

Was bedeutet „Versicherungsvermittlung“? – zu EuGH C-542/16

Am 31. Mai 2018 entschied der EuGH über ein Vorabentscheidungsersuchen des Högsta domstol (schwedischer Oberster Gerichtshof), das Auslegungsfragen zur Richtlinie 2002/92/EG¹ – der Versicherungsvermittlungsrichtlinie (IMD) – zum Gegenstand hatte. Die IMD wurde zwar vor kurzem (1.10.2018) durch die IDD² abgelöst. Die Aussagen des EuGH sind aber einerseits immer noch für bereits früher verwirklichte Fälle von Relevanz. Andererseits können sie auch für Auslegungsfragen im Rahmen der IDD brauchbar sein.

1. Überblick

Das Vorabentscheidungsersuchen des Högsta domstol wurde im Rahmen eines zwei Rechtssachen umfassenden Rechtsstreits gestellt. Zum einen war ein Verfahren zwischen der Versicherungsgesellschaft Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag (idF Länsförsäkringar) und dem Nachlass von Ingvar Mattsson betroffen, zum anderen handelte es sich um ein Verfahren zwischen derselben Versicherungsgesellschaft und Herrn Jan-Erik Strobel und weiteren Personen (idF Herr Strobel ua). In beiden Fällen war Länsförsäkringar Haftpflichtversicherer einer Versicherungsvermittlungsgesellschaft (einmal

der European Wealth Management Group AB [EWMG], einmal der Connecta Fond och Försäkring AB [Connecta]). Länsförsäkringar wurde in beiden Fällen auf Ersatz von Schäden verklagt, welche die Versicherungsvermittlungsgesellschaft den Klägern anlässlich ihrer Vermittlungstätigkeit zugefügt haben soll. Länsförsäkringar wandte, jeweils mit unterschiedlichen Begründungen, ein, die beanstandeten Handlungen der Versicherungsvermittlungsgesellschaft stellten keine Versicherungsvermittlungstätigkeit dar. Daraus resultierende Schäden seien daher nicht von der mit ihr geschlossenen Berufshaftpflichtversicherung gedeckt.

Das schwedische Versicherungsvermittlungsgesetz verlangt als eine Genehmigungsvoraussetzung zur Ausübung der Versicherungsvermittlung den Abschluss einer Versicherung, die die Haftung des Versicherungsvermittlers auf Schadenersatz abdeckt, wenn der Versicherungsvermittler seinen Pflichten nicht nachkommt und dadurch einen Schaden verursacht.³ Diese Vorgabe fußt auf Art 4 Abs 3 der Versicherungsvermittlungsrichtlinie RL 2002/92/EG, der den Abschluss einer für das gesamte Gebiet der

Gemeinschaft geltenden Berufshaftpflichtversicherung oder eine andere gleichwertige, die Haftpflicht bei Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten abdeckende Garantie verlangt. Bei den zwischen Länsförsäkringar und den Versicherungsvermittlern EWMG bzw Connecta abgeschlossenen Versicherungsverträgen handelte es sich um Berufshaftpflichtversicherungen in diesem Sinne.

2. Die Ausgangsrechtssachen im Einzelnen und Vorlagefragen

Rs Strobel ua gegen Länsförsäkringar

Der von 2004 bis 2010 als eingetragene Versicherungsvermittlungsgesellschaft tätigen Connecta wurden im Laufe der Jahre von einigen Personen Geldbeträge überlassen, um diese in ein sogenanntes „Unternehmensanleiheprodukt von Connecta“ zu investieren, das Bestandteil einer Kapitallebensversicherung sein sollte. Später stellte sich jedoch heraus, dass der Geschäftsführer von Connecta die betreffenden Beträge veruntreut hatte. Connecta war in den Jahren 2004 bis 2010 – im Dezember 2010 wurde über das Vermögen von Connecta das Insolvenzverfahren eröffnet – auch tatsäch-

1 Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABI L 9/3.

2 RL (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 1. 2016 über Versicherungsvertrieb, ABI L 26/19.

3 Lag (2005:405) om försäkringsförmedling (Gesetz [2005:405] über die Versicherungsvermittlung); vgl Rz 18 des gegenständlichen Urteils des EuGH.



Dr. Julia Baier,
Universität Salzburg

lich als Versicherungsvermittlerin tätig.⁴ Herr Strobel ua, die durch die besagten Vorgänge einen Vermögensschaden erlitten hatten, erhoben Klage gegen Länsförsäkringar und beantragten eine Entschädigung auf Grundlage der zwischen Connecta und Länsförsäkringar abgeschlossenen Haftpflichtversicherung. Sie trugen vor, sie hätten Connecta angewiesen, das von ihnen überwiesene Geld in Kapitallebensversicherungen anzulegen. Es habe sich somit bei der erbrachten Leistung um eine Versicherungsvermittlung gehandelt.⁵ Länsförsäkringar wandte ua ein, die Schäden seien nicht im Rahmen der versicherten Tätigkeit entstanden. Die Handlungen des Geschäftsführers seien keiner Tätigkeit der Versicherungsvermittlung zuzurechnen. Nachdem die Rechtssache von den Unterinstanzen unterschiedlich beurteilt wurde,⁶ wollte der Högsta domstol – mit seiner ersten Vorlagefrage (bestehend aus drei Teilfragen) – wissen, inwiefern es eine Rolle spielt, ob ein Versicherungsvermittler bei etwaigen Tätigkeiten die Absicht hatte, einen Versicherungsvertrag abzuschließen, damit eine derartige Tätigkeit als in den Anwendungsbe- reich der RL 2002/92/EG, die „Versicherungsvermittlung“ gem Art 2 Nr 3 als Vorbereitungsarbeit ohne Notwen-

digkeit eines tatsächlichen Vertragsab- schlusses verstehe, fallend eingestuft werden kann. Weiters fragte er, ob die Wahrnehmung des Kunden hinsichtlich der Tätigkeit als eine den Abschluss eines Versicherungsvertrags vorberei- tende Handlung relevant sei.⁷

Rechtssache Länsförsäkringar gegen den Nachlass von Ingvar Mattson

Im Jänner 2010 legte Ingvar Mattsson nach einer Beratung durch einen Ange- stellten der bei Länsförsäkringar haft- pflichtversicherten Versicherungsver- mittlungsgesellschaft EWMG im Rah- men einer Kapitallebensversicherung 500.000 SEK in ein Investmentzertifikat an. Die Investition verlor anschließend ihren gesamten Wert. Nachdem über das Vermögen von EWMG das Insol- venzverfahren eröffnet worden war, erhob Herr Mattsson Klage gegen Länsförsäkringar. Er machte zum einen geltend, dass EWMG vorsätzlich oder fahrlässig ihren Verpflichtungen aus Kapitel 5 § 4 des schwedischen Ver- sicherungsvermittlungsgesetzes nicht nachgekommen und ihm daher zum Schadensersatz verpflichtet sei. Zum anderen handle es sich bei diesem Ver- halten um einen Versicherungsfall im Sinne der von EWMG abgeschlossenen Haftpflichtversicherung.⁸ Länsförsäkrin- gar räumte ein, dass die Vermittlung der

Kapitallebensversicherung als solche unter das Versicherungsvermittlungsge- setz falle. Sie machte aber ua geltend, dass sich die von EWMG erbrachten Beratungsleistungen nicht auf diese Ka- pitallebensversicherung bezogen hät- ten, sondern auf die Investition in das Finanzinstrument, das Bestandteil die- ser Versicherung gewesen sei. Folglich seien diese Beratungsleistungen nicht von der Haftpflichtversicherung ge- deckt.⁹ Der Högsta domstol wollte in dieser Sache – mit seiner zweiten Vorla- gefrage (bestehend aus zwei Teilfragen) – wissen, ob die RL 2002/92/EG wirt- schaftlichen und sonstigen Rat erfasse, der im Zusammenhang mit einer Versi- cherungsvermittlung erteilt wird, jedoch nicht den tatsächlichen Abschluss oder die Verlängerung des Vertrages betrifft; insbesondere erbat er eine Antwort im Hinblick auf eine Beratung, die die Anla- ge von Kapital im Zusammenhang mit einer Kapitallebensversicherung zum Gegenstand hat. Auch wollte er noch wissen, ob eine solche Beratung, wenn sie unter die Definition der Anlagebera- tung iSd RL 2004/39/EG¹⁰ falle, auch oder stattdessen den Bestimmungen dieser Richtlinie unterliege bzw welches Regelwerk Vorrang habe.^{11, 12}

4 Zu diesem Sachverhalt vgl Rz 21 ff des Urteils.

5 Vgl Rz 23 des Urteils sowie Rz 42 f der Schlussanträge des GA M. Campos Sánchez-Bordona vom 21. 11. 2017.

6 Das Erstgericht gab der Klage statt und stützte sich dabei auf die sachlich gerechtfertigte Wahrnehmung der Kläger, der Geschäftsführer habe die Absicht gehabt, Versicherungsvermittlung zu betreiben, das Berufungsgericht meinte, es komme nicht auf die subjektive Auffassung der Kläger an, objektiv habe es sich nicht um Versicherungsvermittlung gehandelt (Rz 25 f des Urteils).

7 Vgl Rz 27 des Urteils und die Vorlagefrage 1 (mit Unterpunkten a,b und c) in Rz 33.

8 Vgl zu diesem Sachverhalt Rz 28 ff des gegenständlichen Urteils des EuGH.

9 Rz 31 des Urteils.

10 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhe- bung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl L 145/1 – MiFID.

11 Vgl zu diesen Fragestellungen Rz 32 des Urteils und Frage 2 (mit Unterpunkten a und b) in Rz 33.

12 Mit einer ähnlichen Frage im nationalen Recht befassten sich bereits Potacs/Wutscher in ZFR 2015, 210. Sie kamen zu dem Schluss, dass die Tätigkeit des Versicherungsvermittlers auch die Beratung in Bezug auf Anlagen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen erfasse, weil der Ver- mittler ansonsten ua nicht seine Verpflichtung zum best advice erfüllen könne.

3. Tenor des EuGH

Der Tenor der vierten Kammer des EuGH lautete folgendermaßen:

1. Art 2 Nr 3 der Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung ist dahin auszulegen, dass die den Abschluss eines Versicherungsvertrags betreffenden Vorbereitungsarbeiten auch dann unter den Begriff „Versicherungsvermittlung“ fallen, wenn der betreffende Versicherungsvermittler nicht die Absicht hat, einen tatsächlichen Versicherungsvertrag abzuschließen.
2. Die Finanzberatung in Bezug auf die Anlage von Kapital, die im Rahmen einer auf den Abschluss einer Kapitallebensversicherung gerichteten Versicherungsvermittlung erbracht wird, fällt unter die Richtlinie 2002/92 und nicht unter die Richtlinie 2004/039/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates.

4. Zur Begründung des EuGH

Zur ersten Vorlagefrage

Die erste Frage zielte auf den Anwendungsbereich der RL 2002/92/EG. Die Lösung dazu sieht der EuGH in einer Auslegung des Art 2 Nr 3 der Richt-

linie¹³, der den Begriff „Versicherungsvermittlung“ definiert,¹⁴ welchen auch Art 1 über den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält – mit der Richtlinie „werden Vorschriften für die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungsvermittlung [...] festgelegt“ (Art 1 RL 2002/92/EG). Im Tenor nimmt der EuGH allein auf die Bestimmung des Art 2 Nr 3 der Richtlinie Bezug. Diese verlange keine auf den Abschluss eines Versicherungsvertrags gerichtete Absicht des Vermittlers. Auf Art 1, insbesondere auch auf den Begriff der „Ausübung“, geht er nicht weiter ein. Der EuGH stellt zunächst den – im Grunde wohl nicht strittigen – Aspekt fest, dass es für das Vorliegen einer Versicherungsvermittlertätigkeit iSd Art 2 Nr 3 nicht darauf ankomme, ob letztendlich tatsächlich ein Versicherungsvertrag abgeschlossen wird.¹⁵ Es kommt allein darauf an, dass grundsätzlich Vorbereitungstätigkeiten erfolgen. Dass auch die Absicht des Vermittlers, einen Versicherungsvertrag abzuschließen, keine Rolle für die Frage spiele, ob es sich um Versicherungsvermittlung iSd Art 2 Nr 3 der Richtlinie handelt, leitet der OGH dann aus einem Konglomerat von Wortlaut-, systematischer und teleologischer Interpretation ab. Kein Begriff der Definition in Art 2 Nr 3 (insbes. „Anbieten“, „Vorschlagen“, „Durchführen“, „Mitwirken“) könne dahin ausgelegt werden, dass eine besondere Absicht vorliegen müsse. Es werde ausschließlich auf die objektiv vorgenommene Handlung Bezug genommen. In systematischer Hinsicht verweist der EuGH auf Art 4 Abs 4 der Richtlinie, aus dem abzuleiten sei, dass Kunden gegen sämtliche Fallgestaltungen geschützt werden sollen, in denen der Versicherungsvermittler nicht in der Lage ist, die Prämie weiterzuleiten, demnach auch vor Veruntreuung der

Gelder durch einen Mitarbeiter der Versicherungsvermittlungsgesellschaft im Rahmen von Vorbereitungsarbeiten. In dieser Auslegung des Art 4 Abs 4 RL 2002/92/EG ist dem EuGH mE zuzustimmen. Auch eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens, bei der es gar kein Versicherungsunternehmen gegeben hat, an das die Prämien weitergeleitet hätten werden sollen, muss mE vom Zweck des Art 4 Abs 4 erfasst sein, selbst wenn der Wortlaut grundsätzlich enger erscheint.¹⁶ Gerade die Ausrichtung der Richtlinie auf den Kundenschutz gebietet dieses weite Verständnis. Auf eben diesen Kundenschutz¹⁷ nimmt der EuGH dann auch in teleologischer Hinsicht Bezug, um Tätigkeiten eines Versicherungsvermittlers ohne Vertragsabschlussabsicht unter den Begriff Versicherungsvermittlung iSd Art 2 Nr 3 einzureihen. Es verstieße gegen die Rechtssicherheit, wenn es für die Einbeziehung einer Tätigkeit in den Anwendungsbereich der Richtlinie auf die Absicht des Versicherungsvermittlers ankäme. Außerdem hätte es zur Folge, dass sich ein Versicherungsvermittler auf sein betrügerisches Verhalten berufen könnte, um der Haftung gem der Richtlinie zu entgehen. Aufgrund dieser von ihm vorgebrachten Argumente geht der EuGH davon aus, dass es sich bei dem Begriff „Versicherungsvermittlung“ gem Art 2 Nr 3 RL 2002/92/EG um einen objektiven Begriff handle, der von einer allfälligen Absicht des Versicherungsvermittlers und auch von der subjektiven Wahrnehmung der Kunden in Bezug auf die in Vorbereitungsarbeiten bestehende Tätigkeit des Vermittlers unabhängig ist.

13 Art 2 Nr 3 der RL 2002/92/EG definiert „Versicherungsvermittlung“ als „das Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung, insbesondere im Schadensfall“.

14 Vgl Rz 34 des Urteils und auch bereits Rz 27.

15 Rz 37 des Urteils.

16 „Um die Kunden dagegen zu schützen, dass der Versicherungsvermittler nicht in der Lage ist, die Prämie an das Versicherungsunternehmen [...] weiterzuleiten“ (Hervorhebung durch die Verf) indiziert mE, dass es bereits ein konkretes, auch tatsächlich bestehendes Versicherungsunternehmen gibt, für das die Prämien bestimmt sind.

17 Bzw auf den Verbraucherschutz – der EuGH vermengt die Begriffe, genauso wie sie auch in den von ihm genannten Erwägungsgründen in der deutschen Version der RL 2002/92/EG beide gebraucht werden. Die englische Version schreibt hingegen durchgehend von „customer“ und nicht von „consumer“.

ME ist dem EuGH uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er den Begriff „Versicherungsvermittlung“ bzw. dessen Definition iSd Art 2 Nr 3 der RL 2002/92/EG als objektiv einstuft. Letztendlich muss auch der Anwendungsbereich der Richtlinie sämtliche Tätigkeiten eines Vermittlers unabhängig von seinen Absichten erfassen, sofern sie objektiv als Vorbereitungstätigkeiten angesehen werden können. Diese objektive Einschätzung ist auch unabhängig von einem allfälligen subjektiven Empfinden der Kunden, denen der Vermittler gegenübertritt. Dass der Anwendungsbereich der Richtlinie derart objektiv ist, meint der EuGH zwar mit seiner Antwort – die Frage des Högsta domstol war ja auch auf den Anwendungsbereich der Richtlinie gerichtet. ME ließe sich aber an sich allein durch die Interpretation des Art 2 Nr 3 der Richtlinie nicht unmittelbar auf diese Aussage betreffend den Anwendungsbereich schließen. Der Anwendungsbereich erfasst gem Art 1 (ua) die „Ausübung“ der Versicherungsvermittlung. Dass die Begriffsdefinition in Art 2 Nr 3 objektiv zu verstehen ist, ist mE mehr oder weniger klar. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Begriffsdefinition, die gleichsam losgelöst von konkreten Tätigkeiten einer bestimmten Person bzw. in einem bestimmten Sachverhalt ist und somit auch unabhängig von etwaigen Absichten oder Wahrnehmungen involvierter Personen. Ob dann eine derartige Tätigkeit iSd Anwendungsbereichs der Richtlinie gem Art 1 nur dann „ausgeübt“ wird, wenn der Vermittler eine Vertragsabschlussabsicht hat, ist eine separate Frage. Sie kann aber mit den Argumenten des EuGH in Bezug auf Art 4 Abs 4 der RL 2002/92/EG und auf den Zweck des Kundenschutzes beantwortet werden. Auch wenn der EuGH zur Beantwortung der Frage des Vorabentscheidungsersuchens mE nicht ganz richtig allein auf Art 2 Nr 3 der

Richtlinie abstellt und diese mit den von ihm vorgebrachten Argumenten auslegt, ist die Aussage der Entscheidung letztendlich nicht zu beanstanden. Die Argumente des EuGH sollten mE nur eben eher im Hinblick auf Art 1 RL 2002/92/EG und die darin angesprochene „Ausübung der Versicherungsvermittlung“ gelesen werden.

Was bedeutet das aber nun für den Ausgangsfall? Wie ist das Ergebnis des Vorabentscheidungsersuchens betreffend Frage 1 im Hinblick auf den Rechtsstreit zwischen Länsförsäkringar und Herrn Strobel ua zu lesen? Die Entscheidung gibt noch keinen direkten Hinweis darauf, ob die Tätigkeit ohne Absicht auf Vertragsabschluss nun von der Berufshaftpflicht iSd Art 4 Abs 3 der Richtlinie erfasst sein soll. Grundsätzlich könnte die Reichweite dieser Bestimmung im Speziellen wieder eine andere sein. Dies war gerade nicht Frage des Vorabentscheidungsersuchens. Art 4 Abs 3 der Richtlinie spricht von „Berufshaftpflichtversicherung“ ohne diese zu definieren. Weiters bietet die Bestimmung die Möglichkeit einer anderen gleichwertigen, die Haftpflicht bei Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten abdeckenden Garantie. Daraus ist abzuleiten, dass die Haftpflichtversicherung das Entstehenmüssen für die Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten abzudecken hat. Beruflich muss hier mE Versicherungsvermittlung bzw. die Ausübung der Versicherungsvermittlung im oben beschriebenen objektiven Sinn meinen; dies wiederum auch unter dem Aspekt des Kundenschutzzwecks der Richtlinie. Grundsätzlich wird auch eine Tätigkeit ohne Absicht auf Vertragsabschluss von der Haftpflichtversicherung als versicherte Tätigkeit erfasst zu sein haben. Damit bleibt allein die Frage, ob das Verhalten im Ausgangsverfahren als Verletzung einer bei der Versicherungsvermittlung einzuhaltenden Sorgfaltspflicht zu werten ist. Dies wird (auch) nach nationalem Recht zu beurteilen

sein, da die Versicherungsvermittlungsrichtlinie selbst nicht umfassende Sorgfaltspflichten enthält. Auch die Zurechnung des Verhaltens des Geschäftsführers zur Versicherungsvermittlungsgesellschaft wird eine Rolle spielen.¹⁸

Zur zweiten Vorlagefrage

In Bezug auf die zweite Vorlagefrage geht der EuGH zunächst darauf ein, ob die in Rede stehende Kapitallebensversicherung des Ausgangsverfahrens einen Versicherungsvertrag iSd Richtlinie darstellt; die Vorlagefrage verlangt an sich keine Prüfung der Kapitallebensversicherung des Ausgangsverfahrens dahingehend, ob sie einen Versicherungsvertrag iSd Richtlinie darstellt. Die Vorlagefrage nimmt nicht auf eine „Kapitallebensversicherung“ wie jene des Ausgangsverfahrens Bezug, sondern schlicht auf eine „Kapitallebensversicherung“. Im Grunde dürfte der Högsta domstol – wie auch die Parteien des Ausgangsverfahrens – auch nicht bezweifeln, dass eine Kapitallebensversicherung ein Versicherungsvertrag iSd Versicherungsvermittlungsrichtlinie ist, im Hinblick auf welche Vermittlungstätigkeiten iSd Art 2 Nr 3 der Richtlinie erbracht werden. Der EuGH hält es dennoch – richtigerweise – für notwendig, die Frage anzusprechen. Dies hängt damit zusammen, dass „Kapitallebensversicherung“ kein definierter Begriff ist und eine solche auch in unterschiedlichsten Formen und Varianten ausgestaltet sein kann.¹⁹ Das Vorliegen einer „Kapitallebensversicherung“ muss nicht unbedingt das Vorliegen eines „Versicherungsvertrages“ nach unionsrechtlichem Verständnis²⁰ bedeuten. Deshalb ist auch zunächst zu prüfen, ob eine „Kapitallebensversicherung“ wie jene im Ausgangsverfahren ein solcher Versicherungsvertrag ist. Ein Vertrag über eine Kapitallebensversicherung wie der im

18 Es stellt sich die Frage: Ist Veruntreuung ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht speziell eines Versicherungsvermittlers und ist die Veruntreuung durch den Geschäftsführer der Vermittlungsgesellschaft zuzurechnen? Weiters: Ist auch der Vorsatz des Geschäftsführers der Gesellschaft zuzurechnen und stellt dies damit eventuell einen Risikoausschluss in der Haftpflichtversicherung dar?

19 Vgl. dazu auch die Ausführungen des GA M. Campos Sánchez-Bordona in Rz 78 ff seiner Schlussanträge.

20 Der EuGH hält im vorliegenden Urteil unter Verweis auf sein Urteil vom 1. 3. 2012, González Alonso, C-166/11, fest, dass der Begriff „Versicherungsvertrag“ in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen sei (Rz 49 des Urteils).

Ausgangsverfahren in Rede stehende müsse, so der EuGH, damit er unter den Begriff „Versicherungsvertrag“ im Sinne von Art 2 Nr 3 der RL 2002/92/EG falle, die Zahlung einer Prämie durch den Versicherten sowie als Gegenleistung hierfür die Erbringung einer Leistung durch den Versicherer im Fall des Todes des Versicherten oder beim Eintritt eines anderen im Vertrag genannten Ereignisses vorsehen.²¹ Im vorliegenden Fall handle es sich vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht um einen Versicherungsvertrag im Sinne der genannten Bestimmung, was Länsförsäkringar im Übrigen nicht bestreite.

Sodann ermittelt der EuGH, ob eine Finanzberatung wie jene des Ausgangsverfahrens eine Tätigkeit iSd Art 2 Nr 3 der RL 2002/92/EG darstelle, wenn sie im Rahmen einer auf den Abschluss eines Vertrages über eine Kapitallebensversicherung gerichteten Versicherungsvermittlung erbracht werde.²² Er bejaht dies, da die Tätigkeiten in Art 2 Nr 3 weit gefasst seien („andere Vorbereitungsarbeiten“) und das anzulegende Kapital (nach den schriftlichen Erklärungen der schwedischen Regierung) die Versicherungsprämien gewesen seien.²³ Die Geldanlage sei somit Bestandteil des Versicherungsvertrags und die diesbezügliche Beratung gehöre demzufolge zu den Vorbereitungsarbeiten für den Abschluss des Versicherungsvertrags. Dieser Interpretation ist zuzustimmen. Sie wird, wie der EuGH

hervorhebt, auch durch die RL 2014/65/EU (MiFID II) gestützt, die zwar im nach dem Ausgangsverfahren relevanten Zeitraum noch nicht existiert hatte, wohl aber dann zur Zeit der Urteilsfindung durch den EuGH, und die eine Änderung der RL 2002/92/EG dahingehend vorgesehen hatte, dass in diese Richtlinie ein Kapitel III A über zusätzliche Anforderungen an den Kundenschutz bei Versicherungsanlageprodukten eingefügt werden sollte. Diese Einfügung bzw deren Umsetzung ist in der Zwischenzeit jedoch ebenfalls wieder obsolet geworden, da die gesamte RL 2002/92/EG durch die RL 2016/97/EU (IDD) ersetzt worden ist.²⁴ Die Definition des Begriffs Versicherungsanlageprodukt²⁵, die durch die RL 2014/65/EU in die RL 2002/92/EG eingefügt werden sollte, zeigt aber jedenfalls, dass Versicherungen mit Anlagebestandteil als Versicherungsverträge iSd RL 2002/92/EG aufzufassen sind.²⁶ Dass daraus – im Zusammenhang damit, dass sich die Definition des Begriffs Versicherungsvermittlung durch die mit der MiFID II bewirkten Änderungen nicht ändern sollte – bereits abzuleiten sei, dass in Bezug auf den Anlagebestandteil erbrachte Beratungsleistungen als „Versicherungsvermittlung“ einzustufen sind,²⁷ ist mE nicht unbedingt gesagt. Auch aus den zusätzlichen Anforderungen in Bezug auf den Kundenschutz, den das Kapitel III A geboten hat, lässt sich solches nicht unmittelbar ableiten.²⁸ Es wird jedoch klar, wenn man den einschlägigen Erwägungsgrund zur RL 2014/65/EU betrachtet, der auch Aufschluss über den Zweck der zusätzlichen Bestimmungen für Versiche-

rungsanlageprodukte gibt: Anlagen, die Versicherungen enthalten, würden oftmals als Alternative oder Ersatz für Finanzinstrumente iSd RL 2014/65/EU angeboten – Erwägungsgrund 87. Es solle ein kohärenter Anlegerschutz für beide Produkte geboten werden, wobei eben jener für Versicherungsanlageprodukte in der Versicherungsvermittlungsrichtlinie 2002/92/EG geregelt werden solle. Dies zeigt, dass die in die RL 2002/92/EG eingefügten zusätzlichen Anforderungen speziell auf den Anlageaspekt eines Versicherungsanlageprodukts abstellen wollten. Der Anlagebestandteil wird damit als Gegenstand der Versicherungsvermittlung, deren Ausübung die RL 2002/92/EG regelt, deklariert. Uneingeschränkt deutlich wird diese Zuordnung nun auch in der Versicherungsvertriebsrichtlinie (RL 2016/97/EU; IDD), welche die RL 2002/92/EG abgelöst hat. Auch sie regelt – als Bestandteil des gesamten Vertriebs – die Versicherungsvermittlung und enthält ein eigenes Kapitel für Versicherungsanlageprodukte. In den Bestimmungen dieses Kapitels, die Wohlverhaltens- und Informationspflichten enthalten, wird auch speziell auf die Anlagekomponenten eines Versicherungsanlageprodukts im Rahmen von Beratungstätigkeiten Bezug genommen. So ist etwa gem Art 30 Abs 1 RL 2016/97/EU im Rahmen der Beratung über ein Versicherungsanlageprodukt die Fähigkeit des Kunden, Verluste zu tragen, in Erfahrung zu bringen sowie die Risikotoleranz zu ermitteln. Da der Unionsgesetzgeber es für notwendig erachtete, zusätzliche²⁹, den Regelun-

21 Vgl Rz 51 des Urteils.

22 Hierbei muss hinzugedacht werden, dass es sich um eine unter den eben erwähnten unionsrechtlichen Begriff „Versicherungsvertrag“ einzureihende Kapitallebensversicherung handelt.

23 Vgl Rz 54 des Urteils, wo der EuGH auch auf die Ausführungen des Högsta domstol, die Beratung habe die Anlage von Kapital in ein Investmentzertifikat im Rahmen (Hervorhebung durch die Verf) einer Versicherungsvermittlung betroffen, hinweist.

24 Siehe auch noch sogleich.

25 Versicherungsanlageprodukte werden in der neu eingefügten Nr 13 des Art 2 RL 2002/92/EG definiert als „Versicherungsprodukte, die einen Fälligkeits- oder Rückkaufwert bieten, der vollständig oder teilweise, direkt oder indirekt Marktschwankungen ausgesetzt ist“. Angefügt sind einige Ausnahmen.

26 Vgl allg zur Definition von Versicherungsanlageprodukten (auch „IBIPs“) – schon in Bezug auf die neue Rechtslage gem IDD und PRIIP-VO – Baier, Was sind IBIPs? ZFR 2018, 166.

27 So der EuGH in Rz 57 des Urteils.

28 Die Anlagekomponente eines Versicherungsanlageprodukts sprechen sie nicht im Speziellen an.

29 Sie gelten neben den allgemeinen Bestimmungen für sämtliche Versicherungsprodukte; vgl Art 26 der RL 2016/97/EU.

gen für Finanzinstrumente iSd RL 2014/65/EU entsprechende Bestimmungen für Versicherungsanlageprodukte bei der Versicherungsvermittlung vorzusehen (weil ihm die Vorschriften betreffend den Vertrieb/die Vermittlung sämtlicher Versicherungsprodukte offensichtlich zu wenig waren), ist davon auszugehen, dass auch bereits vor deren Einführung die Beratung über die Anlagekomponente eines Versicherungsprodukts als Versicherungsvermittlung zu werten war.

Aus dem bereits erwähnten Erwägungsgrund 87 der RL 2014/65/EU (sowie aus Erwägungsgrund 56 der RL 2016/97/EU) kann auch zumindest mittelbar geschlossen werden, dass der Unionsgesetzgeber Versicherungsanlageprodukte und auch Beratung im Zusammenhang mit der Anlagekomponente dieser Produkte nicht als unter die RL 2014/65/EU fallend betrachtete. Grundsätzlich (bezogen auf den Wortlaut) ließe sich eine solche Beratung unter den Begriff „Anlageberatung“ iSd Art 4 Abs 4 der RL 2004/39/EG einordnen.³⁰ Da sie nicht unter die RL 2014/65/EU fällt, ist auch anzunehmen, dass eine derartige Beratungstätigkeit bereits nicht von der Vorgängerrichtlinie 2004/39/EG erfasst gewesen sein sollte. Hätte der Unionsgesetzgeber Versicherungsanlageprodukte und Beratung über deren Anlagekomponenten erst mit der RL 2014/65/EU aus dem Regelungsbereich für Finanzinstrumente herausnehmen und eigens regeln wollen, hätte er wohl einen Hinweis darauf gegeben. Der EuGH stützt

sich in Rz 68 des gegenständlichen Urteils auf ebenjenen Erwägungsgrund 87, um zu begründen, weswegen er eine Finanzberatung wie jene des Ausgangsfalls nicht als unter die RL 2004/39/EG fallend sieht. Daneben (bzw davor) stützt er sich auf Art 2 Abs 1 lit c der RL 2004/39/EG. Dieser nimmt Personen vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus, die nur gelegentlich Wertpapierdienstleistungen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit erbringen, wenn diese Tätigkeit durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch Standesregeln geregelt ist, die die Erbringung dieser Dienstleistung nicht ausschließen. Da die in Rede stehende Beratungsleistung im Rahmen einer Versicherungsvermittlung geschieht, welche durch die RL 2002/92/EG Regelungen erfährt, seien die Vorschriften der RL 2004/39/EG somit nicht darauf anzuwenden. Der EuGH schenkt dabei dem von der schwedischen Regierung ins Treffen geführten Umstand, ein Versicherungsvermittler erbringe solche Beratungsleistungen regelmäßig – und damit nicht bloß gelegentlich – mE richtigerweise keine Beachtung.³¹ Denn „gelegentlich“ (in der engl Version „incidental“, in der franz „à titre accessoire“) kann auch – man betrachte dabei insbes die franz Version – als „anlässlich“ im Sinne von „als Nebenleistung“ verstanden werden.³² Wegen des Ausschlusses durch Art 2 Abs 1 lit c könne man sich auch nicht darauf berufen, die Richtlinie sei deshalb anzuwenden, weil sie umfassende Schutzvorschriften böte, meint der EuGH³³ – mE wiederum zu Recht.

Die Ansicht des EuGH, eine Finanzberatung wie jene im Ausgangsverfahren, die im Rahmen der Vermittlung einer – einen Versicherungsvertrag im unionsrechtlichen Sinne darstellenden – Ka-

pitallebensversicherung erfolgt, falle unter die Richtlinie 2002/92/EG und nicht unter die RL 2004/39/EG, ist nach dem Gesagten mE in jedem Fall richtig.

5 Schlussbemerkung zur Übertragbarkeit der Aussagen des EuGH auf die nunmehrige Rechtslage (IDD)

Die Ergebnisse zur ersten Vorlagefrage können auch auf die IDD übertragen werden. Die IDD regelt zwar nicht mehr die Versicherungsvermittlung, sondern den Versicherungsvertrieb. Jene Tätigkeiten, die mit der Vermittlung erfasst waren, sind aber nun vom Versicherungsvertrieb erfasst. Der Unterschied ist, dass der „Vertrieb“ auch den Direktvertrieb umfasst. Die Tätigkeiten, die den Vertrieb umschreiben, sind aber in der Ausrichtung jenen sehr ähnlich, welche die Versicherungsvermittlung umschrieben haben.³⁴ Auch für den Anwendungsbereich der IDD muss gelten, dass es auf eine etwaige Absicht des Vermittlers (bzw nunmehr Vertreibers) grundsätzlich nicht ankommt.

Die zweite Vorlagefrage wird mit der nunmehrigen Rechtslage wesentlich klarer. Die Bestimmungen der IDD dienen wie gezeigt ja sogar zur Begründung der Antwort. Dass eine Finanzberatung im Rahmen der Vermittlung einer Kapitallebensversicherung unter jene Bestimmungen fällt, die – nunmehr – auch die Versicherungsvermittlung regeln (also IDD) und nicht unter jene, die Finanzdienstleistungen regeln (jetzt MiFID II), gilt auch (und gerade) für die Zukunft.

30 Vgl Rz 59 des Urteils.

31 Vgl Rz 63 des Urteils.

32 S auch Rz 101 der Schlussanträge des GA insbes in der engl Version („becomes a merely instrumental, that is, incidental, activity“).

33 Rz 66 des Urteils.

34 Vgl Art 2 Abs 1 Nr 1 IDD.