



WIRTSCHAFTSRECHT

Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner, Institut für Rechtswissenschaften, Alpen-Adria Universität Klagenfurt

Versicherungsmakler und das FAGG¹

» RdW 2015/148

Das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) nimmt Finanzdienstleistungen – also auch Versicherungsverträge – von seiner Anwendung aus. Der Verbraucher ist aber nicht schutzlos: Wird eine Versicherung im Fernabsatz vertrieben, greift das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz (FernFinG); bei Haustürgeschäften gilt § 3 KSchG. Wie ist die Rechtslage bei Verträgen über die Vermittlung von Versicherungen? Gilt das FAGG oder kommen FernFinG und § 3 KSchG zur Anwendung, weil die Ausnahme für Finanzdienstleistungen auch deren Vermittlung betrifft? Der Beitrag behandelt diese in der Lehre umstrittene Frage.

1. AUSGANGSPUNKT

1.1. VERBRAUCHERRECHTLICHER RAHMEN

Der europäische *Verbraucherschutz im Fernabsatz* ist zweispurig. Grundsätzlich ist die Verbraucherrechte-RL² einschlägig, die den Verbraucher durch Informationspflichten (Art 6, 8) und ein Rücktrittsrecht (Art 9 ff) schützt. Die Richtlinie ist allerdings nicht auf Finanzdienstleistungen anwendbar (Art 3 Abs 3 lit d); dafür gilt die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen,³ die ebenfalls Informationspflichten (insb Art 3) und ein Rücktrittsrecht (Art 6) enthält. Diese Zweispurigkeit des Verbraucherschutzes gab es bereits vor der Verbraucherrechte-RL. Schon die durch die Verbraucherrechte-RL aufgehobene Fernabsatz-RL⁴ nahm Finanzdienstleistungen nämlich – in Erwartung der später erfolgten Regelung in der FernFin-RL – aus.⁵

Die europarechtliche Systematik hat auch im *nationalen Recht* Niederschlag gefunden: Während die Verbraucherrechte-RL im FAGG umgesetzt wurde, gilt das FernFinG für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen.

Etwas anders ist die europarechtliche Ausgangslage bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (*Auswärtsgeschäften*): Zum Unterschied von Fernabsatzverträgen existiert beim Abschluss von Versicherungsverträgen – seit jeher – kein europarechtlich vorgegebener Verbraucherschutz. Finanzdienstleistungen sind nämlich – wie bereits erwähnt – vom Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL ausgenommen, die davor geltende und durch die Verbraucherrechte-

RL aufgehobene Haustürgeschäfte-RL⁶ war nicht auf Versicherungsverträge anwendbar.⁷

Der *österreichische Gesetzgeber* hatte sich allerdings schon bei Einführung des KSchG im Jahr 1979 für einen umfassenden Schutz entschieden, der auch Versicherungs- und Maklerverträge erfasst.⁸ Diesen Schutz hat er auch nach dem Beitritt zum EWR beibehalten, der Rücktritt beim Haustürgeschäft war daher bei allen Finanzdienstleistungen gem § 3 KSchG möglich. Dies hat sich durch die Umsetzung der Verbraucherrechte-RL auch nicht geändert.⁹

Im Ergebnis ist also in Österreich *stets ein Schutzregime* anwendbar, wenn der Verbraucher in Kontakt mit dem Versicherungsmakler tritt. Vertritt man die Auffassung, dass das FAGG zur Anwendung kommt, greifen die dort geregelten Informationspflichten und das Rücktrittsrecht. Ist man hingegen der Ansicht, dass Verträge mit Versicherungsmaklern nicht vom FAGG erfasst sind – etwa, weil die Ausnahme für „Finanzdienstleistungen“ greift (siehe unten 2.2.) –, kann sich der Verbraucher im Fernabsatz auf das FernFinG berufen und bei Haustürgeschäften auf das KSchG.

1.2. BEDEUTUNG DER FRAGESTELLUNG

Die Feststellung, dass der Verbraucher jedenfalls geschützt ist, verleitet auf den ersten Blick dazu, der Frage nach der Anwendung des FAGG auf Verträge über die Vermittlung von Versicherungen durch Makler *kaum Beachtung zu schenken*. Dieser erste Eindruck ist freilich nur dann zutreffend, wenn keine großen inhaltlichen Unterschiede zwischen den Regelungskonzepten bestehen. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass zwischen Fernabsatzverträgen und Auswärts- bzw. Haustürgeschäften zu differenzieren ist.

Tatsächlich ist die Frage, ob das FAGG oder das FernFinG auf einen mit einem Versicherungsmakler im *Fernabsatz* geschlossenen Vertrag anwendbar ist, nur von geringer Bedeutung. Das liegt nicht nur daran, dass solche Verträge eher die Ausnahme sind. Die persönliche Beratungsleistung des Versicherungsmaklers wird selten auf Distanz erbracht.¹⁰ Entschei-

¹ Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

² RL 2011/83/EU.

³ RL 2002/65/EG.

⁴ RL 97/7/EG.

⁵ Art 3 Abs 1, 1. Spiegelstrich RL 97/7/EG.

⁶ RL 85/577/EWG.

⁷ Siehe Art 3 Abs 2 lit d RL 85/577/EWG.

⁸ Siehe nur *Fenyves*, KSchG und Vertragsversicherungsrecht, in *Krejci* (Hrsg), Handbuch zum KSchG (1981) 537 (552 ff).

⁹ EBRV 89 BlgNR 25. GP 13.

¹⁰ Zutreffend *Fenyves*, Unterliegen über Vermittlung eines Versicherungsmaklers abgeschlossene Versicherungsverträge dem FernFinG? FS Jud (2012) 87 (94). Siehe aber *Schneider*, Der Vertrieb von Versicherungen über das Internet (2004) 223 ff.

dend ist, dass das FernFinG dem FAGG in wesentlichen Punkten (Informationspflichten,¹¹ Voraussetzungen¹² und Folgen¹³ des Rücktritts) sehr stark ähnelt. Es ist daher tatsächlich eine akademische Diskussion, ob das eine oder das andere Gesetz zur Anwendung kommt, wenn ausnahmsweise ein Maklervertrag im Fernabsatz geschlossen wird.

Anders ist die Lage jedoch bei Verträgen, die *außerhalb von Geschäftsräumen* abgeschlossen werden. Dass der Versicherungsmakler seine Beratungsleistung etwa am Arbeitsplatz des Verbrauchers oder in dessen Wohnung erbringt, kommt nicht nur häufig vor. Es wäre vor allem ein Trugschluss zu glauben, dass die Regelungskonzepte von Auswärtsgeschäft im FAGG und Haustürgeschäft im KSchG identisch sind. Es bestehen vielmehr zahlreiche erhebliche Unterschiede, und zwar nicht nur in Detailfragen.

Verträge sind *erstens* auch dann als Auswärtsgeschäfte vom FAGG erfasst, wenn sie *vom Verbraucher angebahnt* wurden.¹⁴ Dadurch unterscheidet sich die Rechtslage in diesem Punkt gravierend von der beim Haustürgeschäft nach dem KSchG, wo kein Rücktrittsrecht besteht, wenn der Verbraucher die geschäftliche Verbindung angebahnt hat (§ 3 Abs 3 Z 1 KSchG). Der Unterschied ist praxisrelevant: Tritt ein Kunde mit einem Versicherungsmakler in persönlichen Kontakt und finden anschließend Besprechungen in der Wohnung des Verbrauchers statt, wäre dieser im einen Fall (FAGG) geschützt – was mangels Schutzbedürfnisses des Verbrauchers zu Recht kritisiert wird¹⁵ –, im anderen (KSchG) nicht, weil er die Geschäftsverbindung ja angebahnt hat.

Bei Auswärtsgeschäften, die dem FAGG unterfallen, hat der Unternehmer *zweitens* eine ganze Reihe an spezifischen *Informationspflichten* zu beachten (§§ 4 f FAGG), die über die beim Haustürgeschäft (§ 3 Abs 1 KSchG) weit hinausgehen.¹⁶

Drittens unterscheiden sich die *Rechtsfolgen eines Rücktritts* von Dienstleistungen nach FAGG einerseits und KSchG andererseits durchaus erheblich. Schon die Rückabwicklung nach Rücktritt des Verbrauchers von einem Haustürgeschäft weicht von bereicherungsrechtlichen Regeln ab (§ 4 KSchG).¹⁷ Das FAGG stellt den Verbraucher in gewissen Fällen aber in nicht zu rechtfertigender Weise besser.¹⁸

Die Regelungskonzepte sind also sehr verschieden, der Gesetzgeber hat diese Unterschiede zwischen dem Haustür-

geschäft österreichischer Prägung und dem Auswärtsgeschäft bei der Umsetzung der Verbraucherrechte-RL auch bewusst in Kauf genommen.¹⁹ Dies deshalb, weil das durch die Verbraucherrechte-RL vorgegebene Konzept des FAGG – gerade in den aufgezeigten Punkten, bei denen Unterschiede bestehen – inhaltlich *nicht geglückt* ist.²⁰

Die soeben aufgezeigten inhaltlichen Unterschiede führen zu einem weiteren Aspekt. Nach § 17 FAGG²¹ wirkt der Rücktritt des Verbrauchers auch für *akzessorische Verträge* (§ 3 Z 7 FAGG). Manchen Stimmen in der Lehre zufolge sei ein vermittelteter Versicherungsvertrag im Sinne dieser Bestimmung „akzessorisch“ zum Maklervertrag.²² Sollte man dieser Auffassung folgen (siehe aber 2.2.3.), könnte der Verbraucher den Versicherungsvertrag daher über den Umweg des § 17 FAGG beseitigen; auch für die Rechtsfolgen des Rücktritts wäre das FAGG maßgebend.²³ Diese erhebliche praktische Konsequenz setzt aber natürlich an erster Stelle voraus, dass die Vermittlung unter das FAGG fällt.

1.3. ZWISCHENERGEBNIS UND WEITERE UNTERSUCHUNG

Zusammengefasst gibt es also ausreichende Gründe, um der Frage nach der Anwendbarkeit des FAGG auf Verträge mit Versicherungsmaklern nachzugehen. Zu bedenken ist dabei, dass die Untersuchung vor allem für den Bereich der *Auswärtsgeschäfte* relevant ist, weniger für den Fernabsatz. Sollte man die Anwendung des FAGG auf Maklerverträge verneinen, ist dann nämlich das inhaltlich ohnehin ganz ähnlich ausgestaltete FernFinG einschlägig.

Da das FAGG nicht nur auf Warenlieferungen, sondern natürlich auch auf Dienstleistungen anwendbar ist, liegt das Untersuchungsprogramm auf der Hand: In weiterer Folge ist zu prüfen, ob ein *Ausnahmetatbestand des FAGG* erfüllt ist. Sollte dies zu verneinen sein, kommt das FAGG zur Anwendung.

2. AUSNAHMETATBESTÄNDE DES FAGG

2.1. GERINGFÜGIGES ENTGELT (§ 1 Abs 2 Z 1 FAGG)

Die Verbraucherrechte-RL ist nicht auf alle Warenlieferungen oder Dienstleistungen anwendbar, sondern nimmt gewisse Bereiche (wie eben zB Finanzdienstleistungen) aus (siehe Art 3 Abs 3). Daneben eröffnet Art 3 Abs 4 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Wahlmöglichkeit, ihre Anwendung auszuschließen bei Auswärtsgeschäften, in denen der Verbraucher nicht mehr als 50 € Entgelt schuldet. Von dieser Option hat Österreich Gebrauch gemacht (§ 1 Abs 2 Z 1 FAGG). Ist diese Ausnahme für Verträge mit Versicherungsmaklern einschlägig?

11 §§ 5 ff FernFinG – §§ 4, 7 ff FAGG.

12 Vgl insb die engen Ausschlussstatbestände: § 10 Z 3 FernFinG – § 18 Abs 1 Z 1 FAGG.

13 Vgl insb die sehr stark eingeschränkten Zahlungspflichten des Verbrauchers: § 12 FernFinG – § 16 FAGG. Zum FernFinG siehe insb *Vonkilch*, Das neue Rücktrittsrecht beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, in *Fletzberger/Schopper* (Hrsg), Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2004) 104; zum FAGG insb *Leupold*, Das Rücktrittsrecht gem §§ 11 ff FAGG – Überblick und ausgewählte Fragen, wbl 2014, 481. Zur Wirkung auf akzessorische Verträge siehe noch unten 2.2.3.

14 Vgl nur EG 21 der Verbraucherrechte-RL; *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 76.

15 EBRV 89 BlgNR 25. GP 14, 25.

16 Daneben hat der Versicherungsmakler jedenfalls auch die vermittlerspezifischen Informationspflichten zu beachten (§§ 137f ff GewO); dazu *Funk-Leisch*, Das Recht der Versicherungsvermittlung in Österreich (2010) 151 ff.

17 Grundlegend *Rummel*, Bereicherungsrechtliche Probleme des KSchG, vor allem beim Rücktritt nach § 3 KSchG, in *Krejci*, Handbuch KSchG 315.

18 Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁴ (2014) 109 f. Siehe für Maklerverträge aber *Pesek*, Auswirkungen des VRUG auf das Wohn- und Immobilienrecht, wbl 2014, 185 (196 ff).

19 EBRV 89 BlgNR 25. GP 4, 13 f.

20 Siehe nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁴ 105 (Anbahnung), 109 f (Rücktritt von Dienstleistungen).

21 Vgl Art 15 Verbraucherrechte-RL.

22 *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 48; vgl auch Rz 54 (offenlassend zum vom Immobilienmakler vermittelten Vertrag). Dagegen zutr *Pesek*, wbl 2014, 185 (196). Vgl auch *Cap*, Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie. Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, ÖJZ 2014, 707 (709).

23 Siehe *Leupold*, wbl 2014, 481 (490 [FN 61]).

Zunächst ist nicht zu leugnen, dass der Verbraucher dem Versicherungsmakler im Regelfall aus zwei Gründen *kein Entgelt schuldet*. Erstens kommt honorarbasierter Beratung durch den Makler im Verbrauchergeschäft in den seltensten Fällen vor, der Makler wird vielmehr durch eine Provision entlohnt.²⁴ Zweitens schuldet der Kunde – anders als etwa bei Verträgen mit Immobilienmaklern – die Provision selbst bei erfolgreicher Vermittlung nicht. Provisionsschuldner des Maklers ist bekanntlich der Versicherer, der sie freilich im Ergebnis auf den Versicherungsnehmer überwälzt. Da aber der Kunde bei diesem Modell niemals Schuldner des Entgelts ist, ist der *Wortlaut des Ausnahmetatbestandes* erfüllt.

Auch § 3 Abs 3 Z 3 KSchG enthält einen Ausnahmetatbestand für Geschäfte mit geringem Entgelt. Zum Unterschied von der im FAGG geregelten Ausnahme ist allerdings gefordert, dass die beiderseitigen Leistungen sofort zu erbringen sind, was in der Regel nicht der Fall ist. Sollte man daher die Anwendung des FAGG verneinen, wäre § 3 KSchG immer noch anwendbar.

Betrachtet man das *Telos der Ausnahmeregelung*, scheint es allerdings auf den ersten Blick zweifelhaft, ob sie für unseren Bereich der Maklerverträge tatsächlich einschlägig ist. Nach den EB zum Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (VRUG) geht es dem Gesetzgeber nämlich darum, den Geschäftsverkehr durch Einführung „einer solchen Bagatellgrenze“ von Verbraucherschutzregelungen zu entlasten, wenn „wegen der geringen ökonomischen Dimension des jeweiligen Geschäfts kein Bedürfnis nach forciertem Verbraucherschutz besteht“.²⁵ Die Anwendung der Bagatellgrenze wirkt – wenn das Provisionsvolumen den geforderten Betrag übersteigt – bei der Einschaltung eines Versicherungsmaklers also nicht ganz passend.

Als *Zwischenergebnis* ist festzuhalten, dass Auswärtsgeschäfte mit Versicherungsmaklern nach dem Wortlaut des § 1 Abs 2 Z 1 nicht dem FAGG unterliegen. Die Zwecke des Ausnahmetatbestandes mögen zwar in eine andere Richtung weisen, die Untersuchung der Frage muss aber gar nicht weiter vertieft werden, weil zu zeigen sein wird, dass die Ausnahme für Finanzdienstleistungen einschlägig ist und Verträge mit Versicherungsmaklern schon aus diesem Grund nicht unter das FAGG fallen (2.2.).

Der Blick auf das gerade erwähnte Geschäftsmodell der Versicherungsvermittlung durch Makler²⁶ liefert aber auch – gleichsam als Nebenprodukt – Hinweise für die Beantwortung der in diesem Beitrag untersuchten Frage: Das Interesse, sich von der Vereinbarung zu lösen, entsteht erst mit Abschluss des Versicherungsvertrages. Davor wird der Kunde gar nicht mit der Provision belastet. Der Maklervertrag ist aus dieser Perspektive vom vermittelten Geschäft abhängig und steht mit ihm in einem engen Zusammenhang. Gerade bei – nicht nur in Österreich, sondern in vielen Mitgliedstaaten üblicher²⁷ – provisionsbasierter Beratung ist es daher sinnvoll, den *Verbraucherschutz* im Fernabsatz und bei Auswärts- bzw. Haustürgeschäften *einheitlich zu gestalten*

und die beiden Verträge (Makler- und Versicherungsvertrag) demselben Schutzregime zu unterstellen. Diese Feststellung ist nicht nur rechtspolitisch, sondern auch rechtsdogmatisch relevant. Sie könnte nämlich die Auslegung der Ausnahme von „Finanzdienstleistungen“ beeinflussen, die der europäische Gesetzgeber (bei Schaffung der FernFin-RL, siehe unten 2.2.) in Kenntnis dieses Geschäftsmodells geschaffen hat.

2.2. FINANZDIENSTLEISTUNGEN (§ 1 Abs 2 Z 5 FAGG)

2.2.1. Verbraucherrechte-RL

Das FAGG nimmt Finanzdienstleistungen explizit von seiner Anwendung aus (§ 1 Abs 2 Z 5 FAGG). Die Ausnahme ist jedenfalls für die vom Makler vermittelten Versicherungsverträge einschlägig.²⁸ Fraglich ist aber, ob diese Ausnahme auch für den Vermittlungsvertrag gilt. Das wird in der Lehre²⁹ verschieden beantwortet.

Die gesetzliche Ausnahme entspricht wörtlich der europarechtlichen Vorgabe (Art 3 Abs 3 lit d Verbraucherrechte-RL). Die Richtlinie enthält jedoch anders als das FAGG eine *Definition der Finanzdienstleistung* (Art 2 Z 12 Verbraucherrechte-RL). Demnach ist nicht nur der Versicherungsvertrag, sondern auch „jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer [...] Versicherung“ erfasst. Diese Ausweitung auf mit der Versicherung verbundene Dienstleistungen scheint auch Maklerverträge zu erreichen. Jedoch spricht die englische Fassung enger³⁰ nur von „service of a[n] [...] insurance [...] nature“. Maklerverträge sind aber beratender/vermittelnder und nicht versichernder Natur, weshalb sie der Wortlaut der englischen Definition nicht erfasst. In der französischen Variante wird wiederum von „service ayant trait [...] à l'assurance“ gesprochen. Da „ayant trait à“ mit „sich bezieht auf“ oder „im Zusammenhang steht mit“ zu übersetzen sein wird, scheint die französische genau wie die deutsche Fassung weit textiert zu sein und somit den Makler einzuschließen. Letztlich liefert der Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen allerdings kein eindeutiges Ergebnis.

Für die Auslegung des Begriffes der Finanzdienstleistung wird auch darauf rekurriert, dass EG 26 der Verbraucherrechte-RL ihre *Anwendung auf Immobilienmakler* klarstellt. Das spreche für die Erfassung auch der Versicherungsmakler.³¹ Das Argument kann nicht überzeugen. Abgesehen davon, dass man mit derselben Berechtigung in die andere Richtung argumentieren könnte (offenbar bedarf es einer Klarstellung in den EG, um Immobilienmakler zu erfassen!), sind die Situationen auch nicht vollkommen vergleichbar. Während der Fernabsatz von Versicherungen eben von der FernFin-RL erfasst wird, wenn er nicht unter die Verbraucherrechte-RL fällt, befinden sich Fernabsatzverträge im Zusammenhang mit Immobilien im unionsrechtsleeren Raum, wenn sie nicht von der Verbraucherrechte-RL erfasst werden. Der Regelungsbedarf ist somit verschieden, die Erfassung der Immobilienmakler hilft bei der Beantwortung unserer Frage nicht.

²⁴ Siehe nur *Koban in Fenyves/Schauer* (Hrsg), VersVG-Kommentar (2014) Anhang zu §§ 43–48 VersVG Rz 76 ff, 111 f.

²⁵ EBRV 89 BlgNR 25. GP 5.

²⁶ Zum Immobilienmakler siehe *Pesek*, wobl 2014, 185 (195 ff).

²⁷ Vgl *Url*, Auswirkung der Offenlegung von Vergütungen für die Versicherungsvermittlung, in *Gisch/Kronsteiner/Riedlsperger* (Hrsg), Versicherungsvermittlung in Österreich 151 (154).

²⁸ ZB *Cap*, ÖJZ 2014, 707 (709).

²⁹ Bejahend *Handig*, *ecolex* 2014, 411; *Cap*, ÖJZ 2014, 707 (709); verneinend *Leupold*, wbl 2014, 481 (490 [vgl aber FN 59]); offenlassend *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 47.

³⁰ Siehe bereits *Leupold*, wbl 2014, 481 (490 [FN 59]); vgl auch *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 47.

³¹ *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 47.

Der soeben erwähnte *Zusammenhang von Verbraucherrechte-RL und FernFin-RL* liefert auch den entscheidenden Hinweis für die Auslegung des Begriffes der Finanzdienstleistung. EG 32 der Verbraucherrechte-RL erwähnt, dass das „geltende Unionsrecht unter anderem über Finanzdienstleistungen für Verbraucher [...] zahlreiche Verbraucherschutzbestimmungen“ enthält, weshalb die Richtlinie für solche Verträge nicht gelten soll. Bei der Ausnahme für Finanzdienstleistungen wollte der Richtliniengeber also offenbar gar keinen neuen Begriff schöpfen, sondern er orientierte sich an bestehendem Unionsrecht. Der in der FernFin-RL enthaltene Begriff der Finanzdienstleistungen ist daher auch für seine Auslegung in der Verbraucherrechte-RL maßgebend.³²

2.2.2. FernFin-RL

Die FernFin-RL enthält die von der Verbraucherrechte-RL übernommene, in diesem Beitrag bereits vorgestellte (2.2.1.) und für unsere Fragestellung nicht in allen Sprachfassungen übereinstimmende Definition der Finanzdienstleistung (Art 2 lit b FernFin-RL).

Anders als die Verbraucherrechte-RL spricht die FernFin-RL die Frage, ob Vermittler erfasst sein sollen, allerdings explizit in EG 19 an: „[...] Die Richtlinie sollte aber gleichermaßen Anwendung finden, wenn sich eine der Absatzphasen unter Mitwirkung eines Vermittlers vollzieht. Mit Rücksicht auf die Art und den Umfang dieser Mitwirkung sollten die einschlägigen Bestimmungen dieser Richtlinie unabhängig von der Rechtsstellung des Vermittlers auf diesen anwendbar sein.“ Aufgrund dieser doch eindeutigen Formulierung war es seit jeher hA, dass *Verträge mit Versicherungsmaklern von der FernFin-RL umfasst* sind.³³ Dieses Verständnis der Finanzdienstleistung ist auch in Deutschland vorherrschend.³⁴

In Österreich hat sich einzig *Fenyves*³⁵ gegen die Anwendung der FernFin-RL (und damit des FernFinG) auf Versicherungsmakler ausgesprochen. Der Makler erbringe nämlich keine Finanzdienstleistung (sondern eine andere Dienstleistung). Anders sei zB die Tätigkeit eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens einzuordnen, das den Ankauf von Investmentfondsanteilen vermittelt. Hier solle das FernFinG Anwendung finden. Im Gegensatz dazu sei auf den Versicherungsmakler das allgemeine „FernabsatzG“³⁶ anzuwenden. Das Argument ist allerdings zirkelschlussartig und kann schon aus diesem Grund nicht überzeugen: Die weite Begrifflichkeit – vgl die deutsche und die französische Sprachfassung, die auf einen *Zusammenhang mit der Versicherung* abstellen – und die Erwähnung der Vermittler zeigen ja gerade, dass der europäische Gesetzgeber

ein autonomes Verständnis und einen weiten Anwendungsbereich vor Augen hatte. Dies kann dann aber nicht mit dem Hinweis entkräftet werden, dass der Versicherungsmakler keine Finanzdienstleistung erbringt.

Schließlich sprach auch die durch die Verbraucherrechte-RL aufgehobene *Fernabsatz-RL* dafür, dass die Versicherungsvermittlung als Finanzdienstleistung im Sinne der europäischen Vorgaben einzuordnen ist. Die Richtlinie nahm Finanzdienstleistungen (in Erwartung der späteren FernFin-RL) von ihrer Anwendung aus (Art 3 Abs 1 Fernabsatz-RL). Auch die englische Sprachfassung war aber hier weit formuliert und erfasste Maklerverträge (deutsch: „Verträge, die [...] Finanzdienstleistungen betreffen“; englisch: „contracts: relating to financial services“).³⁷ Wäre aber nun auch die FernFin-RL nicht auf Versicherungsmakler anwendbar gewesen, hätte es eine – vom europäischen Gesetzgeber nicht beabsichtigte – Schutzlücke gegeben.

Abgesehen davon, dass all dies ohnehin auf einen ganz eindeutigen Willen des europäischen Gesetzgebers schließen lässt, wurde auch gezeigt, dass es sachlich gerechtfertigt ist, die beiden Verträge – Maklervertrag und Versicherungsvertrag – ein und demselben Schutzregime zu unterstellen (siehe 2.1.); *teleologische Argumente* sprechen also auch dafür, dass Verträge mit Versicherungsmaklern nicht von der Verbraucherrechte-RL erfasst sind. Da sich der österreichische Gesetzgeber richtlinienkonform verhalten wollte,³⁸ ist das europarechtlich vorgegebene Verständnis der Finanzdienstleistung auch für das österreichische Recht (FAGG, FernFinG, § 3 KSchG) maßgebend.

2.2.3 Akzessorietät des Versicherungsvertrags?

Da Verträge mit Versicherungsmaklern nach der hier vertretenen Auffassung also nicht vom FAGG erfasst sind, stellt sich auch nicht die Folgefrage, ob der Versicherungsvertrag zum Maklervertrag akzessorisch iSd § 17 FAGG (Art 15 Verbraucherrechte-RL) ist.³⁹

Sollte man die abweichende Auffassung – Anwendung des FAGG auf Versicherungsmakler – vertreten, müsste die Akzessorietät des Versicherungsvertrags zum Maklervertrag freilich verneint werden. Für unseren Bereich des Versicherungsrechts fällt auf, dass eine Anwendung des § 17 FAGG letztlich einer Umgehung der ausdrücklich normierten Ausnahme für Finanzdienstleistungen gleichkäme.

Schon nach allgemeinen Gesichtspunkten ist die *Akzessorietät* eines vermittelten Vertrags zum Maklervertrag allerdings zu *verneinen*: Wie *Pesek* für Verträge mit Immobilienmaklern zutreffend ausführt, stellt § 17 FAGG nämlich auf die Erbringung einer Dienstleistung durch den verbundenen Unternehmer ab, während es beim Maklervertrag bloß um eine Vermittlung von Abschlussgelegenheiten geht, also künftigen Dienstleistungsverträgen, deren Zustandekommen völlig offen ist.⁴⁰

³² Vgl auch *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 43, 47.

³³ *Blume/Hammerl/Blaschek*, FernFinG (2005) § 1 Rz 9, § 3 Rz 18; *Graf in Schwimann* (Hrsg), ABGB V³ (2006) § 3 FernFinG Rz 6, 8 (zweifelnd jedoch in Rz 6 FN 9); *Zahradnik*, Anwendungsbereich des Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetzes, in *Fletzberger/Schopper*, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen 45 (50 f, 63; vgl auch 64 f).

³⁴ Ausführlich *Schneider*, Vertrieb von Versicherungen über das Internet 223 ff (229 ff). Vgl auch *Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth* (Hrsg), BGB I³ (2012) § 312b Rn 45. Zur Kreditvermittlung *Wendehorst* in *MüKoBGB*⁹ (2012) § 312b Rn 19 f. Zur Umsetzung der FernFin-RL siehe RegE, BT-Drucksache 15/2946, 1 (16, 18).

³⁵ *Fenyves* in FS Jud 87 (93).

³⁶ Gemeint waren wohl die §§ 5a ff KSchG über den Fernabsatz, die durch das FernabsatzG (BGBl I 1999/185) eingeführt wurden (und mit dem VRUG mittlerweile wieder außer Kraft getreten sind).

³⁷ Vgl auch die französische Fassung: „contrats: portant sur les services financiers“.

³⁸ Siehe nur EBRV 89 BlgNR 25. GP 24.

³⁹ § 9 FernFinG ordnet ganz ähnlich an, dass der Rücktritt von einem Fernabsatzvertrag über Finanzdienstleistungen auch für zusammenhängende Verträge gilt, die auf dessen Grundlage abgeschlossen wurden. Insofern ist die Frage also auch dann relevant, wenn man den Maklervertrag nicht dem FAGG unterstellt.

⁴⁰ *Pesek*, wobl 2014, 185 (196). AA *Leupold*, wbl 2014, 481 (490 [vgl aber 491]); *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 48. Vgl zum „zusammenhän-

Mit der Erstreckung des Rücktritts auf akzessorische Verträge möchte der Gesetzgeber den Rücktritt „attraktiv“ halten: Der Verbraucher soll nicht von einem Vertrag zurücktreten können, aber an eine darauf beruhende, nun jedoch sinnlos gewordene Vereinbarung gebunden bleiben. Das ist bei einem durch einen Makler vermittelten (Versicherungs-)Vertrag ganz offenkundig nicht der Fall. Es ist dann aber *keine sachliche Rechtfertigung* dafür erkennbar, wieso der Verbraucher auch den (Versicherungs-)Vertrag – und nicht nur den Maklervertrag – beseitigen können soll.

3. ERGEBNIS

Das FAGG ist auf Verträge mit Versicherungsmaklern nicht anwendbar, weil die *Ausnahme von Finanzdienstleistungen auch für deren Vermittlung einschlägig* ist. Das bedeutet freilich nicht, dass der Verbraucher schutzlos ist: Kontrahiert er

genden“ Vertrag nach § 9 FernFinG Graf in Schwimann, ABGB V³ § 9 FernFinG Rz 2. Siehe dazu auch Putzer, Mit einer Lebensversicherung oder Altersversorgung zusammenhängende Fernabsatz-Dienstleistungsgeschäfte aus dem Blickwinkel des FernFinG, wbl 2007, 457 (460 f).

mit einem Versicherungsmakler im Fernabsatz, kommt das FernFinG zur Anwendung. Bei Haustürgeschäften kann sich der Verbraucher auf das Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG berufen. Es kommt zu einem *sachgerechten Gleichklang des Verbraucherschutzes* für den Vermittlungsvertrag und den vermittelten Versicherungsvertrag.



Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. **Stefan Perner** lehrt Privatrecht am Institut für Rechtswissenschaften der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt.

Jüngere Publikationen:

Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler, ZFR 2015/57 (in Druck); Lehrbuch Bürgerliches Recht, 4. Auflage (2014, gemeinsam mit Spitzer und Kodek); Kommentierung der §§ 1c, 1d VersVG und des Internationalen Versicherungsrechts in Fenyves/Schauer (Hrsg), Kommentar zum VersVG (2014).

✉ stefan.perner@aau.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Perner/Stefan

Foto Wilke

Die neue RdW

Das Wichtigste. Das Neueste. Gedruckt & digital.

Alle Inhalte des gedruckten Hefts stehen Ihnen **ab sofort auch digital** zur Verfügung.

Zusätzlich erhalten Sie:

- News zu Ihrem Fachgebiet
- Übersichten zu aktuellen Gesetzesvorhaben
- Fristentabellen
- Autorenspezifische Artikelsammlungen uvm



Als Abonnent/-in nutzen Sie das Zeitschriftenportal „**RdW digital**“ als Bestandteil Ihres Abos!



Jetzt einsteigen:
rdw.lexisnexus.at