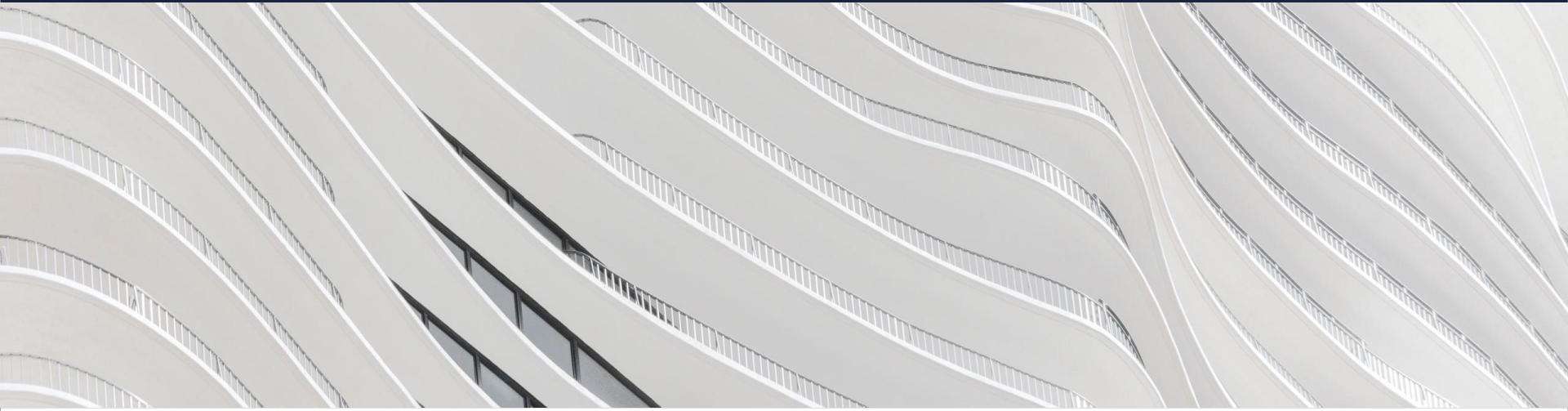
BVerwG, Urteil vom 21. April 2021

- Missstandsaufsicht gehe bei zutreffender Auslegung nicht über Rechtsaufsicht hinaus

  → Beschränkung auf Durchsetzung von Rechtspflichten

- „Ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten“ = Rechtspflicht des Erstversicherers, dessen Gesetzmäßigkeit von rechtl. Aufsicht sichergestellt wird gem. § 294 Abs. 2 S. 2 VAG / § 81 Abs. 1 S. 1 VAG a.F.
- Verständnis des § 294 Abs. 2 S. 2 VAG, dass Einhaltung der Gesetze einerseits und Wahrung der Belange der Versicherten andererseits gleichrangige und gleichartige Aufsichtsziele sind, sei zulässig

Provisionsrichtwert und Konsultationsverfahren



“Provisionsrichtwert” durch die BaFin geplant

- BaFin attestiert einigen Fondspolicen schlechtes Preis-Leistungs-Verhältnis und sieht darin Verstoß gegen Wohlverhaltensregeln

  „Wir streben einen Provisionsrichtwert an“ (BaFin-Säulenchef Dr. Frank Grund)

- Auch zu hohe Kostenbelastung eines Versicherungsprodukts kann Mangel im Produktfreigabeverfahren darstellen, auf dessen Beseitigung BaFin hinwirken will

  “Die Kostenbelastung eines Produkts kann darüber hinaus ein Hinweis auf Interessenkonflikte im Vertrieb sein, die durch hohe Provisionszahlungen an Vermittler verursacht wird.” (BaFin Journal 03/22)

- Ankündigung eines Provisionsrichtwertes durch die BaFin, entsprechende Stellungnahme für zweites Halbjahr 2022 geplant. Konsultationsverfahren voraussichtlich unmittelbar bevorstehend

  “Wenn die BaFin eine neue Verwaltungspraxis, neue aufsichtliche Maßnahmen oder Rechtsvorschriften entwickelt, holt sie regelmäßig die Meinung von Bürgern, beaufsichtigten Unternehmen und interessierten Kreisen ein.” (BaFin-Website)

Gesetzgeberische Entwicklung von Regeln zur Provisionsbegrenzung

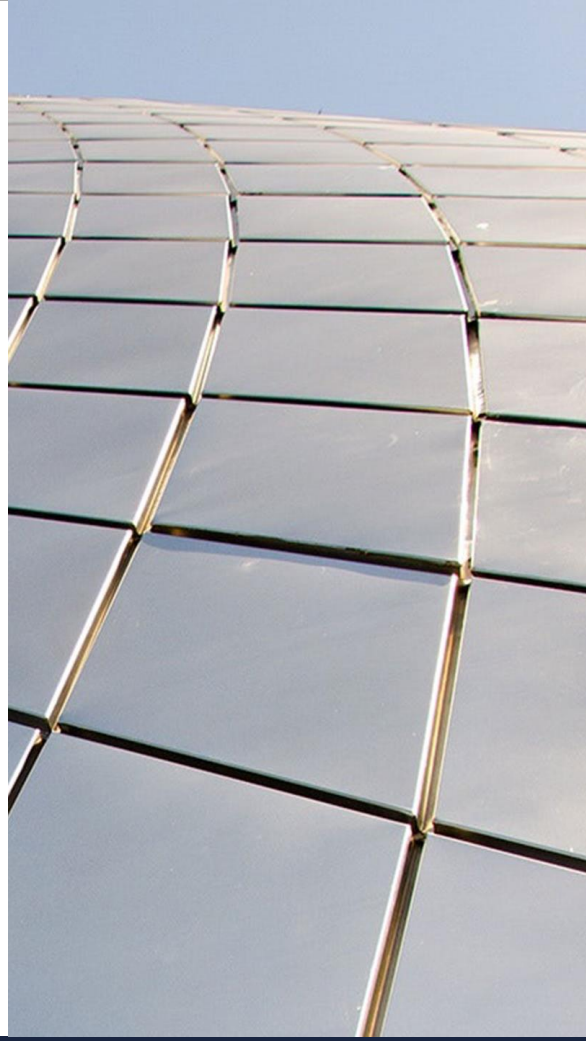
- 18. April 2019: BMF veröffentlicht „Entwurf eines Gesetzes zur Deckelung der Abschlussprovisionen von Lebensversicherungen und von Restschuldversicherungen“, in dem § 50a VAG vorgesehen ist, der bei kapitalbildenden LV und RSV grds. eine Deckelung auf 2,5 % der Beitragssumme vorsah. Provisionsdeckel für Lebensversicherungen scheiterte letztendlich nach einer politischen Diskussion
- 1. Juli 2022: § 50a VAG: Einführung eines Provisionsdeckels für RSV i.H.v. 2,5 % des abgesicherten Darlehensbetrags; inhaltlich entspricht Regelung Referentenentwurf des BMF
- 5. Juli 2022: BMF betrachtet BaFin-Pläne mit Skepsis, es werde keinen Provisionsdeckel unter anderem Namen geben:

> *„Es [§ 48a VAG] ist keine Norm, die erlaubt, dass der Staat politisch oder anderweitig motiviert Preisgestaltung oder Preisdeckelung betreibt.“* (Florian Toncar, FDP)

Auffassung der BaFin

BaFin-Journal und verwaltungsbehördliches Handeln

- BaFin beruft sich auf Produktfreigabeprozess ("**POG**"), § 23 Abs. 1a - 1d VAG und auf unzulässigen Fehlanreiz, § 48a VAG
- Verstoß gegen POG und Setzen eines Fehlanreizes stellen Verstöße gegen eine gesetzliche Regelung dar
  - Verstoß gegen gesetzliche POG-Procedere stelle Missstand dar
  - Durch Missstand sieht BaFin sich auf Grundlage der Generalklausel i.V.m. POG-Regelungen zum Eingreifen ermächtigt



Fehlanreize i.S.d. § 48a VAG?

Grundlage

- Begriff des Fehlanreizes gesetzlich nicht definiert
- § 48a VAG und Art. 8 Abs. 2 DVO 2017/2359 untersagen bestimmte „Anreize“ beim Vertrieb von Versicherungsprodukten, für die sich der Begriff „Fehlanreiz“ eingebürgert hat
- Insbesondere § 48a Abs. 6 VAG enthält Anforderungen an Vertriebsvergütung:
  - Vergütung darf sich *„nicht nachteilig auf Qualität der entsprechenden Dienstleistung für den Kunden“* auswirken
  - Vergütung darf Verpflichtung des Versicherungsunternehmens, *„im besten Interesse seiner Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln“* nicht beeinträchtigen
- Soll dem Verbraucherschutz dienen, *„indem Interessenkonflikte vermieden oder zumindest offengelegt werden“* (BT-Drs. 18/11627, S. 41)

POG als Vehikel für Einführung eines Provisionsdeckels?

Internes Produktfreigabeverfahren

- POG = Internes Produktfreigabeverfahren, im Rahmen desssen Versicherer darauf achten müssen, dass Verträge den Zielen, Interessen und Merkmalen der Kunden Rechnung tragen
- Neu konzipierte Versicherungsprodukte und wesentliche Änderungen von Versicherungsprodukten müssen dem Bedarf des Zielmarkts entsprechen
- Regelungen zum POG in § 23 Abs. 1a - 1d VAG sind aufsichtsrechtliche Vorgaben zur Geschäftsorganisation beruhend auf Insurance Distribution Directive (“IDD”), ergänzt durch Delegierte Verordnung (“POG-VO”)
- Allgemein formuliertes Ziel mit selbstregulativ angelegter Eigenverantwortung

Rechtliche Bewertung (1)

Fehlanreiz

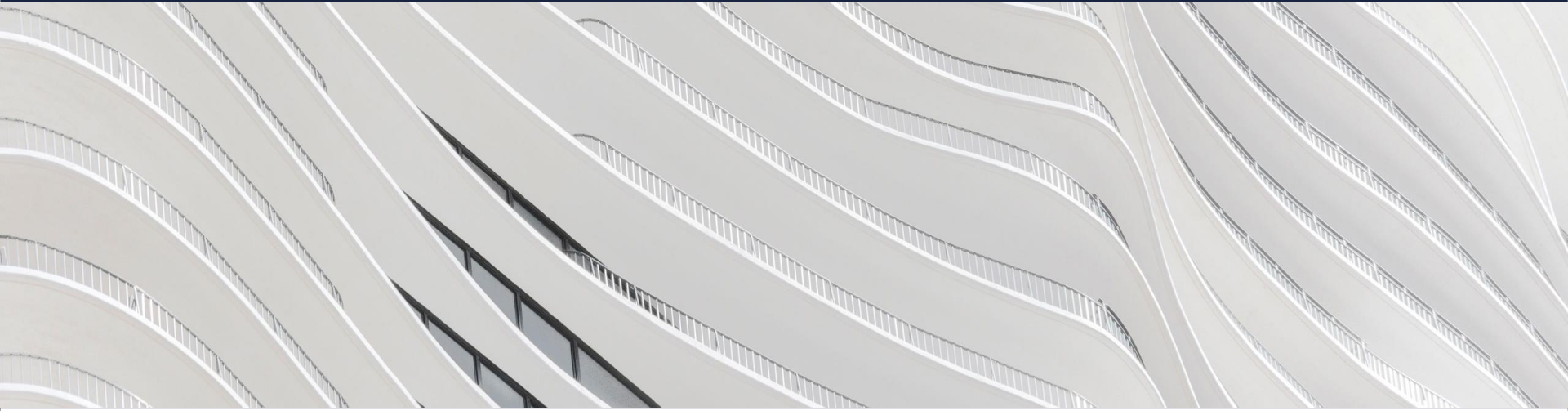
- Hohe Provisionen stellen nicht *per se* Fehlanreiz dar, da ein Provisionsverbot nicht besteht
  - Qualität des Versicherungsprodukts hängt zwar von Rendite ab, die wiederum maßgeblich von den Kosten beeinflusst wird
    - § 48a Abs. 6 VAG setzt grundsätzliche Zulässigkeit eines Vertriebs gegen Provision voraus
    - Für Annahme eines Fehlanreizes müsste bestimmte Höhe (Wucher i.S.d. § 138 BGB) erreicht sein
- Fehlanreiz abhängig von Gegenüberstellung von mehreren Versicherungsanlageprodukten (relatives Verständnis)
- § 48a VAG stellt allgemeinen Programmsatz dar, der als Rechtsverstoß im Rahmen der Aufsicht nur in besonderen, klar belegbaren Fällen in Betracht kommt

Rechtliche Bewertung (2)

Produktfreigabeverfahren

- Auch Vorgaben zu POG formulieren nur allgemeines Ziel
  - Insb. unionsrechtliche Regelungen stellen kein belastbares Eingriffsinstrumentarium zur Verfügung
  - Nicht angelegt als erzwingbare Rechtspflichten, die mit Hilfe der generellen Befugnisnorm durchgesetzt werden können
  - Lediglich selbstregulativ auferlegte Unternehmenspflichten

Ergebnis & Thesen



Ausgewählte Thesen

- Der Generalmaßstab der „ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten“ ist zwar auch nach Auffassung des BVerwG als Aufsichtsziel anerkannt, es verbietet sich aber im modernen Grundrechtsstaat ein expansives Verständnis der Eingriffsnorm durch die BaFin
- Verbraucherschutzgesichtspunkte sind nur in spezielle Normen eingeflossen, jedoch kein allgemeiner, unbestimmter Auftrag aus der Generalklausel des § 298 VAG ableitbar, die Versichertenbelange bestmöglich und auch unabhängig von konkreten Gesetzesverstößen zu wahren
- Konnex zu konkreten Rechtsverstößen erforderlich
- Generalklausel zur Missstandsaufsicht darf nicht dazu dienen, um polititsche Vorschläge, die abgelehnt wurden, “durch die Hintertür” und ohne Beteiligung des Parlaments einzuführen
- Je schwerwiegender der Grundrechtseingriff durch behördliche Maßnahme ist, desto präziser und detailreicher muss parlamentarische Ausgestaltung des Eingriffs ausfallen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Gunne W. Bähr, LL.M.
Rechtsanwalt | Partner
DLA Piper UK LLP
Augustinerstraße 10
50667 Köln
T: +49 221 277 277 285
F: +49 221 277 277 111
gunne.baehr@dlapiper.com