

# Haftung der Depotbank für externe Wertpapierdienstleister? Einige Gedanken zu aktuellen Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung

Die Pflichtenlage beim arbeitsteiligen Vertrieb von Finanzprodukten ist bereits in mehreren Abhandlungen thematisiert worden. In jüngster Vergangenheit ist zudem eine Reihe von Judikaten zu dieser Frage ergangen. Der vorliegende Beitrag nimmt dies zum Anlass, um zu einigen Positionen aus Lehre und Rechtsprechung kritisch Stellung zu nehmen.

## 1. Zum Ausgangspunkt

In der Praxis kommt es häufig vor, dass bei Wertpapiergeschäften neben der depotführenden bzw. orderausführenden Bank weitere Dienstleister ins Spiel kommen. Dies beruht nicht zuletzt darauf, dass Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Wertpapierfirmen (in der Folge: Wertpapierdienstleister) das Halten von Kundengeld und Kundenfinanzinstrumenten von Gesetzes wegen verboten ist.<sup>1)</sup> Insofern bedarf es etwa bei der Anlageberatung durch Wertpapierdienstleister der Mitwirkung einer Bank, wenn der Kunde auf die Beratung hin bestimmte Geschäfte tätigen möchte. Es stellt sich somit die Frage nach der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche, zumal dem Kunden mit dem Wertpapierdienstleister und der Bank zwei Personen gegenüberstehen.

Die hL und Rsp gehen davon aus, dass in diesem Fall nur der kundennähere Wertpapierdienstleister zur Beratung verpflichtet ist, solange nicht konkrete Anhaltspunkte oder sogar positives Wissen aufseiten der Bank dafür vorliegen, dass der Wertpapierdienstleister seinen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist.<sup>2)</sup> Nach der Auffassung von *Trenker* gelte dies freilich nur dann, wenn der Wertpapierdienstleister rechtlich wie faktisch von der ausführenden Bank unabhängig sei und somit uneingeschränkt die Interessen des Anlegers verfolgen könne.<sup>3)</sup> Dies sei bei einer bloßen Rahmenprovisionsvereinbarung noch nicht anzuzweifeln, könne aber bei konzernmäßigen Verflechtungen, ungewöhnlich hohen Provisionsvolumina oder auch dann problematisch werden, wenn der Wertpapierdienstleister den Großteil seiner Kunden an dieselbe Bank vermittele.<sup>4)</sup> *Trenker* gewinnt dies aus der Wertung des § 43a VersVG, die wegen ähnlicher Vertriebsstrukturen und der vergleichbaren

Interessenlage auch auf die Anlageberatung übertragbar sei.<sup>5)</sup> Der OGH ist dem jüngst gefolgt und hat ausgesprochen, eine wirtschaftliche Nahebeziehung sei schon dann gegeben, wenn der Wertpapierdienstleister als Vertriebspartner der Bank ständig mit der Vermittlung der Anlageinstrumente betraut und so in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden sei. In dieser Konstellation dürfe die orderausführende Bank nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass der Wertpapierdienstleister den Kunden objektiv berät.<sup>6)</sup> Dies gilt es in der Folge kritisch zu würdigen.

## 2. Zu den einzelnen Rechtsverhältnissen

In dieser Konstellation liegen (zumeist) drei Vertragsverhältnisse vor, die es zu trennen gilt. Zunächst steht der Kunde mit dem Wertpapierdienstleister in einer Vertragsbeziehung, die diesen zur Anlageberatung verpflichtet. Weiters besteht mit der Bank ein Depotvertrag, der regelmäßig durch den Wertpapierdienstleister vermittelt wird.<sup>7)</sup> Wird darüber hinaus vom Kunden der Erwerb bestimmter Wertpapiere gewünscht, so schließt der Kunde mit der Depotbank oder einer anderen Bank ein Effektingeschäft ab, das in der Regel als reines Ausführungsgeschäft iSd § 46 WAG oder als beratungsfreies Geschäft iSd § 45 WAG konzipiert ist.<sup>8)</sup>

## 3. Zum Pflichtenprogramm der Bank

Die Pflichten der Bank gegenüber dem Kunden ergeben sich aus diesen beiden Vertragsverhältnissen, dem Depotvertrag und dem Effektingeschäft. Die Hauptpflicht der Depotbank bezieht sich auf die Verwahrung der angeschafften Effekten. Da der Depotvertrag als Mischung von Auftrag und Verwahrung anzusehen ist,<sup>9)</sup> trifft die Depotbank aus der Geschäftsbesorgung die Pflicht zur umfassenden Wahrung der Kundeninteressen. Insofern kann sich im Einzelfall aus dem Depotvertrag die Pflicht ergeben, den Kunden über bestimmte Umstände aufzuklären.<sup>10)</sup> Die Aufklärungspflicht aus dem Depotverhältnis bedeutet freilich keine umfassende Beratungspflicht, wie sie den Anlageberater trifft. Man kann von der Depotbank vielmehr bloß eine Aufklärung über ihr bekannte Interessenkonflikte

1) *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 3 Rz 13; *Knobl/Grafenhofer*, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, GesRZ 2012, 27 (30); *Zahradnik* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 3 Rz 51.

2) *Baum*, Pflichten und Haftung im arbeitsteiligen Vertrieb von Finanzprodukten, ÖBA 2010, 278 (284, 288 ff); *M. Harrer* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 27 Rz 13 ff; *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2012, 27 (32 ff); *Knobl/Gasser*, Aufklärungspflichten und irrtumsrechtliche Gehilfenzurechnung bei Einschaltung einer kundennäheren Wertpapierfirma, ÖBA 2012, 352 (356 ff); *Kreisl* in *Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 27 Rz 2 f; *Schopper*, Glosse zu OGH 4 Ob 20/11m, ÖBA 2012, 61 (62); OGH 8. 11. 2011, 10 Ob 69/11m; 9. 8. 2011, 4 Ob 50/11y; 13. 12. 2012, 1 Ob 48/12h; vgl auch in anderem Zusammenhang *Kozioł*, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483 (485 ff); *Gumpoltsberger*, Aufklärungspflicht der Bank über Spesenaufteilungsvereinbarung bei gestaffelter Einschaltung zweier WPDLU, ecolex 2005, 682 (686); einschränkend nur *Graf*, Zur Aufklärungspflicht der Bank bei Einschaltung eines weiteren Finanzdienstleisters, ÖBA 2012, 229.

3) *Trenker*, Externe Anlageberater/-vermittler als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfen der ausführenden Bank? Zak 2012, 363 (366).

4) *Trenker*, Zak 2012, 363 (365).

5) *Trenker*, Zak 2012, 363 (365).

6) OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t; 24. 1. 2013, 8 Ob 104/12w.

7) *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (27 f); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (352 f).

8) *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (27 f); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (352 f).

9) *Iro* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> (2008) Rz 4/3.

10) Siehe zB OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 50/11y.

oder die Mitteilung von sonstigem Sonderwissen verlangen, sofern die Bank davon ausgehen muss, dass es für den Kunden relevant ist.<sup>11)</sup> Beschränkt sich die Bank auf die Abwicklung des Depotverhältnisses, so erschöpfen sich die Pflichten der Bank freilich darin.<sup>12)</sup> Dies folgt auch aus einer notwendigen Abgrenzung des Depotgeschäfts von anderen Bankgeschäften wie dem Effektengeschäft und insb der Vermögensverwaltung. Wenn § 1 Abs 1 Z 5 BWG das Depotgeschäft als „Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere“ definiert, so ist dieser Verwaltungsbegriff dahin gehend zu verstehen, dass davon bloß bestimmte mit der Verwahrung zusammenhängende Tätigkeiten umfasst sind, nicht aber die diskretionäre Betreuung des Portfolios nach vom Kunden festgelegten Anlagerichtlinien.<sup>13)</sup>

Weiter gehende Pflichten können sich ergeben, wenn die Depotbank neben dem Depotgeschäft auch das Effektengeschäft abwickelt.<sup>14)</sup> Der Pflichtenumfang der Bank aus dem Effektengeschäft hängt davon ab, welche Geschäftsart zwischen der Bank und dem Kunden vereinbart ist. Handelt es sich um ein beratungsfreies Geschäft iSd § 45 WAG, so beschränkt sich die Pflicht der Bank auf eine Angemessenheitsprüfung: Die Bank hat dabei lediglich zu prüfen, ob das vom Kunden gewählte Anlageinstrument von den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden umfasst ist; eine darüber hinausgehende Prüfung, ob das Anlageobjekt auch für die Zwecke des Kunden geeignet ist, wird dabei nicht geschuldet.<sup>15)</sup> Ist überhaupt ein reines Ausführungsgeschäft iSd § 46 WAG vereinbart, so entfällt bei Vorliegen der Voraussetzungen auch die Pflicht zur Durchführung einer Angemessenheitsprüfung.<sup>16)</sup>

Hier kommt der externe Anlageberater ins Spiel: Dieser schuldet dem Kunden eine auf die individuellen Verhältnisse des Kunden abgestimmte Anlageempfehlung, der eine Eignungsprüfung iSd § 44 WAG vorausgehen muss. Der Anlageberater hat dazu vom Kunden Informationen einzuholen und muss auf Basis dieser Informationen dem Kunden geeignete Wertpapiere empfehlen.<sup>17)</sup> Da die Eignungsprüfung eine Angemessenheitsprüfung mit umfasst, wäre es widersinnig, die orderausführende Bank nochmals zur Durchführung einer Angemessenheitsprüfung zu verpflichten.<sup>18)</sup> Diesem Gedanken trägt § 27 Abs 2 WAG Rechnung: Erhält die Bank von einem externen Wertpapierdienstleister den Auftrag, Dienstleistungen für einen bestimmten Kunden zu erbringen, so darf die Bank darauf vertrauen, dass der externe Wertpapierdienstleister den Kunden die richtigen Empfehlungen gegeben hat. Damit ist eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche verbunden:<sup>19)</sup> Der externe Anlageberater ist zur Abgabe einer auf die individuellen Verhältnisse des Kunden zugeschnittenen Handlungsempfehlung verpflichtet, die Pflichten der Bank reduzieren sich auf die unmittelbar mit der Ausführung der Kundenorder bzw mit der Depotführung zusammenhängenden Pflichten.<sup>20)</sup> Diese Pflichtenaufteilung gilt freilich nur dann, wenn die Bank in ihrem Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Beratung durch den externen Dienstleister schutzwürdig

ist.<sup>21)</sup> Im Ergebnis wird so eine Pflichtenverdoppelung vermieden, die für den Kunden insofern keinen Mehrwert bieten würde, als er von zwei verschiedenen Rechtsträgern dieselbe Information erhalten würde<sup>22)</sup> und er wohl auch nicht bereit wäre, einen zweiten Dienstleister für die gleiche Leistung zu bezahlen. Der Anwendungsbereich des Vertrauensgrundsatzes beschränkt sich allerdings nicht auf den Fall einer der bloßen Ausführung vorgeschalteten Anlageberatung,<sup>23)</sup> sondern lässt sich verallgemeinern: Eine Aufklärungs- oder Beratungspflicht entfällt immer schon dann, wenn bereits ein vorgeschalteter Rechtsträger dem Kunden gegenüber dazu verpflichtet ist und der nachgeschaltete Rechtsträger darauf vertrauen darf, dass der vorgeschaltete Rechtsträger seiner Pflicht gegenüber dem Kunden nachgekommen ist.<sup>24)</sup>

Nach der herrschenden Ausstrahlungstheorie beschränken sich diese Überlegungen nicht auf das Aufsichtsrecht, sondern schlagen auf das zivilrechtliche Verhältnis der Bank bzw des Wertpapierdienstleisters zum Kunden durch: Auch wenn die konkrete Ausgestaltung der zivilrechtlichen Beratungspflichten nach der Rsp Frage des Einzelfalls sind,<sup>25)</sup> enthalten die Bestimmungen des WAG doch eine Wertung, welches Ausmaß an Beratung im Einzelfall dem Kunden geschuldet ist.<sup>26)</sup> Insofern bilden die Vorschriften des WAG einen zivilrechtlich relevanten Mindeststandard, der auch vertraglich nicht abbedungen werden kann.<sup>27)</sup>

#### 4. Zur „Zurechnung“ des Anlageberaters

Wenn nun häufig von der Zurechnung des externen Anlageberaters die Rede ist, muss man auf besondere Trennschärfe achten.<sup>28)</sup> § 1313a ABGB, der in diesem Zusammenhang ins Treffen geführt wird, ist nicht dazu geeignet, die Bank für solche Pflichtverletzungen haftbar zu machen, die aus der Anlageberatung oder -vermittlung durch den externen Wertpapierdienstleister resultieren. Die Erfüllungsgehilfenhaftung setzt nämlich voraus, dass sich der Geschäftsherr zur Erfüllung einer an sich ihn in eigener Person treffenden Pflicht eines Gehilfen bedient.<sup>29)</sup> Verpflichtet sich der externe Wertpapierdienstleister dem Kunden gegenüber in eigenem Namen zur Anlageberatung, handelt es sich dabei aber um eine Pflicht des Wertpapierdienstleisters und nicht um eine Pflicht der Bank.<sup>30)</sup> § 1313a ABGB kann für sich genommen keine Pflichten der Bank begründen und auch keine den Berater in eigener Person treffende Pflicht auf die Bank überwälzen.<sup>31)</sup>

11) Vgl OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 50/11y.

12) Vgl OGH 8. 11. 2011, 10 Ob 69/11m.

13) *Oppitz in Apathy/Iro/Kozioł*, Österreichisches Bankvertragsrecht VP<sup>2</sup> (2007) Rz 2/24.

14) Vgl OGH 8. 11. 2011, 10 Ob 69/11m.

15) *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 45 Rz 4 f.

16) *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 46 Rz 1.

17) *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 44 Rz 7.

18) *Graf*, ÖBA 2012, 229 (232); *Schopper*, ÖBA 2012, 61 (62).

19) Vgl *Baum*, ÖBA 2010, 278 (282).

20) *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (30 ff, 42).

21) *Baum*, ÖBA 2010, 278 (284); *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (32); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (355).

22) Vgl *Baum*, ÖBA 2010, 278 (282); *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (32 f); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (356 f); *Schopper*, ÖBA 2012, 61 (62).

23) So aber *Graf*, ÖBA 2012, 229 (231 f, 236); mit Recht krit *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (355 ff).

24) Siehe auch *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (355 ff).

25) Siehe nur OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 268/00f, ÖBA 2001, 723; 26. 5. 2004, 3 Ob 13/04i, ÖBA 2005, 57; 14. 2. 2008, 4 Ob 2/08k.

26) *Brandl/Klausberger*, ZFR 2009, 131 (133).

27) *Baum*, ÖBA 2010, 278 (281 f); *Brandl/Klausberger*, ZFR 2009, 131 (133 f); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (357 f, 364).

28) Siehe auch *Vonklich*, Irrtumsrechtliche Gehilfenzurechnung beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren, RdW 2012, 324 (325). Diese Trennschärfe lässt zB OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/09t, vermissen, wenn die Frage nach dem Umfang der Pflichten der Bank mit der Erfüllungsgehilfenhaftung vermergt wird.

29) *Wolff in Klang VI*<sup>2</sup> (1951) 86 f.; *F. Bydlinki*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 206 f.; *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/105.

30) Vgl auch *Baum*, ÖBA 2010, 278 (283); *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (41); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (360); *Trenker*, Zak 2012, 363 (365).

31) Zutreffend OGH 13. 12. 2012, 1 Ob 48/12h.

Anderes könnte freilich gelten, wenn die Bank selbst als Initiatorin der Anlageberatung anzusehen ist und der externe Berater bloß vorgeschoben wird.<sup>32)</sup> In diesem Fall ließe sich argumentieren, dass die Bank in eigener Person zur Anlageberatung verpflichtet ist und sich zur Erfüllung dieser Pflicht eines Gehilfen bedient. Dient die Auslagerung der Anlageberatung keinem anderen Zweck, als Ansprüche des Kunden gegen die Bank auszuschließen, so ist dies als Missbrauch bürgerlich-rechtlicher Gestaltungsmittel zu werten. Da dies mit dem Ziel geschieht, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des WAG zu umgehen, ist diese Konstruktion unwirksam und die Bank dem Kunden gegenüber verpflichtet. Nach dem Gesagten ist freilich nicht schon jede Auslagerung von Anlageberatungstätigkeiten betroffen,<sup>33)</sup> sondern nur jene Fälle, in denen die Auslagerung aus sachfremden Motiven erfolgt. Abgesehen von solchen Ausnahmefällen wird der externe Wertpapierdienstleister selbst zur Anlageberatung gegenüber dem Kunden verpflichtet sein, weshalb eine Zurechnung von allfälligem Fehlverhalten an die Bank ausscheidet.

Im Hinblick auf jene Vertragsverhältnisse, die zwischen dem Kunden und der Bank bestehen, ist freilich eine Zurechnung des Wertpapierdienstleisters zur Bank im Wege der Erfüllungsgehilfenhaftung durchaus möglich. Dafür muss freilich der Wertpapierdienstleister mit Willen der Bank tätig werden<sup>34)</sup> und in die Interessenverfolgung der Bank hinsichtlich des Depot- oder Effekengeschäfts eingebunden sein.<sup>35)</sup> Nach *Kletečka* werden dem Geschäftsherrn nicht nur solche Gehilfen zugerechnet, die er durch Willenserklärung dazu bestellt hat; es werden ihm vielmehr auch jene Personen zugerechnet, bei denen er in zurechenbarer Weise den Anschein einer Gehilfeneigenschaft gesetzt und der Vertragspartner auf diese Gehilfenstellung vertraut hat.<sup>36)</sup> Entscheidend ist daher, ob die Bank einen Rechtsschein gesetzt hat, wodurch der Wertpapierdienstleister auf den Kunden als Repräsentant der Bank wirkt. Ist dies der Fall, so handelt der Wertpapierdienstleister nicht als Bote oder Stellvertreter des Kunden, sondern wird der Bank gem § 1313a ABGB zugerechnet.<sup>37)</sup> Dies ist freilich eine Frage des Eindrucks im Einzelfall. Als Regel kann freilich gelten, dass der Wertpapierdienstleister auf Seite des Kunden steht und damit dessen Sphäre und nicht der Sphäre der Bank angehört.<sup>38)</sup> Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass beim Kunden im Einzelfall der Eindruck entsteht, der Wertpapierdienstleister verfolge durch die Anbahnung des

Effekten- und/oder Depotgeschäfts primär die Interessen der Bank. In diesem Fall ist der Wertpapierdienstleister dann nicht mehr Verhandlungsgelhilfe des Kunden, sondern Verhandlungsgelhilfe der Bank.

Wird die Gehilfeneigenschaft des Wertpapierdienstleisters im Einzelfall bejaht, so ist auf Pflichtenebene weiter zu differenzieren: Beschränkt sich die Rolle der Bank auf das Depotgeschäft, so kann der Depotbank gem § 1313a ABGB nur jenes Fehlverhalten zugerechnet werden, das im Zusammenhang mit der Anbahnung des Depotvertrages steht. Wickelt die Bank daneben auch das Effekengeschäft ab, so ist zu beachten, dass die Pflichten der Bank nach dem Vertrauensgrundsatz des § 27 Abs 2 WAG hinter die Pflichten des Wertpapierdienstleisters zurücktreten, solange der Vertrauensgrundsatz nicht durchbrochen ist. Daher ist abschließend der Blick auf diese Frage zu richten, weil nur bei Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes eigenständige Pflichten der Bank aus dem Effekengeschäft entstehen, für deren Verletzung sie haftbar ist.

## 5. Zur Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes in § 27 Abs 2 WAG

Der OGH stellt in einer rezenten Entscheidung hinsichtlich der Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes auf ein Naheverhältnis zwischen dem Wertpapierdienstleister und der Bank ab, wobei Parallelen zum Versicherungsvertrieb gezogen werden. Die Bank dürfe dann nicht auf eine objektive Beratung durch den externen Wertpapierdienstleister vertrauen, wenn dieser mit der Bank in ständiger Geschäftsbeziehung stehe, sein wirtschaftlicher Erfolg auch vom Ausmaß der Vermittlung der Produkte der Bank abhängt und damit das Interesse des Wertpapierdienstleisters an der Vermittlung der Verträge mit dem Abschlussinteresse der Bank parallel laufe.<sup>39)</sup>

Indem der OGH auf das Abschlussinteresse der Bank abstellt, ist freilich eine entscheidende Einschränkung impliziert, auf die es hinzuweisen gilt. Das wirtschaftliche Naheverhältnis zwischen Wertpapierdienstleister und Bank vermag den Vertrauensgrundsatz des § 27 Abs 2 WAG **nur im Hinblick auf Eigenprodukte** der Bank zu durchbrechen. Wird die Bank lediglich in der Weise tätig, dass sie für den Kunden Fremdprodukte anschafft und auf dem Depot verwahrt, besteht das Interesse der Bank lediglich im Einnehmen von (eigenen) Spesen<sup>40)</sup> und Depotgebühren. Dieses Interesse kommt aber dem Abschlussinteresse hinsichtlich eigener Produkte im Regelfall nicht gleich.

Die Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdprodukten drängt sich auch aus der Parallele zum Versicherungsvertrieb auf. Dort bedient sich der Versicherer bestimmter Personen zum Verkauf seiner eigenen Produkte. Neben dem Versicherungsagenten iSd § 43 VersVG, der vom Versicherer ständig mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen betraut ist, wird auch der bloße Gelegenheitsagent sowie der „Pseudomakler“ iSd § 43a VersVG dem Versicherer zugerechnet.<sup>41)</sup> In jedem Fall vermitteln diese Personen einen Versicherungsvertrag zwischen dem Kunden und dem Versicherer, und nur

32) Vgl *Baum*, ÖBA 2012, 278 (282): „Soweit die Aufspaltung des Vertriebs indes mit dem Ziel erfolgt, Verantwortlichkeiten zu verwischen, ist dem regulatorisch entgegenzuwirken.“

33) Unschärf OGH 24. 1. 2012, 8 Ob 104/12w: „Der Grund für die dargestellte Zurechnung des (Fehl-)Verhaltens des Beraters an die Bank iSd § 1313a ABGB besteht darin, dass die Bank den Vertrieb ihrer Produkte vertraglich *auslagert* und so die Vorteile der Arbeitsteilung für sich in Anspruch nimmt. Dafür ist vorausgesetzt, dass der Berater im Pflichtenkreis der Bank tätig wird, diese also eigene Pflichten treffen, für deren Erfüllung sie sich des Beraters bedient. Ist der Berater derart in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden, so bleiben ihre Beratungspflichten mangels legitimen Vertrauens auf eine objektive Beratung durch den Dritten aufrecht [...]“. Dabei wird zunächst der unzutreffende Eindruck erweckt, jegliche Auslagerung führe schon zur Haftung der Bank für den externen Wertpapierdienstleister. Weiters wird hier die Interessenverfolgung der Bank argumentativ zur Haftungsbegründung eingesetzt; dies ist insofern unzutreffend, als die Interessenverfolgung zur Erfüllungsgehilfenhaftung gehört (siehe nur *Reischauer* in *Rummel* II/1<sup>3</sup> [2004] § 1313a Rz 1, 3), die aber bereits voraussetzt, dass die Bank eigene Pflichten treffen.

34) Dazu allgemein *Karner* in *KBB*<sup>3</sup> (2010) § 1313a Rz 3.

35) Siehe dazu allgemein *Reischauer* in *Rummel* II/1<sup>3</sup> (2004) § 1313a Rz 1, 3.

36) *Kletečka*, Der Anscheinserfüllungsgelhilfe, JBI 1996, 84 (87 ff).

37) Zum Problem auch *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (359) in Auseinandersetzung mit *Graf*, ÖBA 2012, 229 (238 ff).

38) *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 27 (41); *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 352 (359); *Trenker*, Zak 2012, 363 (365); vgl auch *Baum*, ÖBA 2010, 278 (283).

39) OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t.

40) Hinsichtlich fremder Spesen, die lediglich durchgereicht werden, kann kein gesteigertes Interesse der Bank ausgemacht werden, zumal sie diese nicht behalten darf.

41) Siehe dazu *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998) § 43 Rz 1 ff, § 43a Rz 1 ff, sowie *Kletečka*, JBI 1996, 84 (92) und *Benke/Brandl*, Haftet Versicherer für Maklerei ihrer Mehrfachagenten? wbl 2004, 153 (156 f).

unter dieser Prämisse erscheint es angebracht, das Verhalten des Agenten dem Versicherer zuzurechnen. Der Vertrieb von Finanzprodukten unterscheidet sich vom Versicherungsvertrieb insofern, als Banken im Gegensatz zu Versicherungen neben Eigenprodukten auch Fremdprodukte anbieten und verwahren. Nur im Hinblick auf Eigenprodukte lässt sich freilich die aus dem Versicherungsvertrieb gewonnene Wertung auf den Vertrieb von Finanzprodukten übertragen, weil bloß dieser Fall eine direkte Entsprechung im Bereich des Versicherungsvertriebs hat.

Ob darüber hinausgehend die Anleihe bei § 43a VersVG die erwünschte Klarheit bringt, sollte uE bezweifelt werden. Welche Zwecke die mit der VersVG-Novelle 1994 eingefügte Norm verfolgt, blieb dunkel;<sup>42)</sup> primär dürfte sie nicht so sehr die schadenersatzrechtliche Haftung des Versicherers, sondern vielmehr das Problem der Stellvertretung und Wissenszurechnung vor Augen haben.<sup>43)</sup> Somit ist für unsere Fragestellung festzuhalten, dass die Grundsätze des § 43a – so diese überhaupt eruierbar sind – auf ihre Übertragbarkeit auf den Bereich des Wertpapiervertriebs zu überprüfen sind. So wird man erkennen müssen, dass nicht schon jeder Vertrieb von Eigenprodukten der Bank über externe Wertpapierdienstleister zur Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes des § 27 Abs 2 WAG führen wird. Bietet die Bank die betreffenden Finanzinstrumente auch direkt an, so steht sie mit dem externen Wertpapierdienstleister in einem Konkurrenzverhältnis.<sup>44)</sup>

Insofern kommt den Anforderungen, die man an das wirtschaftliche Naheverhältnis zwischen Bank und Wertpapierdienstleister stellt, besondere Bedeutung zu. Der verallgemeinerungsfähige Kern des § 43a VersVG dürfte darin liegen, dass ein starkes wirtschaftliches Naheverhältnis zu einem besonderen Vertriebsdruck führt, der wiederum die Befürchtung nährt, der Berater könne sich bei seiner Empfehlung von sachfremden Motiven leiten lassen. Der OGH sieht solch ein wirtschaftliches Naheverhältnis „schon dann als gegeben an, wenn dieses Unternehmen [scil der Wertpapierdienstleister] als ‚Vertriebspartner‘ ständig mit der Vermittlung der Anlage betraut und in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden ist.“<sup>45)</sup> Allein aufgrund der Tatsache, dass der Wertpapierdienstleister ständig mit der Vermittlung der Anlageinstrumente betraut ist, muss die Bank allerdings uE noch nicht vermuten, dass sich dieser dabei von sachfremden Motiven leiten lässt.<sup>46)</sup> Wird der Wertpapierdienstleister zB für mehrere Produktanbieter als Vertriebspartner tätig, ist damit in der Regel noch kein besonderer Vertriebsdruck hinsichtlich der Produkte eines bestimmten Anbieters gegeben. Solch ein Vertriebsdruck, der dem Wertpapierdienstleister seine Unabhängigkeit nimmt, liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Wertpapierdienstleister einen überwiegenden Teil seines Umsatzes mit den Produkten eines einzigen Anbieters generiert oder wenn einer der Anbieter eklatant hohe Vertriebsprovisionen in Aussicht stellt.<sup>47)</sup> Im Einzelfall

kann auch die konkrete Ausgestaltung der Vertriebsvereinbarung (zB über Konkurrenzklauseln) oder die Einbindung in die Vertriebsorganisation (zB über Produktschulungen) einen besonderen Vertriebsdruck hinsichtlich der Produkte eines bestimmten Anbieters erzeugen. Mit *Trenker* wird man allerdings wie bei § 43a VersVG verlangen müssen, dass der Bank das wirtschaftliche Naheverhältnis bekannt sein muss.<sup>48)</sup> Dies folgt schon daraus, dass § 27 Abs 2 WAG einen Vertrauensgrundsatz aufstellt, der erst dann durchbrochen wird, wenn die Bank in ihrem Vertrauen auf die ordnungsgemäße Pflichterfüllung durch den Wertpapierdienstleister nicht schutzwürdig ist. Solch eine Schutzwürdigkeit der Bank wird freilich erst dann gegeben sein, wenn der Bank Umstände bekannt sind, die sie an der Unabhängigkeit bzw der ordnungsgemäßen Abwicklung der Beratungstätigkeit des Wertpapierdienstleisters zweifeln lassen müssen.<sup>49)</sup>

Die Rsp geht davon aus, dass die Bank für den Fall, dass der Vertrauensgrundsatz durchbrochen ist, eine eigene Beratungspflicht trifft.<sup>50)</sup> Dies ist uE zu undifferenziert. Aus der Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes folgt nämlich, dass die Pflichten der Bank aus dem Effektengeschäft nicht durch die Pflichten des vorgeschalteten Wertpapierdienstleisters überlagert werden. In diesem Fall hat die Bank dafür Sorge zu tragen, dass ihre Pflichten dem Anleger gegenüber erfüllt werden. Ob dazu auch eine Beratungs- und Aufklärungspflicht gehört, hängt freilich von der Wahl des Ausführungsgeschäftes ab;<sup>51)</sup> ist etwa ein beratungsfreies Geschäft oder ein reines Ausführungsgeschäft vereinbart, trifft die Bank keine Beratungspflicht im Sinne einer Eignungsprüfung nach § 44 WAG. Beim beratungsfreien Geschäft nach § 45 WAG muss die Bank lediglich prüfen, ob das vom Kunden gewählte Anlageinstrument von dessen Kenntnissen und Erfahrungen umfasst ist.<sup>52)</sup>

## 6. Schlussfolgerungen

1. Zur Festlegung des Pflichtenprogramms der Bank ist zunächst von Bedeutung, ob sich die Bank auf die Führung des Depots beschränkt oder zugleich auch das Effektengeschäft abschließt. Eine Bank, die sich auf die Führung des Depots beschränkt, trifft jedenfalls keine umfassende Beratungspflicht. Lediglich im Einzelfall kann sie zur Aufklärung über ihr bekannte Interessenkonflikte oder zur Mitteilung von sonstigem Sonderwissen verpflichtet sein.
2. Aufklärungs- oder Beratungspflichten der depotführenden bzw orderausführenden Bank entfallen gem § 27 Abs 2 WAG, wenn schon ein vorgeschalteter Wertpapierdienstleister dem Kunden gegenüber zu Aufklärung oder Beratung in zumindest entsprechendem Ausmaß verpflichtet ist und die Bank darauf vertrauen darf, dass der vorgeschaltete Wertpapierdienstleister seiner Pflicht gegenüber den Kunden ordnungsgemäß nachgekommen ist. Diese Aufteilung der Verantwortungsbereiche schlägt auch auf die zivilrechtliche Pflichtenlage durch.
3. Dieser Vertrauensgrundsatz ist nicht schon dann durchbrochen, wenn die Bank mit dem vorgeschalteten Wertpapierdienstleister in ständiger Geschäftsbeziehung steht.

42) *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998) § 43 Rz 1 ff, § 43a Rz 1.

43) *Kletečka*, JBl 1996, 84 (92).

44) *Baum*, ÖBA 2012, 278 (283).

45) OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t. Auch diese E scheint mit der Argumentation über die Einbindung in die Interessenverfolgung der Bank Haftungs begründung und Erfüllunggehilfenhaftung miteinander zu vermengen; siehe auch oben bei FN 33.

46) Immerhin ist der Wertpapierdienstleister nach § 38 WAG gerade dazu verpflichtet, sich nicht von sachfremden Erwägungen leiten zu lassen; vgl *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 38 Rz 19 ff.

47) *Trenker*, Zak 2012, 363 (365 ff); vgl zum Versicherungsrecht *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998) § 43a Rz 2.

48) *Trenker*, Zak 2012, 363 (365 ff).

49) Vgl zum Versicherungsrecht *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998) § 43a Rz 3.

50) So offenbar OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t.

51) Siehe dazu oben 3.

52) *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 45 Rz 4.

Der Wertpapierdienstleister muss dazu vielmehr einem besonderen Vertriebsdruck hinsichtlich der Produkte der Bank unterliegen, was der Bank auch bekannt sein muss.

4. Ein etwaiges wirtschaftliches Naheverhältnis zwischen Wertpapierdienstleister und Bank kann den Vertrauensgrundsatz des § 27 Abs 2 WAG nur im Hinblick auf Eigenprodukte der Bank durchbrechen.

5. Ist der Vertrauensgrundsatz durchbrochen, muss die Bank ihre Pflichten aus dem Effektingeschäft gegenüber dem Kunden erfüllen, zumal diese nicht durch die Pflichten des Wertpapierdienstleisters überlagert werden. Das Ausmaß dieser Pflichten hängt davon ab, welches Ausführungsgeschäft zwischen dem Kunden und der Bank vereinbart worden ist.



Fotostudio Helmreich

**Der Autor:**

RA Dr. Ernst Brandl, LL.M. (Chicago), MBA (Harvard), ist Partner der auf Kapitalmarktrecht spezialisierten Kanzlei Brandl & Talos RAe GmbH.  
**Kontakt:** brandl@btp.at



Foto Christian Husar

**Der Autor:**

Dr. Philipp Klausberger ist Universitätsassistent (post-doc) und Habilitand am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien.  
**Kontakt:** philipp.klausberger@univie.ac.at

**Dr. Christoph Seggermann**  
FMA

■ ZFR 2013/63, 118

# Implementierung der sog Auktionierungs-Verordnung in österreichisches Recht

## Eine Einführung in die Gesetzesnovelle BGBl I 2012/119

Mit dem Kyoto-Protokoll von 1997 wurde der Idee, die Emission von Treibhausgasen ökonomisch durch eine begrenzte Menge von handelbaren Emissionsrechten zu regulieren und zu reduzieren, zum Durchbruch verholfen. Die Europäische Union (EU) führte zur Erreichung ihrer Reduktionsziele seit 2005 einen unionsweiten Handel mit EU-Treibhausgasemissionszertifikaten ein. In der ersten Handelsperiode vergaben die EU-Mitgliedstaaten die ihnen zustehenden Emissionskontingente an die jeweiligen Treibhausgasemittenten, die ihrerseits ungenutzte Treibhausgasemissionszertifikate als Future- oder Forwardkontrakte verkaufen oder zusätzlich benötigte hinzukaufen konnten; mithin bestand zunächst ein reiner Sekundärmarkt mit Finanzinstrumenten. Mit der zweiten Handelsperiode ab 2013 hat sich die EU zum Ziel gesetzt, dass die Mitgliedstaaten die ihnen zustehenden Emissionskontingente nicht mehr kostenlos an die Treibhausgasemittenten vergeben, sondern – in zunehmendem Maß – an diese als sog 2-Tage-Spots oder 5-Tage-Futures und mithin nicht mehr allein als Finanzinstrumente versteigern. Damit ist ein Primärmarkt mit Finanz- und Nichtfinanzinstrumenten geschaffen worden. Während diese neue Zielsetzung unmittelbar im einschlägigen Materierechtsakt, der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, vorgenommen wurde, wurden weitere nachrangige Aspekte in einer europäischen Durchführungsverordnung, der sog Auktionierungs-Verordnung geregelt. Diese Verordnung enthält einzelne Regelungen, die entweder in nationales Recht implementiert werden müssen, um wirksam zu werden, oder die nationale Optionen gewähren, die vom nationalen Gesetzgeber genutzt werden können. Diesem Zweck dient die Gesetzesnovelle BGBl I 2012/119, in die hier eingeführt wird.

### 1. Einleitung

Am 1. 1. 2013 ist das Bundesgesetz in Kraft getreten, mit dem das Börsegesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 für die Zwecke der sog Auktionierungs-Verordnung<sup>1)</sup> geändert werden.<sup>2)</sup> Im Folgenden soll in die wesentlichen Regelungsziele der Gesetzesnovelle eingeführt

werden, auf die bereits im Titel der Novelle kurz hingewiesen wird, nämlich den Zwecken der sog Auktionierungs-Verordnung und genauer deren Wirksamwerden im österreichischen Recht zu dienen.

Die sog Auktionierungs-Verordnung gehört zu den europarechtlichen Durchführungsbestimmungen der Europäischen Kommission über den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten. Sie betrifft ua Aspekte der Bekämpfung von Marktmissbrauch sowie der Teilnahme von Finanzmarktakteuren an diesem Handel. Unter diesen beiden Aspekten wird die sog Auktionierungs-Verordnung im Verantwortungsbereich der Bundesministerin für Finanzen wie folgt in nationales Recht implementiert:

1) Verordnung (EU) Nr 1031/2010 der Kommission über den zeitlichen und administrativen Ablauf und sonstige Aspekte der Versteigerung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft vom 12. 11. 2010, ABi (EU) Nr L 302, S 1 idF der Verordnung (EU) Nr 1210/2011 der Kommission vom 23. 11. 2011, ABi (EU) Nr L 308, S 2.  
2) Bundesgesetz BGBl I 2012/119.