

Anwendungsbereich des Fern- Finanzdienstleistungs-Gesetzes

I.	Einleitung	1
II.	Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen	2
A.	Allgemeines	2
B.	Die Fernabsatzrichtlinie und ihre Umsetzung in das österreichische Recht	2
C.	Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen	3
III.	Persönlicher Anwendungsbereich des Bundesgesetzes	4
A.	Allgemeines	4
B.	Unternehmer	5
C.	Verbraucher	5
D.	Anwendung auf Vermittler?	6
IV.	Sachlicher Anwendungsbereich	7
A.	Allgemeines	7
B.	Fernabsatzvertrag	7
1.	Definition des Fernabsatzvertrages	7
2.	Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluss	7
3.	Grundvereinbarung/Folgende Leistungen	9
a)	Grundvereinbarung	9
b)	Leistungen	10
c)	Zusatzvertrag	10
4.	Leistungen ohne Grundvertrag	11
5.	Identifikationspflichten und Formzwang	11
a)	Identifikationspflichten zur Geldwäschebekämpfung	11
b)	Formvorschriften	12
C.	Definition des Begriffes Finanzdienstleistung	12
1.	Notwendigkeit der Abgrenzung zum KSchG	12
2.	Begriffsdefinition	13
a)	Begriffsdefinition und Abgrenzung zum KSchG	13
b)	Definition im FernFinG	13
3.	Die erfassten Finanzdienstleistungen	14
a)	Bankdienstleistungen	14
b)	Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Kreditgewährung	16
c)	Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Versicherung	16
d)	Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Altersversorgung von Einzelpersonen	17
e)	Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Geldanlage	17
f)	Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Zahlung	19
D.	Fernkommunikationsmittel	19
a)	Definition	19
b)	"Gemischte" Kommunikation	20
c)	Vermittler als Fernkommunikationsmittel?	20
E.	Vertriebs- oder Dienstleistungssysteme	21

I. Einleitung

Das Bundesgesetzes über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz – "FernFinG") sieht insbesondere Informations- und Rücktrittsrechte für Verbraucher vor, die mit Unternehmern Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen schließen. Damit wird eine Lücke im Verbraucherschutz geschlossen, die durch die Ausklam-

merung der Finanzdienstleistungen aus den Regeln über den Fernabsatz entstand.

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des FernFinG.¹

II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

A. Allgemeines

Das FernFinG beruht auf europarechtlichen Vorgaben. Im Folgenden werden diese Richtlinien im Bereich des Verbraucherschutzes bei Fernabsatzgeschäften im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich kurz dargestellt.²

B. Die Fernabsatzrichtlinie und ihre Umsetzung in das österreichische Recht

Als erster Schritt zum Schutz der Konsumenten bei Geschäften im Fernabsatz verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat am 20.5.1997 die Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie – "FARL").³ Diese Richtlinie zählt zu einer Reihe von Regelungswerken, welche die Europäische Union in ihrem Harmonisierungsbestreben um die Schaffung eines funktionierenden Binnenmarktes mit hohem Verbraucherschutzniveau⁴ bereits erlassen hat.

Die FARL enthält die wesentlichen Bestimmungen über Verträge zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher über den Fernabsatz von Waren und Dienstleistungen. Ganz bewusst klammerte der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie aus (Art 3 Abs 1 FARL). Der Anhang II zur Richtlinie nennt in diesem Zusammenhang unter anderem Wertpapierdienstleistungen, Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäfte, Bankdienstleistungen, Tätigkeiten im Zusammenhang mit Versorgungsfonds und Dienstleistungen im Zusammenhang mit Termin- oder Optionsgeschäften, die somit nicht von der Richtlinie umfasst sind.

In Österreich wurde die FARL mit dem Fernabsatzgesetz ("FernabsatzG" – BGBl I 185/1999) umgesetzt. Das FernabsatzG hat eine Reihe von Bestimmungen in das KSchG eingeführt, die auf Verträge Anwendung finden, welche unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, sofern sich der Unternehmer eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems bedient.⁵

Im Sinne der FARL ist die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Informationspflichten, den Rücktritt vom Vertrag und die Erfüllung (§§ 5c bis 5i

¹ Zum anwendbaren Recht und aufsichtsrechtlichen Aspekten bei grenzüberschreitenden Geschäften siehe *Schopper/Zahradnik*, Privat- und aufsichtsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Bankgeschäfte im Internet, ÖBA 2003, 21 mwN.

² Siehe zur Entstehungsgeschichte im Detail den Beitrag von *Schütz*, XXX.

³ AB L 144 vom 4.6.1997, 19.

⁴ Art 153 iVm Art 95 EGV.

⁵ §§ 5a bis 5j KSchG.

KSchG) auf Verträge über Finanzdienstleistungen ausgeschlossen. Hingegen gelten § 31a KSchG über den Schutz von Karteninhabern bei missbräuchlicher Verwendung ihrer Zahlungskarten im Fernabsatzgeschäft sowie das Verbot, ein Ferngespräch zu beginnen, ohne zu Beginn des Gesprächs den Namen beziehungsweise die Firma des Unternehmens und den geschäftlichen Zweck des Gesprächs klar und verständlich offen zu legen (§ 32 Abs 1 Z 7 KSchG) bereits seit Einführung dieser Bestimmungen in das KSchG auch für Verträge über Finanzdienstleistungen.⁶

C. Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen

Die Europäische Kommission kündigte in ihrer Erklärung zur FARL die legislative Umsetzung für Bestimmungen im Bereich des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen an.⁷ Diesem Versprechen wurde mit der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (FernFinanzdienstleistungsrichtlinie – "FDRL")⁸ entsprochen. Sie schließt die Lücke im Verbraucherschutz, die aufgrund der Ausklammerung von Finanzdienstleistungen in der FARL entstanden war.

Ein Hauptziel der Europäischen Union ist die Verwirklichung eines funktionsfähigen Binnenmarkts. Da sich Finanzdienstleistungen aufgrund ihrer immateriellen Beschaffenheit besonders für Transaktionen im Fernabsatz eignen, ist es unter anderem ein erklärtes Ziel der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten und so das Vertrauen der Verbraucher in den Fernabsatz zu steigern.⁹

Regelungskern der Richtlinie und maßgeblich für ihren Anwendungsbereich ist der Fernabsatzvertrag. Von einem solchen ist im Sinne der Richtlinie auszugehen, wenn der sich auf eine Finanzdienstleistung beziehende Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw Dienstleistungssystems des Anbieters unter Verwendung eines Fernkommunikationsmittels geschlossen wird. Demnach fallen unter diesen Begriff alle Vereinbarungen betreffend Finanzdienstleistungen, bei denen das Angebot, die Verhandlung und der Abschluss an getrennten Orten erfolgen.¹⁰ Gemeint ist hiermit, dass Kunde und Unternehmer nicht zu gleichen Zeit körperlich am selben Ort anwesend sind.

Die FDRL folgt dem Prinzip der Maximalharmonisierung. Damit bestreitet der Europäische Gesetzgeber einen neuen Pfad in der Harmonisierung der Verbraucherschutzbestimmungen in den Mitgliedstaaten. Die in der Vergangenheit von der Europäischen Union erlassenen Richtlinien zum Verbraucherschutz orientieren sich größtenteils am Prinzip der Mindestharmonisierung. In diesen Fällen war es den Mitgliedstaaten erlaubt, zugunsten ihrer Verbraucher strengere nationale Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten.

⁶ In diesem Zusammenhang ist auch auf § 12 Abs 3 WAG hinzuweisen, der Anrufe um Zweck der Verwertung bestimmter Finanzprodukte bei Konsumenten ohne deren Zustimmung verbietet (siehe auch § 107 TKG; ab 1.10.2004 wird sich § 12 Abs 3 WAG auf einen Verweis auf das TKG beschränken).

⁷ AB1 L 144 vom 4.6.1997, 28.

⁸ AB1 L 271 vom 9.10.2002, 16ff.

⁹ AB1 L 271 vom 9.10.2002, 16.

¹⁰ AB1 L 271 vom 9.10.2002, 17.

Die FDRL hingegen bestimmt, dass die Mitgliedstaaten kein Recht haben, Bestimmungen zu erlassen, die ein im Vergleich zur Richtlinie höheres Schutzniveau für Verbraucher sicherstellen sollen. Anderenfalls könnten einzelne Mitgliedstaaten durch zusätzliche Konsumentenschutzbestimmungen den Marktzutritt erschweren, während eigene Unternehmen bei Geschäften in anderen Mitgliedstaaten nur geringere Standards einzuhalten hätten. Lediglich für den Fall, dass in der Richtlinie ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist, sind strengere Bestimmungen durch die Mitgliedstaaten erlaubt. Daraus folgt auch zwangsläufig, dass die Mitgliedstaaten bereits bestehende strengere nationale Regelungen abändern und so in deren Anwendungsbereich dem Schutzniveau der Richtlinie anpassen müssen.

Die Richtlinie regelt im wesentlichen Informationspflichten für den Anbieter von Finanzdienstleistungen sowie Bestimmungen über das Rücktrittsrecht¹¹ des Verbrauchers vom Fernabsatzvertrag. Weiters sieht die Richtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten geeignete Vorkehrungen treffen müssen, um die Verbraucher vor einer betrügerischen Verwendung ihrer Zahlungskarte im Rahmen eines Fernabsatzvertrages und vor unaufgefordert erbrachten Dienstleistungen sowie vor unerwünschten Mitteilungen durch Fernkommunikationsmittel zu schützen.

Die Richtlinie ist bis spätestens 9.10.2004 in den Mitgliedstaaten umzusetzen.

III. Persönlicher Anwendungsbereich des Bundesgesetzes

A. Allgemeines

In Umsetzung der FDRL liegt in Österreich das Bundesgesetz über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz – "FernFinG")¹² vor. Das Gesetz regelt die Anbahnung und den Abschluss von Verträgen über Finanzdienstleistungen im Fernabsatz zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

Mit der Erlassung dieses gesonderten Bundesgesetzes an Stelle der Anpassung des KSchG wählte der österreichische Gesetzgeber für die Umsetzung der Richtlinie eine andere Vorgehensweise als im Fall der FARL. Damit wird einerseits die Zersplitterung der Bestimmungen des Verbraucherschutzes im österreichischen Rechtsbestand verstärkt, andererseits würde die Einführung von zusätzlichen Spezialvorschriften für den relativ eingeschränkten Anwendungsbereich der Finanzdienstleistungen die Übersichtlichkeit und Systematik des Gesetzes beeinträchtigen.¹³ *Krejci* nennt schon die mit dem FernabsatzG ins KSchG eingeführten Bestimmungen als einen "zum übrigen Verbraucherrecht mitunter im Widerspruch stehenden eratischen Block, der wie ein Findling in einer Landschaft steht, in die er nicht wirklich gehört".¹⁴

Da die FDRL eine Vollharmonisierung der Verbraucherschutzbestimmungen im Fernabsatz über Finanzdienstleistungen vorsieht, orientiert sich das FernFinG eng an den Vorgaben der Richtlinie. Der nationale Gesetzgeber kann le-

¹¹ Die Richtlinie verwendet den Begriff "Widerruf".

¹² BGBl I 2004/62.

¹³ 467 BlgNR 22. GP, 5.

¹⁴ *Krejci in Rummel*³ (2002) §§ 5a bis 5j KSchG Rz 3.

diglich dort von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen, wo dies von der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen ist. Dies ist unter anderem der Fall im Art 6 Abs 3 (Ausschluss des Widerrufsrechtes), Art 10 Abs 2 (unerwünschte Mitteilungen) und Art 11 (Sanktionen) der FDRL.

Vom persönlichen Anwendungsbereich des FernFinG sind Unternehmer und Verbraucher erfasst, sofern sie Verträge über Finanzdienstleistungen im Fernabsatz anbahnen und abschließen (§ 1 FernFinG). Für die Auslegung des Begriffes des Unternehmers und Verbrauchers verweist das Gesetz auf § 1 KSchG.¹⁵

B. Unternehmer

Unternehmer im Sinne des KSchG ist, wer über ein Unternehmen verfügt. Unter einem Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit zu verstehen (§ 1 Abs 2 KSchG). Die wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens muss nicht auf Gewinnerzielung gerichtet sein, um den Unternehmensbegriff des KSchG zu erfüllen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind gemäß § 1 Abs 2 KSchG immer als Unternehmer anzusehen.

Die Begriffsbestimmung des Art 2 lit c FDRL definiert den Anbieter von Finanzdienstleistungen als jede natürliche oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit Dienstleistungen aufgrund von Fernabsatzverträgen erbringt. Die beiden Definitionen decken sich somit im Wesentlichen.

C. Verbraucher

Eine Diskrepanz in bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich der FDRL und des FernFinG entsteht jedoch dadurch, dass die Richtlinie und das nationale Gesetz von unterschiedlichen Verbraucherbegriffen ausgehen.

Der Verbraucher des KSchG wird mit Hilfe einer negativ Umschreibung definiert. Demnach fällt unter den Verbraucherbegriff jeder, für den das in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Daraus ergibt sich, dass einerseits natürliche Personen Verbraucher sein können, andererseits aber auch juristische Personen des Privatrechts. Da letztere meist im Rahmen eines Unternehmens tätig werden, sind sie in der Regel als Unternehmer im Sinne des KSchG einzustufen. Allerdings können juristische Personen des Privatrechts, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, als Konsumenten einzustufen sein. So können kleine Idealvereine unter bestimmten Voraussetzungen als Verbraucher angesehen werden, wenn das betreffende Geschäft für sie nicht zum Betrieb ihres Unternehmens gehört.¹⁶ Ähnliches muss mE auch für Geschäfte von Privatstiftungen gelten, deren Stiftungszweck keine wirtschaftlichen Ziele verfolgt (zB ausschließliche Verwaltung einer Kunstsammlungen).¹⁷

Im Sinne der FDRL gilt als Verbraucher hingegen lediglich *"jede natürliche Person, die bei Fernabsatzverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können"* (Art 2 lit d FDRL). Die Richtlinie spricht somit eindeutig nur von natürlichen Personen.

¹⁵ BGBl 1979/140

¹⁶ *Krejci in Rummel*³ (2002) KSchG § 1 Rz 7; 1998 BlgNR 20. GP, 18.

¹⁷ In diesem Sinn auch *Arnold*, PSG-Kommentar (2002) 8.

Da die FDRL dem Prinzip der Vollharmonisierung folgt, sind strengere Regelungen durch nationale Bestimmungen grundsätzlich lediglich dann zulässig, wenn dies in der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen wird. In diesem Zusammenhang ist auf den 29. Erwägungsgrund zur FDRL hinzuweisen, welcher den Mitgliedstaaten die Möglichkeit bietet *"den Schutz dieser Richtlinie auf gemeinnützige Organisationen oder Personen auszuweiten, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, um Unternehmer zu werden."*

Diese Durchbrechung des Grundsatzes der vollen Harmonisierung führt dazu, dass auch kleine Idealvereine richtlinienkonform als Verbraucher gelten können, sofern für sie das Geschäft nicht zum Betrieb ihres Unternehmens im Sinne der § 1 Abs 1 Z 1 KSchG gehört. Dies obwohl sie im Gegensatz zum Verbraucherbegriff der FDRL keine natürlichen Personen sind.

Außerdem kommen durch den 29. Erwägungsgrund natürliche Personen, die ein Gründungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG abschließen, weiterhin richtlinienkonform in den Genuss der Verbraucherprivilegien.

D. Anwendung auf Vermittler?

Problematisch ist, dass Vermittler von Finanzdienstleistungsverträgen im FernFinG keine Erwähnung finden. Kommt ein Vertrag im Fernabsatz unter Einschaltung eines Vermittlers zustande,¹⁸ stellt sich die Frage, ob das Gesetz nur auf die Vertragspartner des Hauptvertrages (also Geschäftsherr und Kunde) oder auch auf den Vermittler anzuwenden ist.

Die FDRL geht auf die Vermittler nur im 19. Erwägungsgrund ein: *"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."*

Daher wird das FernFinG so auszulegen sein, dass auf Unternehmenseite von seinem Anwendungsbereich nicht nur die Parteien des Hauptvertrages, sondern auch eingeschaltete selbständige Vermittler erfasst sind. Dies allerdings nur, soweit die Tätigkeit des Vermittlers ihrerseits eine Finanzdienstleistung ist und er mit dem Kunden einen Fernabsatzvertrag (über die Vermittlungsleistung) schließt. So wäre etwa grundsätzlich ein Vermittler von Wertpapierkäufen¹⁹ erfasst, während dies bei Vermittlung von Kreditkarten nicht der Fall wäre.

Die Einbeziehung der Vermittler ist auch aus der Perspektive des Verbraucherschutzes zweckmäßig, weil ein Informationsbedürfnis der Konsumenten hinsichtlich der Person des Vermittlers besteht, zumal ja auch in seiner Rechtsbeziehung zum Vermittler Kosten beziehungsweise Ansprüche (zB wegen mangelnder Risikoaufklärung) entstehen können. Auch soll die Anwendung der Regeln über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen nicht davon abhängig sein, wie der Anbieter seinen Vertrieb organisiert.²⁰ Es kann daher sowohl der Vertrag zwischen Konsumenten und Anbieter (zB beim Kauf von

¹⁸ ZB der Erwerb von Investmentfondsanteilen unter Einschaltung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens als Vermittler oder der Abschluss eines Versicherungsvertrages über einen Versicherungsmakler.

¹⁹ Nach § 1 Abs 1 Z 19 lit c BWG; siehe unten IV.C.3.

²⁰ Vgl *Krieger*, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher (2003) 97.

Investmentfondsanteilen der Fondsgesellschaft) als auch derjenige zwischen Konsumenten und Vermittler (Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das den Ankauf vermittelt) als dem FernFinG unterliegender Fernabsatzvertrag zu beurteilen sein.²¹

IV. Sachlicher Anwendungsbereich

A. Allgemeines

Das FernFinG enthält Bestimmungen für den Abschluss von Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 FernFinG). Das FernFinG kommt lediglich dann zur Anwendung, wenn die Kommunikation zwischen den Vertragsparteien ausschließlich über ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems des Unternehmers erfolgt und der Fernabsatzvertrag Finanzdienstleistungen zum Gegenstand hat (§ 1 iVm § 3 Z 1 FernFinG).

Das Gesetz ist demnach anwendbar, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Es wird ein Fernabsatzvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen.
- Der Fernabsatzvertrag hat Finanzdienstleistungen zum Gegenstand.
- Der Vertrag wird unter Verwendung eines Fernkommunikationsmittels geschlossen.
- Der Vertragsabschluß erfolgt im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems.

Im Folgenden sollen diese Voraussetzungen näher untersucht werden.

B. Fernabsatzvertrag

1. Definition des Fernabsatzvertrages

Eine Begriffsdefinition im Gesetz²² normiert, was unter einem Fernabsatzvertrag konkret zu verstehen ist:

Von einem Fernabsatzvertrag ist auszugehen, wenn ein Vertrag über Finanzdienstleistungen unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems des Unternehmens abgeschlossen wird (§ 3 Z 1 FernFinG).

2. Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluss

Der tatsächliche Abschluss eines Fernabsatzvertrages fällt meist nicht mit dem Zeitpunkt, der Informationspflichten des Unternehmers gemäß §§ 5 ff Fern-

²¹ Zu den Informationspflichten bei Einschaltung von Vermittlern siehe den Beitrag von *Korinek XXX*.

²² § 3 Z 1 FernFinG.

FinG auslöst, zusammen. So müssen alle erforderlichen Angaben "*rechtzeitig vor*" der Vertragserklärung des Verbrauchers vom Unternehmer zur Verfügung gestellt werden. Zu diesem Zeitpunkt ist aber noch kein Fernabsatzvertrag zustande gekommen.

Noch im Entwurf des FernFinG²³ war bereits die Anbahnung eines Vertrages Auslöser für die Anwendung des Gesetzes, was aber in der Regierungsvorlage und schließlich im Gesetz nicht übernommen wurde. Die §§ 5a ff KSchG kennen das Tatbestandselement der "Anbahnung" bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ebenfalls nicht. Die Erläuterungen zum ursprünglichen Entwurf des FernFinG führten aus, dass unter Anbahnung die "kongruente Anbahnung" im Sinne der Rechtsprechung des OGH zu § 3 Abs 3 Z 1 KSchG ("Haustürgeschäfte") zu verstehen sei. Einer oberstgerichtlichen Entscheidung zufolge wird vom Vorliegen einer kongruenten Anbahnung eines Vertrages gesprochen, wenn der Verbraucher gerade jenen Vertrag angebahnt hat, der in der Folge auch geschlossen wurde.²⁴ Das Verhalten des Verbrauchers muss einen eindeutigen Schluss auf seine Bereitschaft zum Abschluss eines bestimmten Vertrages zulassen.²⁵

Der Entfall der Bezugnahme auf die Vertragsanbahnung bedeutet aber nicht, dass die Verpflichtungen des Unternehmers erst mit Vertragsabschluss entstehen. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage führen dazu aus, dass mit "*abschluss*" des Vertrages nicht nur Angebot und Annahme sondern auch die vorangehenden Vertragsverhandlungen gemeint sind.²⁶ Dies ist auch klar daraus ableitbar, dass die Informationspflichten²⁷ vor Vertragsabschluss erfüllt werden müssen.

Die FDRL kennt den Begriff der "*Anbahnung*" zwar ebenfalls nicht, jedoch lässt sich aus den verschiedenen Bestimmungen ableiten, dass das Stadium vor Vertragsabschluss vom Geltungsbereich der Richtlinie umfasst sein soll. So normiert Art 3 FDRL eine Reihe von Informationspflichten, die der Anbieter gegenüber dem Verbraucher rechtzeitig, bevor er durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein Angebot gebunden ist, zu erfüllen hat. Die Begriffsdefinition für den Fernabsatzvertrag normiert, dass für den Vertrag "*bis zu und einschließlich dessen Abschluss*" ausschließlich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet werden müssen, damit ein Fernabsatzvertrag vorliegt. Damit nimmt die Richtlinie ebenfalls auf das Vorfeld zum Vertragsabschluss Bezug.

Beziehen sich demnach die Telefonate oder Korrespondenz vor einem Vertragsabschluss auf einen bestimmten Vertragsinhalt und wird in der Folge eben dieser Vertrag tatsächlich abgeschlossen, so ist das Gesetz bereits auf die Phase der Vertragsanbahnung anwendbar. Besprechen der Unternehmer und der Verbraucher in Vorgesprächen jedoch (telefonisch) Themen, die in Folge nicht Inhalt eines zwischen den Vertragsparteien geschlossenen Fernabsatzvertrages werden, ist das Gesetz nicht anwendbar. Die Anwendung des Gesetzes auf die Phase vor Vertragsabschluss ist somit quasi dadurch bedingt, dass der Fernabsatzvertrag zustande kommt.²⁸

²³ 144/ME (22.GP).

²⁴ OGH, MietSlg 37.710.

²⁵ OGH, RdW 1996, 207; ecolx 1996, 93.

²⁶ 467 BlgNR 22. GP, 11 unter Berufung auf Art 2 lit a der Richtlinie.

²⁷ §§ 5 ff FernFinG.

²⁸ Zu beachten ist, dass für eine Verletzung der Informationspflichten keine (Verwaltungs)Strafen vorgesehen sind. Vielmehr besteht die Sanktion darin, dass der Kunde so lange vom Fernabsatzvertrag zurücktreten kann, bis der die erforderlichen Informationen erhalten hat (§ 8 Abs 4 FernFinG). Darüber hinaus sind aber Ansprüche des

Ein persönliches vertragsanbahnendes Gespräch zwischen den gleichzeitig körperlich am selben Ort anwesenden Vertragsparteien schließt mE die Anwendung des FernFinG auf den in der Folge geschlossenen Vertrag aus, wenn eben der in diesem Gespräch konkret erörterte Vertrag in der Folge über Fernkommunikationsmittel abgeschlossen wird.²⁹ Das Gesetz spricht nämlich von der "ausschließlichen" Verwendung eines Fernkommunikationsmittels. Es soll somit nur zur Anwendung gelangen, wenn der Verbraucher im Zuge des Vertragsabschlusses keinen persönlichen Ansprechpartner zur Verfügung hatte. Auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend § 3 FernFinG führen – wie erwähnt – aus, dass mit dem "*Abschluss des Vertrages*" nicht nur "*die vertraglichen Willenserklärungen (Angebot und Annahme), sondern auch die diesen vorangehenden Vertragsverhandlungen gemeint*" sind.³⁰ Dem entspricht auch die Definition des Fernabsatzvertrages in der Richtlinie. Dort ist Teil der Definition des Fernabsatzvertrages in Artikel 2 lit a), dass "*für den Vertrag bis zu und einschließlich dessen Abschlusses ausschließlich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet*" werden.

Natürlich können sich dadurch Abgrenzungsprobleme ergeben, weil zweifelhaft sein könnte, wann Gespräche zwischen Unternehmer und Verbraucher als Vertragsverhandlungen gelten. Allerdings wird man hier wohl keinen allzu strengen Maßstab anlegen dürfen, weil es wie erwähnt wohl primär darum geht, ob der Verbraucher einen persönlichen Ansprechpartner hatte, bei dem er sein Informationsbedürfnis befriedigen konnte. Auch der (unter anderem) hinter dem Rücktrittsrecht stehende Schutz vor übereilten Vertragsabschlüssen (durch einfaches "Anklicken" am Bildschirm) ist nicht erforderlich, wenn der Verbraucher die Gelegenheit zur Erörterung mit dem Unternehmer hatte.³¹

3. Grundvereinbarung/Folgende Leistungen

a) Grundvereinbarung

Nicht jeder mittels Fernkommunikationsmittel abgeschlossene Vertrag zwischen Konsumenten und Unternehmer ist ein Fernabsatzvertrag. Die Bestimmungen des FernFinG finden nämlich grundsätzlich lediglich auf die Grundvereinbarung im Sinne des § 2 Abs 1 FernFinG Anwendung, nicht jedoch auf "*die daran anschließenden aufeinander folgenden Leistungen oder einer daran anschließenden Reihe von zeitlich zusammenhängenden Leistungen der gleichen Art*".³²

Die Informationspflichten des Unternehmers (§ 5ff FernFinG) und das Rücktrittsrecht des Verbrauchers (§ 8ff FernFinG) kommen lediglich in bezug auf die Grundvereinbarung zur Anwendung. Diese Regelung ist zweckmäßig, weil es einerseits nicht sinnvoll wäre, den Verbraucher bei jeder einzelnen Konto-

²⁹ Verbrauchers aus *culpa in contrahendo* denkbar. Siehe dazu *Kühnberg*, Sanktionen und Rechtsschutz in der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 1/2-2004, 23 ff. Zu denken wäre etwa an den Fall, dass der Unternehmer im Anschluss an ein persönliches Gespräch dem Kunden den Vertrag mit dem besprochenen Inhalt zusendet und der Kunde diesen unterschrieben retourniert.

³⁰ 467 BlgNR 22. GP, 11, wo auch auf den 15. Erwägungsgrund zur Finanzdienstleistungsrichtlinie verwiesen wird, wonach alle Verträge als Fernabsatzverträge gelten, bei denen das Angebot, die Verhandlung und der Abschluss selbst an getrennten Orten erfolgen, womit allerdings wohl gemeint ist, dass sich Anbieter und Verbraucher in all diesen Phasen jeweils an unterschiedlichen Orten befinden.

³¹ Vgl dazu die Erläuterungen zu § 8 FernFinG, 467 BlgNR 22. GP, 14.

³² § 2 Abs 1 FernFinG setzt den ersten Untersatz des Art 1 Abs 2 FDRL um.

überweisung erneut zu informieren. Andererseits wäre es für den Unternehmer eine unvertretbare Mehrbelastung, müsste er bei jeder von ihm erbrachten Leistung Informationspflichten im Umfang des FernFinG erfüllen. Auch die Anwendung des Rücktrittsrechts auf alle Leistungen im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung wäre überschießend und nicht durch die Besonderheiten eines Vertragsabschlusses im Fernabsatz zu rechtfertigen.

Unter Grundvereinbarungen sind beispielsweise Verträge zur Eröffnung eines Bankkontos oder Wertpapierdepots, die Vereinbarung über die Ausstellung einer Kreditkarte, Portfolioverwaltungsverträge sowie der Abschluss von Verträgen über Versicherungsleistungen zu verstehen. Davon sind die einzelnen Leistungen, die im Rahmen und auf Grundlage der Grundvereinbarung vom Unternehmer zu erbringen sind, zu unterscheiden. Zu diesen Leistungen zählen zB die Durchführung von Banküberweisungen (auf Basis eines Girokontovertrages), der Erwerb von Wertpapieren (im Rahmen eines Depotvertrages) oder die Abwicklung von Kreditkartenzahlungen.

b) Leistungen

Die FDRL verwendet die Begriffe der "*ersten Dienstleistungsvereinbarung*" und der "*daran anschließenden aufeinander folgenden Vorgänge oder einer daran anschließenden Reihe von Vorgängen der gleichen Art*". Zeichnungen neuer Anteile desselben Investmentfonds gelten etwa als aufeinander folgende Vorgänge der gleichen Art.³³

Der in der Richtlinie verwendete Begriff "*Vorgang*" ist grundsätzlich weiter als derjenige der "*Leistung*" im FernFinG. So könnte zB fraglich sein, ob Käufe von Wertpapieren unter den Begriff der Leistung fallen, weil ja jeder Kauf ein selbständiger Vertrag ist³⁴ und nicht nur eine Leistung.³⁵ Allerdings war wohl keine von der Richtlinie abweichende Umsetzung beabsichtigt. Daher wird der Begriff "*Leistung*" richtlinienkonform auszulegen sein und Einzelverträge, die auf Grundlage eines Rahmenvertrages geschlossen werden, unter diesen Begriff zu subsumieren sein.³⁶

c) Zusatzvertrag

Wird jedoch die Grundvereinbarung um eine neue Komponente erweitert, ist nach den Materialien von einem "*Zusatzvertrag*" auszugehen, der wiederum Informationspflichten auslöst.³⁷ Von diesem "*Zusatzvertrag*" kann der Verbraucher ebenfalls zurücktreten, jedoch nicht von jeder einzelnen im Rahmen der Grundvereinbarung erbrachten Leistung.

Bei einem solchen Zusatzvertrag handelt es sich um einen neuen Grundvertrag über vom ursprünglichen Grundvertrag nicht erfasste, eigenständige Finanzdienstleistungen. Die Materialien sprechen hier beispielsweise von der Möglichkeit, ein elektronisches Zahlungsinstrument gemeinsam mit dem vorhandenen Bankkonto zu nutzen oder neben einem Girokonto auch Wertpapiere zu

³³ AB1 L 271 vom 9.10.2002, 17.

³⁴ Vertragspartner ist hier ja in der Regel das Kreditinstitut selbst im Rahmen des Kommissionsgeschäfts.

³⁵ Während ein solches Effektengeschäft problemlos unter den sehr weiten Begriff des Vorgangs subsumiert werden kann.

³⁶ Dies ergibt sich auch aus den Materialien, wonach Transaktionen im Rahmen eines Portfolioverwaltungsvertrages als Leistungen zu verstehen sind (siehe 467 BlgNR 22. GP, 10).

³⁷ 467 BlgNR 22. GP, 10.

kaufen.³⁸ Zur Abgrenzung zwischen einer bloßen Leistung oder einer Änderung eines bestehenden Vertrages einerseits und einem Zusatzvertrag andererseits wird wohl darauf abzustellen sein, ob sich der Vertragsinhalt so ändert, dass der Schutzzweck des Gesetzes eine neuerliche Anwendung der Informationspflichten und des Rücktrittsrechtes sinnvoll erscheinen lässt. Dies wird wohl dann der Fall sein, wenn neue, zusätzliche (andere) Leistungen auch mit zusätzlichen Kosten oder Haftungsrisiken für den Verbraucher verbunden sind.³⁹

4. Leistungen ohne Grundvertrag

Das Gesetz regelt darüber hinaus den Fall, dass zwischen den Vertragsparteien keine Grundvereinbarung geschlossen worden ist, der Unternehmer aber dennoch aufeinander folgende oder getrennte und zeitlich zusammenhängende Leistungen der gleichen Art an den Verbraucher erbringt.⁴⁰ In dem Fall, dass Leistungen der gleichen Art innerhalb eines Jahres erbracht werden, muss der Unternehmer lediglich für die erste Leistung die Informationspflichten der §§ 5 und 6 FernFinG erfüllen. Für die nachfolgenden Leistungen sind somit keine "Vorabinformationen" zu erteilen, jedoch muss der Unternehmer die übrigen Bestimmungen des FernFinG einhalten, wie die Übermittlung der Vertragsbedingungen und Vertriebsinformationen gemäß § 7 FernFinG.⁴¹ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Gesetzes ist natürlich, dass die Leistung im Fernabsatz erbracht wird.

Hier ist der Begriff Leistungen ebenfalls weit – im Sinne des in der Richtlinie verwendeten Begriffes des "Vorgangs" – zu verstehen⁴² und beinhaltet auch Verträge über eine einzelne Transaktion, ohne, dass es zum Abschluss eines Rahmenvertrages kommt. ZB könnte darunter der Ankauf eines Investmentfondsanteiles über das Internet oder im Korrespondenzweg fallen. Die Zeichnung weiterer Anteile auf gleiche Weise innerhalb eines Jahres führt in der Folge nicht erneut zur Auslösung der Informationspflichten nach §§ 5 und 6 FernFinG.⁴³

5. Identifikationspflichten und Formzwang

a) Identifikationspflichten zur Geldwäschebekämpfung

Die Einschränkung der Geltung des Gesetzes auf den Grundvertrag führt in Zusammenhang mit den Identifikationspflichten zur Verhinderung der Geldwäscherei zu einem praktisch eher eingeschränkten Anwendungsbereich. Jedenfalls im Bereich der Bankgeschäfte, teilweise aber auch im Versicherungsgeschäft, ist nämlich eine persönliche Identifikation der Kunden erforderlich. Zwar enthält das BWG eine Sonderregelung für die Identifikation der Kunden

³⁸ 467 BlgNR 22. GP, 10; dies entspricht dem 17. Erwägungsgrund zur Richtlinie.

³⁹ Schwierig ist die Abgrenzung allerdings bei Ausweitung eines Kredits oder auch nur eines Überziehungsrahmens auf einem Konto bzw der Erhöhung der Versicherungssumme einer bestehenden Versicherung. Hier erscheint mir – bei sonst, abgesehen vom Entgelt, unveränderten Vertragsbedingungen – die Anwendung der Informationspflichten und Rücktrittsrechte nicht erforderlich, weil es sich um keine neue (zusätzliche) Art der Vertragsbeziehung handelt.

⁴⁰ § 2 Abs 2 FernFinG.

⁴¹ 467 BlgNR 22. GP, 10; siehe auch Artikel 1 Abs 2 der Finanzdienstleistungsrichtlinie.

⁴² Siehe die obigen Ausführungen zu den Leistungen in diesem Kapitel.

⁴³ Vgl auch den 17. Erwägungsgrund zur Richtlinie.

im Fernabsatz⁴⁴, doch ist diese wenig praktikabel. Sie setzt nämlich entweder eine – derzeit wenig verbreitete – elektronische Signatur des Kunden oder ein eher kompliziertes Identifikationsverfahren, wonach dem Kunden die Unterlagen per Einschreiben zuzusenden sind und dieser dem Kreditinstitut eine Ausweiskopie zukommen lassen muss, voraus.⁴⁵ Daher ist der Abschluss von Verträgen in der Bankfiliale nach wie vor die Regel. Für Zusatzverträge mit bereits identifizierten Kunden ist das FernFinG jedoch praktisch relevant.

b) Formvorschriften

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass bestimmte Verträge im Finanzdienstleistungsbereich schriftlich geschlossen werden müssen, so Verbrauchergirokontoverträge und Verbraucherkreditverträge⁴⁶, oder zumindest bestimmte Vertragsklauseln nur schriftlich vereinbart werden dürfen. Auch bedarf zB die Einschränkung der Haftung des Wertpapierdienstleistungserbringers der Unterfertigung einer entsprechenden, deutlich gegenüber dem übrigen Vertragstext hervorgehobenen Vertragserklärung durch den Verbraucher.⁴⁷ In diesen Fällen scheiden somit viele Fernabsatzkanäle aus, weil die Schriftform weder per Fax noch per E-Mail (außer im – wie erwähnt noch nicht verbreiteten – Fall einer elektronischen Signatur) und natürlich keinesfalls bei Vertragsabschlüssen über Telefon gewahrt werden kann.

C. Definition des Begriffes Finanzdienstleistung

1. Notwendigkeit der Abgrenzung zum KSchG

Die Definition der Finanzdienstleistung hat eine wesentliche Bedeutung für die Abgrenzung zwischen "normalen" Fernabsatzverträgen und Verträgen über den Fernabsatz für Finanzdienstleistungen. Im Hinblick auf das Verbraucherschutzniveau ist eine scharfe Grenzziehung im Allgemeinen nicht von übermäßiger Bedeutung, weil auch die Regeln in den §§ 5a ff KSchG für Fernabsatzverträge Informationspflichten und ein Rücktrittsrecht vorsehen. Dennoch gibt es einige Unterschiede, die eine klare Abgrenzung erforderlich machen. So sind im FernFinG die Informationspflichten auf Finanzdienstleistungen zugeschnitten und erfordern darüber hinaus die Nennung der zuständigen Aufsichtsbehörde. Beim Rücktrittsrecht gibt es im FernFinG ebenfalls einige zusätzliche Ausnahmen.⁴⁸ Wichtig ist weiters, dass die Frist für das Rücktrittsrecht nach KSchG 7 Werktage beträgt, während die Frist nach dem FernFinG mit 14 bzw in bestimmten Fällen 30 (Kalender-)Tagen bemessen ist.⁴⁹

⁴⁴ Siehe § 40 Abs 8 BWG.

⁴⁵ Siehe dazu näher den Beitrag von *Fletzberger* auf Seite XXX und dessen zutreffende Kritik an der wenig flexiblen und zielführenden Regelung der Kundenidentifikation.

⁴⁶ Siehe die §§ 33 Abs 2 und 34 Abs 2 BWG. Die Verletzung des Formerfordernisses hat allerdings nicht die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge. Es liegt aber eine Verwaltungsübertretung vor (§ 98 Abs 3 Z 3 BWG).

⁴⁷ Siehe § 15 Abs 2 WAG.

⁴⁸ § 10 FernFinG.

⁴⁹ Siehe § 5e Abs 2 KSchG bzw § 8 Abs 2 FernFinG. Im allgemeinen Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird dazu ausgeführt, dass eine Harmonisierung überlegt, jedoch aus europarechtlichen Überlegungen nicht umgesetzt wurde, insbesondere da 7 Werktage unter Umständen länger sein können, als 14 Kalendertage; siehe 467 BlgNR 22. GP, 7.

2. Begriffsdefinition

a) Begriffsdefinition und Abgrenzung zum KSchG

Eine einheitliche Definition des Begriffes Finanzdienstleistung gibt es nicht. Im Rahmen der WTO und des GATS⁵⁰ sind vom (dort weiten) Finanzdienstleistungsbegriff sämtliche Bankgeschäfte im Sinne des BWG sowie Leasinggeschäfte und Versicherungsgeschäfte umfasst. Im BWG selbst wird der Begriff "*Finanzdienstleistungsgeschäft*" sehr eng verstanden und erfasst nur die Geschäfte nach § 1 Abs 1 Z 19 BWG.⁵¹

Wie bereits ausgeführt enthält die FARL eine "*nicht erschöpfende Liste von Finanzdienstleistungen*", die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein soll. Bei der Umsetzung in das österreichische KSchG folgte der Gesetzgeber diesem Beispiel und schloss die Anwendung der Bestimmungen über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz auf Verträge über Finanzdienstleistungen aus (§ 5b Z 1 KSchG). Unter Finanzdienstleistung versteht das KSchG insbesondere Wertpapierdienstleistungen, Versicherungen und Rückversicherungen, Bankdienstleistungen, Tätigkeiten im Zusammenhang mit Versorgungsfonds sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Termin- und Optionsgeschäften.

Die FDRL wählt hingegen eine sehr offene Definition des Begriffes Finanzdienstleistung, was zu einem weiten Anwendungsbereich der Richtlinie führt. Geplant war die vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfassten Dienstleistungen in einer "*nicht erschöpfenden Liste*" zusammenzufassen und im Anhang zu veröffentlichen.⁵² Davon ging der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch ab, um Auslegungsschwierigkeiten in der Zukunft zu vermeiden.⁵³

Die Richtlinie erfasst Finanzdienstleistungen jeder Art, die im Fernabsatz erbracht werden können.⁵⁴ Die Begriffsbestimmung bezeichnet als Finanzdienstleistung im Sinn der FDRL "*jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung*" (Art 2 lit d FDRL).

b) Definition im FernFinG

Das österreichische FernFinG übernimmt wortwörtlich die Definition der Finanzdienstleistung aus der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Diese Definition ist im österreichischen Rechtsbestand neu.

Unter Finanzdienstleistung ist "*jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung*" (§ 3 Z 2 FernFinG) zu verstehen. Der Begriff ist somit entsprechend der Richtlinie sehr weit gefasst, weil er auch Dienstleistungen erfasst, die nach allgemeinem Sprach-

⁵⁰ General Agreement on Trade in Services.

⁵¹ Also die Vermögensberatung, die Verwaltung von Kundenvermögen mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden sowie die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten (jeweils bezogen auf bestimmte Finanzinstrumente), wobei der Erbringer der Dienstleistung nicht Schuldner seiner Kunden werden darf (außer es handelt sich um ein Kreditinstitut, dass über die Konzession für das Einlagen- bzw Depotgeschäft verfügt).

⁵² ABI C 385 vom 11.12.1998, 17.

⁵³ KOM (1999) 385 endgültig, 4.

⁵⁴ Erwägungsgrund 14 und 17 zur FDRL.

gebrauch nicht unbedingt als Finanzdienstleistung verstanden werden. Der Anwendungsbereich des FernFinG reicht demnach von reinen Finanzmarkttransaktionen bis hin zu Hypothekarkrediten und von Reisegepäckversicherungen bis zum Abschluss eines Kreditvertrages.⁵⁵

Hinsichtlich des Finanzdienstleistungsbegriffes im FernFinG wird aufgrund des Abstellens auf die Richtlinie und insbesondere deshalb, weil die Richtlinie eine Maximalharmonisierung vorgibt⁵⁶, eine gemeinschaftsweit einheitliche Begriffsdefinition vorzunehmen sein. Maßgeblich können daher nicht nur jene Tätigkeiten sein, die nach österreichischem Recht als Bank- oder Versicherungsgeschäfte gelten. Andererseits könnten unter Umständen österreichische Bankgeschäfte vom gemeinschaftsrechtlichen Finanzdienstleistungsbegriff ausgenommen sein. Es wird nämlich nicht auf das Subjekt abgestellt, das die Leistung erbringt, sondern auf die Art der Leistung.

3. Die erfassten Finanzdienstleistungen

Finanzdienstleistungen im Sinne des FernFinG sind demnach folgende Dienstleistungen⁵⁷:

a) *Bankdienstleistungen*

Unter den Begriff der "*Bankdienstleistung*" fallen grundsätzlich zunächst die Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs 1 BWG, sofern diese gewerblich ausgeübt werden. Hinsichtlich des Gewerblichkeitsbegriffes verweisen die Materialien zum BWG auf das Umsatzsteuergesetz.⁵⁸ Die Aufzählung in § 1 Abs 1 BWG ist taxativ.

Folgende Bankgeschäfte sind erfasst:

Einlagengeschäft (Z 1), Girogeschäft (Z 2), Kreditgeschäft (Z 3), Diskontgeschäft (Z 4), Depotgeschäft (Z 5), Ausgabe und Verwaltung von Kreditkarten und Reiseschecks (Z 6), Wertpapierhandel (Z 7), Garantiegeschäft (Z 8), Wertpapieremissionsgeschäfte (Z 9 und 10), Bauspargeschäft (Z 12), Investmentgeschäft und Immobilienfondsgeschäft (Z 13 und 13a), Beteiligungsfondsgeschäft (Z 14), Kapitalfinanzierungsgeschäft (Z 15), Factoringgeschäft (Z 16), Vermittlung bestimmter Bankgeschäfte (Z 18)⁵⁹, Finanzdienstleistungsgeschäft (Z 19), E-Geldgeschäft (Z 20), und Wechselstubengeschäft (Z 22) sowie Finanztransfergeschäft⁶⁰ (Z 23).

All diese Geschäfte sind auch nach gemeinschaftsrechtlichem Verständnis Bankgeschäfte bzw Finanzdienstleistungen.⁶¹ Zweifelhaft könnte dies allerdings für die Vermittlung von Bankgeschäften nach Z 18 sein, weil diese in den einschlägigen Richtlinien nicht erwähnt werden. Zur Kreditvermittlung wird allerdings auf den nachfolgenden Punkt verwiesen und zur Vermittlung

⁵⁵ 467 BlgNR 22. GP, 11.

⁵⁶ Siehe Erwägungsgrund 13 zur FDRL.

⁵⁷ Die Darstellung verweist vorwiegend auf die aufsichtsrechtlichen Normen, weil diese aufgrund von Legaldefinitionen, auf die zurückgegriffen werden kann, eine leichtere Einordnung ermöglichen.

⁵⁸ RV 1130 BlgNr 18. GP, 113.

⁵⁹ Nämlich des Einlagengeschäfts, des Kreditgeschäfts (siehe dazu im Anschluss), des Devisengeschäfts und des Garantiegeschäfts.

⁶⁰ BWG-Novelle BGBl I 2003/35.

⁶¹ Vergleiche Anhang I zur Richtlinie 2000/12/EG, der die Liste derjenigen Tätigkeiten enthält, für welche die gegenseitige Anerkennung im Kreditinstitutsbereich gilt, und den Anhang zur Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EG sowie die OGAW-Richtlinie.

des Einlagengeschäfts auf die Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Geldveranlagung verwiesen. Was das Kapitalfinanzierungsgeschäft betrifft, wird dieses als Unterfall des Kreditgeschäfts einzustufen sein. Ein Vertragsabschluss mit Verbrauchern im Fernabsatz wird hier allerdings praktisch nicht vorkommen.

Was das Loroemissionsgeschäft (Z 11), den Betrieb von Geldmaklergeschäften im Interbankenmarkt (Z 17) sowie das Mitarbeitervorsorgekassengeschäft (Z 21) angeht, so wird das FernFinG in der Regel schon deshalb nicht anwendbar sein, weil hier kein Verbraucher im Sinne des KSchG involviert sein wird. Dies wird in der Regel auch auf das Factoringgeschäft zutreffen.

Verbrauchergirokontoverträge und Verbraucherkreditverträge müssen wie oben erwähnt schriftlich abgeschlossen werden, was die Auswahl der Fernkommunikationsmittel stark einschränkt.

Die Dienstleistungen, welche unter den Begriff des Finanzdienstleistungsgeschäftes nach Z 19 fallen, decken sich wie bereits erwähnt nicht mit dem Begriff "*Finanzdienstleistungen*" gemäß § 3 Z 2 FernFinG.

Fraglich ist, inwieweit die Tätigkeiten der Finanzinstitute nach § 1 Abs 2 BWG als Bankdienstleistungen einzustufen sind. Es handelt sich hierbei nicht um Bankgeschäfte. Kreditinstitute sind aber - quasi aus einem Nebenrecht - zur Ausübung dieser Tätigkeiten berechtigt. Dabei handelt es sich um das Leasinggeschäft, die Beratung von Unternehmen (über die Kapitalstruktur, industrielle Strategie sowie bei M&A-Transaktionen), die Erteilung von Handelsauskünften und die Erbringung von Schließfachverwaltungsdiensten.

Die Beratung von Unternehmen⁶² scheidet hier schon deshalb aus, weil kein Vertragspartner Verbraucher ist.

Der Abschluss von Schließfachverwaltungsverträgen im Fernabsatz wird praktisch kaum relevant sein. Im Anhang I zur konsolidierten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie 2000/12/EG sind Schließfachverwaltungsdienste allerdings als Teil der Tätigkeiten, für welche die gegenseitige Anerkennung im Bankenbereich gilt, aufgelistet (Z 14).⁶³ Somit ist davon auszugehen, dass die Schließfachverwaltung als Bankdienstleistung anzusehen ist.

Die Erteilung von Handelsauskünften ist ebenfalls im Anhang I zur konsolidierten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie 2000/12/EG aufgelistet. Obwohl Handelsauskünfte nicht ausschließlich von Banken erteilt werden, ist davon ausgehen, dass das FernFinG auf diese Tätigkeit Anwendung findet.

Verbleibt das Leasinggeschäft zu beurteilen. Zunächst ist anzumerken, dass Leasingverträge in der Regel eine Finanzierungsfunktion haben und Leasing in der Praxis oft eine Alternative zur Kreditfinanzierung ist, die unter das FernFinG fällt. Weiters wird bei der Interpretation wohl auch die gemeinschaftsrechtlichen Definition der Bankgeschäfte zu berücksichtigen sein müssen. Im Anhang I zur Richtlinie 2000/12/EG ist als harmonisierte Bankdienstleistung das Finanzierungsleasing genannt (in Z 3). ME ist daher Leasing dann als Fi-

⁶² Siehe das Gewerbe der Unternehmensberater einschließlich Unternehmensorganisatoren nach § 124 Z 16 GewO; die Beratung von Unternehmen hinsichtlich der Kapitalstruktur, industriellen Strategie und Dienstleistungen bei M&A-Transaktionen ist auch als Banktätigkeit im Anhang I zur Richtlinie 2000/12/EG aufgelistet.

⁶³ Darüber hinaus ist die Schließfachvermietung auch als Nebenleistung der Wertpapierfirmen in Abschnitt C des Anhangs zur Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (93/22/EWG) erfasst (Z 2).

nanzdienstleistung im Sinne des FernFinG anzusehen, wenn es sich um Finanzierungsleasing handelt.⁶⁴

b) Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Kreditgewährung

Die Definition des FernFinG nennt neben dem Begriff der Bankdienstleistung "*jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung*". Der Abschluss von Geldkreditverträgen und die Gewährung von Gelddarlehen⁶⁵ fallen jedoch ebenso wie die Vermittlung von Kreditverträgen⁶⁶ ohnedies schon unter den Begriff Bankdienstleistung.

Der Kreditvertrag ist ein Konsensualvertrag, der dem Kunden das Recht einräumt, unter einer Rückzahlungsverpflichtung Geld bis zu einer bestimmten Höchstgrenze in Anspruch zu nehmen. Die Bank ist andererseits verpflichtet, diese Mittel bereitzuhalten. Die Gewährung eines Gelddarlehens stellt einen Realkontrakt dar, wobei vertretbare Sachen in das Eigentum eines Empfängers übertragen werden. Einem Gelddarlehen liegt ein Darlehensvertrag gemäß § 983 ff ABGB zugrunde.⁶⁷ Auch die Gewährung von Darlehen ist natürlich Kreditgewährung im Sinne des FernFinG.

Kein Bankgeschäft ist die Vermittlung von Kreditverträgen im Rahmen der Gewerbe der Immobilienmakler und der Vermittlung von Personalkrediten, Hypothekarkrediten und Vermögensberatung vorgenommenen Vermittlung von Hypothekar- und Personalkrediten.⁶⁸ Auch dabei handelt es sich aber mE um Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Kreditgewährung.

c) Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Versicherung

Von "*Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Versicherung*" ist zunächst der Abschluss von Versicherungsverträgen gemäß §§ 1288 ff ABGB zwischen Verbrauchern und Unternehmern erfasst. Mit Abschluss eines Versicherungsvertrages verpflichtet sich der Versicherungsgeber, die Gefahr des Eintritts eines vom Versicherungsnehmer unverschuldeten Schadens zu übernehmen. Für die Abnahme dieses Risikos zahlt der Versicherungsnehmer eine Prämie. Demnach ist von einem Versicherungsgeschäft die Rede, "*wenn gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen übernommen werden, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt*".⁶⁹

⁶⁴ Beim Finanzierungsleasing (Financial Leasing) mietet der Leasingnehmer vom Leasinggeber den Leasinggegenstand für bestimmte Zeit an, während der eine Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Das Investitionsrisiko liegt dabei beim Leasingnehmer. Nach Ablauf des Vertrags hat der Leasingnehmer die Möglichkeit, das Leasingobjekt zu erwerben. Beim Operating Leasing handelt es sich im Wesentlichen um einen Mietvertrag, wobei das Investitionsrisiko beim Leasinggeber liegt.

⁶⁵ § 1 Abs 1 Z 3 BWG.

⁶⁶ § 1 Abs 1 Z 18 lit b BWG.

⁶⁷ Waldhäusel, Die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften (1993) 23 f.

⁶⁸ § 1 Abs 1 Z 18 lit b BWG; vgl § 94 Z 75 GewO – nunmehr Teil des reglementierten Gewerbes der Vermögensberatung (Beratung bei Aufbau und Erhalt von Vermögen und der Finanzierung unter Einschluss insbesondere der Vermittlung von Veranlagungen, Investitionen, Personalkrediten, Hypothekarkrediten und Finanzierungen).

⁶⁹ Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz (1997) § 1 Z 3.

Unter den Finanzdienstleistungsbegriff fällt daher zunächst der Abschluss aller dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) unterliegenden Versicherungsverträge.

Die bloße Vermittlungstätigkeit im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen oder der Abschluss von Versicherungsverträgen für fremde Rechnung sind allerdings aus dem Anwendungsbereich des (VAG) ausgeklammert.⁷⁰ Es handelt sich bei der Vermittlung von Versicherungen um der Gewerbeordnung unterliegende Tätigkeiten. Die Gewerbeordnung unterscheidet die nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe der Versicherungsagenten⁷¹ einerseits und der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten andererseits.⁷² All diese Gewerbe fallen unter den Begriff der Finanzdienstleistungen.

d) Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Altersversorgung von Einzelpersonen

Auch Dienstleistungen in Zusammenhang mit der "Altersversorgung von Einzelpersonen" fallen unter den Finanzdienstleistungsbegriff des FernFinG. Dies überschneidet sich zum größten Teil mit den Bank- und Versicherungsgeschäften.

Zunächst fallen darunter natürlich sämtliche Pensionsversicherungen (Erlebensversicherungen) sowie theoretisch grundsätzlich auch die Geschäfte der Pensionskassen⁷³, soweit diese direkt mit Arbeitnehmern kontrahieren würden. Ebenso dienen Pensionsinvestmentfonds⁷⁴ der Altersvorsorge. Schließlich werden auch Produkte, die gemäß den §§ 108g ff EStG als Zukunftsvorsorge einzustufen sind, der Altersversorgung von Einzelpersonen dienen.

Sonstige Veranlagungen, die auch der Pensionsvorsorge dienen (wie zB Fondssparen), fallen wohl nicht unter diesen Begriff, sehr wohl aber natürlich unter die im nächsten Punkt erwähnten Geldanlagen. Die Abgrenzung zwischen den einzelnen Komponenten des Finanzdienstleistungsbegriffs ist aber letztlich unerheblich.

Geschäfte der Mitarbeitervorsorgekassen⁷⁵ fallen deshalb nicht unter das FernFinG, weil hier Vertragspartner der Mitarbeitervorsorgekasse immer das Unternehmen ist.

e) Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Geldanlage

Die vom FernFinG umfassten Anlagegeschäfte sind zum Großteil im BWG geregelt. Darunter fallen die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren (Depotgeschäft), der Handel mit Finanzinstrumenten gemäß § 1 Abs 1 Z 7 BWG, sowie Wertpapieremissionsgeschäfte. Weiters zählen zu den Anlagege-

⁷⁰ Baran, VAG³ (2000) 8.

⁷¹ § 94 Z 76 GewO; Versicherungsagenten sind als Vermittler für bestimmte Versicherungsunternehmen tätig (vgl auch § 137 GewO).

⁷² § 94 Z 77 GewO (verbundenes Gewerbe); im Gegensatz zu den Versicherungsagenten sind die Makler nicht für ein bestimmtes Unternehmen tätig (vgl auch § 138 GewO).

⁷³ Nach dem Pensionskassengesetz. Dort können Arbeitnehmer nämlich grundsätzlich auch direkte Beiträge leisten. Direkte Verträge mit Arbeitnehmern sind aber unüblich. Auch werden solche Geschäfte wohl kaum im Fernabsatz getätigt.

⁷⁴ Siehe §§ 23a ff InvFG.

⁷⁵ Vgl § 1 Abs 1 Z 21 BWG sowie das Betriebliche Mitarbeitervorsorgegesetz (BMVG).

schäften die Verwaltung von Kapitalanlagefonds nach dem Investmentfondsgesetz bzw Immobilienfonds nach dem Immobilieninvestmentfondsgesetz und die Errichtung und Verwaltung von Beteiligungsfonds nach dem Beteiligungsfondsgesetz.

Das Finanzdienstleistungsgeschäft nach § 1 Abs 1 Z 19 BWG, das außer von Kreditinstituten auch von Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach dem WAG betrieben werden kann, ist ebenfalls als Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Geldanlage zu werten.

Allerdings werden auch Dienstleistungen, die sich nicht auf Finanzinstrumente beziehen, sondern zB auch die Beratung und Vermittlung im Bezug auf Veranlagungen nach § 1 Abs 1 Z 3 KMG⁷⁶ oder im Hinblick auf Warenderivate⁷⁷ unter den Begriff der Finanzdienstleistung fallen. In diesem Zusammenhang wird auch die Vermittlung von Spareinlagen⁷⁸ zu berücksichtigen sein.

Weder aus der Richtlinie, noch dem Gesetzestext oder den Materialien ist jedoch ableitbar, ob unter den weiten Begriff der "*Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Geldanlage*" auch Dienstleistungen fallen, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Erwerb eines Wertpapiers oder einer Veranlagung stehen. So warf etwa die Wiener Börse AG im Begutachtungsverfahren die Frage auf, ob der von ihr betriebene Verkauf von Marktdaten zu Wertpapieren unter den Finanzdienstleistungsbegriff fallen.⁷⁹ Diese Frage stellt sich auch in Bezug auf Börsebriefe oder andere (entgeltliche) Publikationen, in denen Empfehlungen zum Erwerb oder zur Veräußerung von Wertpapieren abgegeben werden. Die Wiener Börse AG vertrat die Auffassung, dass zur Beurteilung der Frage, ob solche Produkte unter den Anwendungsbereich des FernFinG fallen, auf das Verbraucherschutzinteresse abgestellt werden muss. Je geringer die finanziellen Risiken sind, die mit diesen Produkten für den Verbraucher verbunden sind, und je niedriger die Komplexität umso eher ist die Anwendung des FernFinG auszuschließen.

Dem ist mE zu folgen. Zudem sind aus meiner Sicht bei den Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Geldanlage nur solche Geschäfte erfasst, die auf eine konkrete Investition abzielen, wie die individuelle Vermögensberatung oder die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von Finanzprodukten. Der Verkauf von Marktdaten fällt daher ebenso wenig unter den Finanzdienstleistungsbegriff, wie allgemeine Anlageempfehlungen in Zeitschriften oder Börsebriefen, die nicht an eine bestimmte Person gerichtet sind.

Defizite im Verbraucherschutz ergeben sich dadurch nicht, weil diese Tätigkeiten ja unter die Fernabsatzregelungen des KSchG fallen können.

⁷⁶ Diese sind keine Wertpapiere; darunter fallen etwa Kommanditbeteiligungen, nicht verbriefte Genussrechte, Beteiligungen als stiller Gesellschafter. Vgl § 94 Z 75 GewO – reglementiertes Gewerbes der Vermögensberatung (Beratung bei Aufbau und Erhalt von Vermögen und der Finanzierung unter Einschluss insbesondere der Vermittlung von Veranlagungen, Investitionen, Personalkrediten, Hypothekarkrediten und Finanzierungen).

⁷⁷ Commodities; diese Vermittlungstätigkeit unterliegt als freies Gewerbe der GewO; diese werden teilweise künftig auch im Rahmen der ISD II in die zu beaufsichtigenden Geschäfte einbezogen.

⁷⁸ § 1 Abs 1 Z 18 lit a BWG.

⁷⁹ Stellungnahme der Wiener Börse AG vom 13.4.2004 zum Entwurf des FernFinG, GZ 7.012K/87-I 2/2004.

f) *Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Zahlung*

Die Erläuternden Bemerkungen geben zu bedenken, dass der Begriff der "Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Zahlung" nicht zu weit ausgelegt werden darf. Ein Vertrag über den Kauf einer Ware wird nicht deshalb zu einem Vertrag über eine Finanzdienstleistung, weil zur Erfüllung des Vertrages eine Zahlung zu leisten ist. In den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen jene Verträge, bei denen sich der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher bei von diesem zu leistenden Zahlungen durch Dienstleistungen zu unterstützen.

Zu den Zahlungsdienstleistungen zählt das Girogeschäft, welches die Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und des Abrechnungsverkehrs in laufender Rechnung für andere umfasst. Dabei handelt es sich um ein Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 BWG. Grundlage für das Girogeschäft ist im der Girovertrag. Die Dienstleistung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs umfasst Überweisungen, Scheckinkasso, Wechselinkasso, Abbuchungs- und Lastschriftverfahren sowie die Entgegennahme von Zahlungen, Bareinzahlungen und -auszahlungen.

Weiters zählen zu den Dienstleistungen im Zusammenhang mit Zahlungen unter anderem der Abschluss eines Kreditkartenvertrages, die Ausgabe von Reiseschecks sowie die Vereinbarung mit einer Bank, dass diese dem Kunden eine Zahlungskarte ausstellt mit der dieser an elektronischen Terminals Zahlungen leisten kann, die dann von seinem Konto abgebucht werden.⁸⁰

Weiters zählen auch das Finanztransfersgeschäft⁸¹ sowie das E-Geld-Geschäft⁸² zu den Dienstleistungen in Zusammenhang mit einer Zahlung.

D. Fernkommunikationsmittel

a) *Definition*

Das Gesetz versteht unter Fernkommunikationsmittel "*jedes Kommunikationsmittel, das ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers für den Fernabsatz einer Dienstleistung zwischen den Parteien eingesetzt werden kann*" (§ 3 Z 3 FernFinG).

Die ausschließliche Verwendung eines Fernkommunikationsmittel wird auch für den Abschluss von "normalen" Fernabsatzverträgen gefordert. § 5a Abs 2 KSchG nennt in demonstrativer Aufzählung eine Reihe von Kommunikationsmittel wie Drucksachen mit oder ohne Anschrift, Kataloge, Pressewerbungen mit Bestellschein, vorgefertigte Standardbriefe, Ferngespräche mit Personen oder Automaten als Gesprächspartnern, Hörfunk, Bildtelefon, Telekopie (Fax), Teleshopping sowie öffentlich zugängliche elektronische Medien, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, wie etwa die elektronische Post (E-Mail). Vom Definitionsbegriff ist nicht nur die standardisierte Kontaktaufnahme zwischen den Vertragspartnern umfasst, sondern darunter fallen auch für einzelne Kunden konzipierte Schreiben oder persönliche Telefonate mit den Kunden.⁸³ Hauptwesensmerkmal des Fernabsatzvertrages ist die Kommunikation zwischen Abwesenden.

⁸⁰ 144/ME (22. GP), 11.

⁸¹ § 1 Abs 1 Z 23 BWG.

⁸² § 1 Abs 1 Z 20 BWG; siehe dazu auch den Beitrag von *Krumhuber*, XXX.

⁸³ *Krejci in Rummel*³ (2002) §§ 5a bis 5j KSchG Rz 5.

b) "Gemischte" Kommunikation

Hier ist zu überlegen, ob das FernFinG auch dann zur Anwendung gelangt, wenn im Zuge der Vertragsverhandlungen bzw der Vertragsanbahnung Unternehmer und Verbraucher zusammentreffen, der Vertrag aber dann per Fernkommunikationsmittel geschlossen wird.⁸⁴

Die Bestimmungen des FernFinG finden lediglich dann Anwendung, wenn der Fernabsatzvertrag "*ausschließlich*" über Fernkommunikationsmittel abgeschlossen worden ist. Wie schon oben unter IV.B.2 ausgeführt, ist für die Anwendbarkeit des FernFinG entscheidend, dass der Unternehmer und der Verbraucher bis zum Vertragsabschluss zu keinem Zeitpunkt persönliche Gespräche führen, deren Inhalt sich auf den in der Folge abgeschlossenen Vertrag bezieht. Sonst würde jeder Kontakt zwischen den Vertragsparteien, auch wenn über den in Folge abgeschlossenen Vertrag nicht konkret gesprochen wurde, die Anwendung des FernFinG ausschließen.

Verwenden demnach die Vertragsparteien im Zuge der konkreten Vertragsanbahnung und des -abschlusses zu irgendeinem Zeitpunkt keine Fernkommunikationsmittel, ist von einem sonstigen Verbrauchergeschäft auszugehen.⁸⁵

Der Fernabsatzvertrag muss nicht ausschließlich mit ein und dem selben Fernkommunikationsmittel angebahnt und abgeschlossen werden. Das ergibt sich aus dem Gesetz, in dem auf "*unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel*" abgestellt wird. Ein Wechsel zwischen den Fernkommunikationsmitteln ist somit möglich, jedoch ist hierbei auf die Informationspflicht des Unternehmers Bedacht zu nehmen.

c) Vermittler als Fernkommunikationsmittel?

Unklar ist, ob das FernFinG zur Anwendung gelangt, wenn der Vertrag über die Finanzdienstleistung zwar zustande kommt, ohne, dass die Vertragsparteien persönlich zusammentrafen, aber der Verbraucher persönlichen und direkten Kontakt zu einem Vermittler hat. Unternehmer und Verbraucher sind dabei ja nicht körperlich anwesend. Andererseits wird man einen Vermittler, der zB Anträge weiterleitet, nur schwer als Fernkommunikationsmittel qualifizieren können. Als Beispiele nennen die Materialien hier ja nur Briefsendungen, Telefon, SMS, Telefax, Internet, E-Mail etc, nicht aber Personen.⁸⁶

Der 19. Erwägungsgrund zur FDRL führt – wie schon unter III.D oben dargelegt – aus, dass als Anbieter diejenige Person gilt, die Leistungen auf Distanz erbringt. "*Die Richtlinie sollte aber gleichermaßen Anwendung finden, wenn sich eine der Absatzphasen unter Verwendung eines Vermittlers vollzieht*". Dies spricht dafür, auch bei Zwischenschaltung eines Vermittlers die Bestimmungen des FernFinG, insbesondere auch die Informationspflichten auf den Unternehmer anzuwenden. Der Erwägungsgrund lässt aber nicht erkennen, ob dies auch gelten soll, wenn der Verbraucher den Vermittler persönlich trifft. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage führen aus, dass es Ziel des Gesetzes ist, trotz fehlenden physischen Kontakts zwischen den Vertragspartner eine wohlüberlegte Entscheidung zu ermöglichen.⁸⁷ An anderer Stelle wird hervor-

⁸⁴ ZB übergibt der Unternehmer im Zuge eines persönlichen Informationsgespräches dem Verbraucher ein Auftragsformular, dass dieser später zu Hause unterschreibt und dem Unternehmer per Post zusendet, der dann eine Auftragsbestätigung übersendet.

⁸⁵ Vgl auch *Krejci in Rummel*³ (2002) §§ 5a bis 5j KSchG Rz 6.

⁸⁶ 467 BlgNR 22. GP, 11.

⁸⁷ 467 BlgNR 22. GP, 1.

gehoben, dass die Möglichkeit, einfach telefonisch *oder "per Mausclick"* zu bestellen, zu übereilten Abschlüssen verleiten kann. Auch sei im Fernabsatz unter Umständen nicht erkennbar, wer Vertragspartner ist, und die Beratung im persönlichen Gespräch fehlt.⁸⁸

ME wird eher davon auszugehen sein, dass bei einem persönlichen Kontakt mit einem Vermittler das FernFinG auch nicht auf den dahinterstehenden Unternehmer anzuwenden ist, weil in solchen Fällen der Verbraucher nicht darauf angewiesen ist, seine Informationen zB über ein anonymes elektronisches System einzuholen, sondern alle Fragen persönlich abklären kann. Dies insbesondere, weil den Vermittler aufgrund seiner Rechtsbeziehung zum Verbraucher in der Regel ohnehin gesetzliche sowie nebenvertragliche Schutz- und Aufklärungspflichten treffen werden.⁸⁹ Es ist jedoch festzuhalten, dass in diesem Punkt erhebliche Rechtsunsicherheit besteht.

E. Vertriebs- oder Dienstleistungssysteme

Ein Fernabsatzvertrag im Sinne des FernFinG liegt nur vor, wenn er im Rahmen eines "*für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems*" des Unternehmers abgeschlossen wurde.

Wesentliches Tatbestandsmerkmal hierbei ist der Grad der Organisiertheit. Unter die Anwendung des FernFinG fällt, wenn der Unternehmer standardisierte Schreiben an Kunden versendet und für seine Produkte dem Kunden gegenüber mit Prospekten oder Katalogen wirbt. Gleiches gilt im Fall der Einrichtung einer Internetseite, über welche der Unternehmer seine Produkte vertreibt. Ein organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem ist es auch, wenn ein Unternehmen eine Telefonzentrale einrichtet, um auf diesem Weg mit Kunden in Kontakt zu treten.

Der bloß gelegentliche Abschluss von Fernabsatzverträgen außerhalb einer darauf ausgerichteten Struktur ist nicht vom Gesetz erfasst, weil dieser nicht im Rahmen eines vom Unternehmer organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem erfolgt.⁹⁰

Dies bringt natürlich das Problem mit sich, dass der Kunde (Verbraucher) unter Umständen nicht erkennen kann, ob ein solches System vorliegt.

Vertragspartner des Verbrauchers wird grundsätzlich jener Unternehmer, der ein Vertriebs- oder Dienstleistungssystem in seinem Unternehmen zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen betreibt. Für den Fall, dass sich ein Unternehmer im Rahmen der Anbahnung und des Abschlusses eines Fernabsatzvertrages der Dienste eines Dritten bedient, kommt der Vertrag dennoch zwischen Unternehmer und Verbraucher zustande. Entscheidend ist, zwischen wem die vertraglichen Hauptleistungen des Fernabsatzvertrages ausgetauscht werden. Wenn beispielsweise ein telefonischer Auskunftsdienst die Vermittlung von Gesprächskontakten zu Kunden oder die Abrechnungen seiner Leistungen durch ein drittes Unternehmen vornehmen lässt, wird der Vertrag zwischen dem Betreiber des telefonischen Auskunftsdienstes und dem Verbraucher ab-

⁸⁸ 467 BlgNR 22. GP, 2.

⁸⁹ Vergleiche zB im Bereich des WAG die auch Vermittler von Finanzinstrumenten (im weiteren Sinne) treffenden Wohlverhaltensregeln (§§ 12 ff WAG) oder die Bestimmungen des Maklergesetzes.

⁹⁰ Erwägungsgrund 18 der FDRL; 467 BlgNR 22. GP, 11, wo als Beispiel etwa gelegentliche telefonische Vertragsabschlüsse durch eine Bankmitarbeiterin genannt werden.

geschlossen.⁹¹ Dies ist einerseits der Verbraucher und andererseits der Betreiber des Auskunftsdienstes. Hiervon ist der Betreiber und Anbieter eines Fernkommunikationsmittels zu unterscheiden. Die FDRL definiert diesen als jede natürliche oder juristische Person des öffentlichen Rechts, deren gewerbliche oder berufliche Tätigkeit darin besteht, den Anbietern⁹² eine oder mehrere Fernkommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen (Art 2 lit g FDRL). Eine vergleichbare Begriffsdefinition fehlt im FernFinG. Die Betreiber und Anbieter von Fernkommunikationsmitteln sind auch nicht Adressaten des FernFinG.

⁹¹ OGH 29.4.2003, 4 Ob 92/03p.

⁹² Gemeint sind die Anbieter von Finanzdienstleistungen.

Literaturverzeichnis:

Arnold, PSG-Kommentar (2002);

Baran, VAG³ (2000);

Krejci in *Rummel*³ (2002);

Kriegner, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher (2003);

Kühnberg, Sanktionen und Rechtsschutz in der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 1/2-2004, 23;

Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz (1997);

Schopper/Zahradnik, Privat- und aufsichtsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Bankgeschäfte im Internet, ÖBA 2003, 21 mwN.

Waldhäusel, Die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften (1993).