

Der gewerbliche Eigenhandel und das Privatvermögen: *ius controversum*?

Zugleich eine Besprechung von OGH 19. 2. 2015, 6 Ob 229/14s¹⁾

Ernst Brandl / Philipp Klausberger

In der Entscheidung 6 Ob 229/14s behandelt der OGH zentrale Fragen des gewerblichen Eigenhandels iSv § 1 Abs 1 Z 7 BWG. Insbesondere vertritt der Gerichtshof, dass die Ausnahme des Handels für das Privatvermögen auch juristischen Personen zugutekommt und dass solch ein konzessionspflichtiger Eigenhandel erst dann vorliegt, wenn die Bewirtschaftung des eigenen Vermögens verlassen wird und die betreffende Person bankähnlich agiert. Damit nimmt der OGH eine etwas moderatere Position ein als der VwGH; dieser hat im aufsehenerregenden Erkenntnis 2007/17/0208 die Konzessionspflicht tendenziell weit gefasst. Der Beitrag zeigt, dass die Auffassung des OGH insgesamt sachgerechter ist als jene des VwGH.

Stichwörter: Bankgeschäft, Eigenhandel, Handel für das Privatvermögen, Gewerblichkeit, Konzessionspflicht.

JEL-Classification: G 21, K 12.

In a recent decision the Austrian Supreme Court dealt with questions related to the „Trading for one’s own account or on behalf of others“, an activity requiring a banking licence according to sec 1 para 1 no. 7 of the Austrian Banking Act (BWG). The Court holds that the exemption from the licencing requirement in favor of individuals trading with their „private funds“ also extends to „legal persons“ (e.g. corporations); a licence is only required, if the legal person expands its activities beyond the boundaries of managing their private portfolio into a bank-like business. With this opinion the Supreme Court gives private and legal persons more leeway before they have to obtain a licence than the Supreme Administrative Court in a decision rendered in 2007. This article shows that the Supreme Court’s decision is more appropriate.



Photo: privat

Dr. Ernst Brandl, LL.M. (Chicago), MBA (Harvard) ist Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH; e-mail: brandl@btp.at



Photo: privat

Dr. Philipp Klausberger ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH sowie Universitätslektor und Habilitand am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien; e-mail: philipp.klausberger@univie.ac.at

1. Einleitung

Auf den ersten Blick wirkt die hier zu besprechende Entscheidung des Obersten Gerichtshofs unscheinbar: ein knapper Beschluss, mit dem die außerordentliche Revision der klagenden Partei mangels erheblicher Rechtsfrage zurückgewiesen worden ist; die Entscheidung zählt im Original sieben Seiten. Allerdings behandelt der OGH hier in einer Kürze und Prägnanz, wie man sie sonst nur im *corpus iuris civilis* findet, zentrale Fragen des gewerblichen Eigenhandels iSv § 1 Abs 1 Z 7 BWG und kommt dabei zu bemerkenswerten Ergebnissen. Unsere Besprechung soll die tragenden Punkte der Entscheidung umfassend würdigen.

Der Sachverhalt ist rasch erzählt: Ausgangspunkt des Streits waren Devisentermin- bzw. Devisenoptionsgeschäfte, die zwischen einer Bank und einem (erfahrenen) Kunden abgeschlossen worden waren. Aus diesen Geschäften

erwuchs dem Kunden ein Verlust in Höhe von EUR 1.786.690, den er von der Bank ersetzt haben wollte. Die Klage blieb in allen drei Instanzen erfolglos.

Im Hinblick auf die vom Kläger geltend gemachte Fehlberatung sei hier bloß kurz darauf verwiesen, dass der Kläger nach den Feststellungen des Erstgerichts wirksam auf eine Beratung verzichtet habe. Das Berufungsgericht fügt dem noch hinzu, dass dem Kläger die Chancen und Risiken solcher Geschäfte bekannt gewesen und dass der Abschluss von Spekulationsgeschäften ausdrücklich gewünscht worden sei. Da sich der Fall noch zum Großteil im intertemporalen Anwendungsbereich des WAG 1997 zugetragen hat,²⁾ sind diesbezüglich § 13 Z 3 und 4 WAG 1997 anwendbar. Im Lichte dieser Bestimmungen weist der OGH darauf hin, eine Bank sei nicht verpflichtet, einen spekulierenden Kunden zu bevormunden.³⁾ Vielmehr könne einem versierten

1) ÖBA 2015, 532.
2) Vgl dazu Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG (30. Lfg 2015) § 106 Rz 2 und § 108 Rz 3 ff.

3) OGH 19.2.2015, 6 Ob 229/14s, ÖBA 2015, 532 unter Berufung auf RIS-Justiz RS0120999.

und aufgeklärten Bankkunden zugemutet werden, seine wirtschaftlichen Interessen selbst zu wahren; demgemäß dürften laut OGH die Aufklärungs- und Warnpflichten der Bank nicht überspannt werden.⁴⁾ So kommt der OGH zum Ergebnis, es liege hier unabhängig von einem allfälligen Beratungsverzicht jedenfalls keine Fehlberatung durch die beklagte Bank vor.

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass seit Inkrafttreten des WAG 2007 explizit auch Geschäftsmodelle zur Wahl stehen, die keine Beratungspflicht des Rechtsträgers vorsehen.⁵⁾ Im Lichte dessen folgt aus dem WAG 2007 keine unbedingte Verpflichtung des Rechtsträgers, den Kunden zu beraten;⁶⁾ es liegt vielmehr in der Wahl des Kunden, ob er eine Beratung in Anspruch nehmen will.⁷⁾ Insofern schlägt ein „Beratungsverzicht“ des Kunden⁸⁾ unmittelbar auf die Pflichtenlage durch.⁹⁾ So beschränken sich die Pflichten des Rechtsträgers beim reinen Ausführungsgeschäft gem § 46 WAG auf die bloße Ausführung des Kundenauftrags im engeren Sinn ohne darauf bezogene Beratungspflichten. Dieses Geschäftsmodell ist jedoch gem § 46 Z 1 WAG nur bei nicht-komplexen Finanzinstrumenten zulässig.¹⁰⁾ Im vorliegenden Fall kann auf das reine Ausführungsgeschäft nicht zurückgegriffen werden, zumal es hier um Termin- bzw Optionsgeschäfte geht, die keine nicht-komplexen Finanzinstrumente iSd § 46 Z 1 iVm § 1 Z 7 WAG sind.

Auch im Hinblick auf komplexe Produkte lässt das WAG freilich in § 45 ein beratungsfreies Geschäft zu. Dabei muss der Rechtsträger allerdings eine Angemessenheitsprüfung durchführen und darf das Geschäft nur dann beratungsfrei durchführen, wenn er zur Überzeugung gelangt, dass der Kunde im Hinblick auf das gewählte Finanzprodukt ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen aufweist.¹¹⁾ Nach den Feststellungen wird man dies im Ausgangsfall bejahen müssen; auch nach WAG 2007 wäre daher die beratungslose Abwicklung der betreffenden Devisen-

termin- bzw Devisenoptionsgeschäfte zulässig gewesen.

Der Kläger stützte im Ausgangsfall seinen Anspruch jedoch nicht bloß auf Fehlberatung, sondern brachte auch vor, die Geschäftsabschlüsse würden den Tatbestand des Eigenhandels gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG erfüllen; er (der Kläger) hätte daher einer Konzession nach BWG bedurft. Da ihn die Bank auf diesen Umstand nicht hingewiesen hat, sei sie ihm gegenüber schadenersatzpflichtig. Auch dieses Argument verfiel letztlich nicht. Die Gründe, aus denen der OGH diesem Argument nicht gefolgt ist, sollen nun in der Folge näher beleuchtet werden.

2. Zum Tatbestand des gewerblichen Eigenhandels nach § 1 Abs 1 Z 7 BWG

§ 1 Abs 1 Z 7 BWG bezeichnet den Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit ausländischen Zahlungsmitteln (Devisen- und Valutengeschäft, lit a), mit den in lit b bis e aufgelisteten Instrumenten sowie mit Derivaten, die von Instrumenten gem lit b bis e abgeleitet sind (lit f), als Bankgeschäft, sofern dieser Handel gewerblich ausgeübt wird. Am Ende von § 1 Abs 1 Z 7 BWG steht die Einschränkung, wonach ein Bankgeschäft nur vorliegt, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt. Der gewerbliche Eigenhandel gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG weist somit eine auf den ersten Blick undurchsichtige Struktur auf: Der Tatbestand ist erfüllt, wenn eine Handelstätigkeit im Sinne des Gesetzes vorliegt, die sich auf eines oder mehrere der in lit a bis f genannten Objekte bezieht. Als weitere Voraussetzung muss hinzutreten, dass der Handel gewerblich iSd Abs 1 erfolgt (arg: „Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden ...“). Zusätzlich zu diesen Tatbestandsvoraussetzungen enthält § 1 Abs 1 Z 7 BWG ein negatives Tatbestandsmerkmal: Ein an sich tatbe-

standsmäßiger Handel soll von der Bestimmung nicht umfasst sein, wenn dieser bloß für das Privatvermögen erfolgt.¹²⁾

Diese Struktur mit positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen hat die Bestimmung seit 1996. Mit der Novelle BGBI 1996/753 wurde der Passus „sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt“ in das BWG eingefügt.¹³⁾ Der Gesetzgeber sah sich zu diesem Schritt veranlasst, zumal in der Praxis Unbehagen im Hinblick auf den wenig konturierten Tatbestand des gewerblichen Eigenhandels entstanden war. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte das Einfügen der Einschränkung „sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt“ bloß klarstellende Funktion haben: Eine der privaten Sphäre zuzurechnende Spekulation solle demnach nicht vom BWG umfasst sein, Privatvermögen sei im Sinne des Einkommensteuerrechts zu verstehen.¹⁴⁾

Was den Begriff des Handels betrifft, so geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, dass sowohl der Handel auf eigene wie auf fremde Rechnung umfasst ist.¹⁵⁾ Solch ein weites Verständnis von Handel mag zwar über unionsrechtliche Vorgaben hinausgehen;¹⁶⁾ diese verpflichten den Gesetzgeber bloß, bestimmte Geschäfte als Bankgeschäfte zu definieren, hindern ihn aber nicht daran, den Kreis der Bankgeschäfte weiter auszugestalten als unionsrechtlich vorgeschrieben.¹⁷⁾ Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Eigenhandel weit zu fassen, ist rechtspolitisch zu kritisieren, zumal der Tatbestand dadurch unscharf wird und Rechtsunsicherheit erzeugt.

Der Handel muss vom Eingehen einer Beteiligung abgegrenzt werden:¹⁸⁾ Liegt die Strategie des Anlegers in einer langfristigen Substanzsteigerung und im Erzielen von Einkünften aus Zinsen oder Dividenden, so spricht dies gegen das Vorliegen einer Handelstätigkeit.¹⁹⁾ Zudem hat sich *Granner* mit beachtenswerten Argumenten dafür ausgesprochen, den

4) OGH 19.2.2015, 6 Ob 229/14s, ÖBA 2015, 532 unter Berufung auf RIS-Justiz RS 0026135.
5) Siehe dazu allgemein *Klausberger*, ÖBA 2014, 206; *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (4. Lfg 2015) § 44 Rz 7.
6) *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (4. Lfg 2015) § 44 Rz 7 mit FN 18.
7) *Brandl/Klausberger*, ZFR 2009, 134.
8) Zu dieser Frage vgl auch *Wallisch*, wbl 2014, 181 ff.
9) *Brandl/Klausberger*, ZFR 2009, 134; *Karollus*, ÖBA 2013, 317; *Wallisch*, wbl 2014, 189; vgl auch *Klausberger*, ÖBA 2014, 206.
10) *Graf* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 46 Rz 6 ff; *Klausberger*, ÖBA 2014, 207; *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*,

WAG (4. Lfg 2015) § 46 Rz 6.
11) *Graf* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 45 Rz 3 f; *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (4. Lfg 2015) § 45 Rz 10.
12) *Granner*, ZFR 2011, 4, 7 f.
13) Ausführlich *Schimka*, GesRZ 2010, 294 f; *Granner*, ZFR 2011, 4.
14) 369 Blg NR XX. GP 68: „Die Abgrenzung, daß der Handel, soweit er für das Privatvermögen erfolgt, kein Bankgeschäft ist, erfolgt zur Klarstellung bzw. zur Herstellung einer größeren Rechtssicherheit im vorliegenden Bereich. Der Ausdruck „Privatvermögen“ ist im Sinne des Einkommensteuerrechts zu verstehen. Beispielhaft angeführt sei, daß derjenige, der für sein privates Wertpapierdepot über ein Kreditinstitut an der Börse „spe-

kuliert“, hierfür keine Bankkonzession benötigt.“
15) *Granner*, ZFR 2011, 63.
16) Dazu *Schimka*, GesRZ 2010, 295 f.
17) *Graf*, ZFR 2010, 170 f; insofern zutreffend VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208, ÖBA 2010, 544 (*Kerschbaum/Janovsky*).
18) Vgl auch *Kerschbaum/Janovsky*, ÖBA 2010, 550.
19) *Karas/Traxler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 66; mit *Graf*, ZFR 2010, 171 ist ein Abstellen auf ein bestimmtes quantitatives Mindestausmaß der Beteiligung abzulehnen; so aber VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208, ÖBA 2010, 544 (*Kerschbaum/Janovsky*).

Handelsbegriff gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG insofern enger zu verstehen, als nur dann Handel im Sinne des Gesetzes vorliegt, wenn der Akteur gehäuft Transaktionsangebote an das Publikum richtet.²⁰⁾ In der Tat spricht viel dafür, eine gewisse Publikumsbezogenheit des Handels zu fordern. Mit Recht verweist *Granner* auf die Schutzzwecke des BWG: Dieses dient als Wirtschaftsaufsichtsgesetz auf der einen Seite dem Schutz eines funktionierenden Bankwesens, auf der anderen Seite auch dem Anleger- und Gläubigerschutz.²¹⁾ Diese Schutzzwecke lassen es zwar legitim erscheinen, den Eigenhandel ab dem Erreichen einer gewissen Intensität der Bankenaufsicht zu unterwerfen.²²⁾ Die Schutzzwecke zeigen freilich auch die Grenze der Aufsichtswürdigkeit deutlich: dort wo weder Funktionsschutz noch Individualschutz berührt sind, wäre eine Konzessionspflicht überschießend.

Zu diesem Ergebnis gelangt man freilich nicht nur über die Interpretation des Wortes „Handel“. Versteht man das Tatbestandselement der Gewerblichkeit entgegen der hM, die gewerblich im Sinne des Umsatzsteuerrechts versteht, unter anderem auch als Rekurs auf die Aufsichtswürdigkeit der jeweiligen Geschäftstätigkeit,²³⁾ so folgt daraus, dass nicht schon jeder Erwerb bzw jede Veräußerung tatbestandsmäßig ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn es die Aufsichtsziele Individualschutz und Funktionsschutz erfordern.

All dies gilt es im Hinterkopf zu behalten, wenn man sich nun der Argumentation des OGH zuwendet. Während man bislang dem negativen Tatbestandsmerkmal des Handels für das Privatvermögen eher wenig Differenzierungspotenzial zugestrahlt hat,²⁴⁾ stützt der OGH die Lösung des Falls in erheblichem Maße auf jenes Kriterium. In der Folge seien daher einige Fragen beleuchtet, die von der Anwendung des negativen Tatbestandsmerkmals „Handel für das Privatvermögen“ ausgehen.

3. Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen?

Ein Rückgriff auf den Handel für das Privatvermögen sieht sich im vor-

liegenden Fall zunächst dem Einwand ausgesetzt, dass hier eine juristische Person als „Händler“ auftritt. Versteht man das Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts, was insbesondere die Erläuterungen zur Regierungsvorlage nahe legen, könnte man in der Tat zum Ergebnis kommen, dass die Ausnahme betreffend den Handel für das Privatvermögen im Ergebnis bloß natürlichen Personen zugutekommen soll.²⁵⁾

Gegen solch ein Verständnis bestehen gravierende Bedenken. So ist schon fraglich, ob ein schematisches Abstellen auf einen steuerrechtlichen Begriff dem Ansinnen des Gesetzgebers, bestimmte Handelstätigkeiten von der Konzessionspflicht auszuschließen, überhaupt gerecht wird.²⁶⁾ Immerhin verfolgen das Steuerrecht und das Wirtschaftsaufsichtsrecht unterschiedliche Zielsetzungen, und es wäre daher fraglich, inwieweit ein bestimmtes steuerrechtliches Begriffsverständnis überhaupt auf wirtschaftsaufsichtliche Sachverhalte passt.²⁷⁾ In der Literatur hat *Granner* vorgeschlagen, natürliche und juristische Personen im Hinblick auf die Ausnahme des Handels für das Privatvermögen gleichzustellen: Juristischen Personen soll die Berufung auf die Ausnahme in jenem Umfang ermöglicht werden, wie es ihnen offen stünde, würde eine natürliche Person an ihrer Stelle stehen.²⁸⁾

Dies sieht der OGH in der vorliegenden Entscheidung wohl ähnlich, wenn er die Auffassung, juristische Personen könnten gar kein Privatvermögen haben, unter Hinweis auf verfassungsrechtliche Gründe zurückweist. In der Tat wäre es wohl unsachlich, die Konzessionspflicht im Hinblick auf Handelsaktivitäten unterschiedlich festzulegen, je nachdem ob eine natürliche oder eine juristische Person als „Händler“ auftritt. Für solch eine Differenzierung besteht keine sachliche Rechtfertigung, weshalb der Gleichheitssatz verletzt wäre.²⁹⁾ Insofern gebietet schon die verfassungskonforme Interpretation, das negative Tatbestandselement des Handels für das Privatvermögen gleichermaßen auf natürliche wie auf juristische Personen zu erstrecken.

Dazu kommt, dass § 26 Satz 2 ABGB auf einfachgesetzlicher Ebene im Bereich des Privatrechts die umfassende Gleichstellung natürlicher und juristischer

Personen festschreibt.³⁰⁾ Auch wenn diese Vorschrift kein Verfassungsrecht im formellen Sinn ist und als privatrechtliche Bestimmung auch nicht unmittelbar im Wirtschaftsaufsichtsrecht anzuwenden ist, darf nicht übersehen werden, dass § 26 ABGB einen im hohen Maß prinzipiellen Charakter aufweist.³¹⁾ Als Rechtsprinzip begriffen bedeutet § 26 Satz 2 ABGB somit auch, dass für eine unterschiedliche Behandlung natürlicher und juristischer Personen besonders gewichtige Gründe vorliegen müssen. So leuchtet es schon aus der Natur der Sache ein, dass auf juristische Personen jene Vorschriften keine Anwendung finden, die unmittelbar auf die Kreatürlichkeit des Menschen Bezug nehmen, wie etwa familienrechtliche und einige personenrechtliche Bestimmungen.³²⁾ Dass juristische Personen kein Privatvermögen haben können, leuchtet dagegen nicht unmittelbar ein, sondern ist vielmehr auf ein einkommensteuerrechtliches Vorverständnis zurückzuführen, das für sich genommen im Bereich des BWG nicht zwingend ist. Nach dem Gesagten gebietet es das Prinzip umfassender Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen, die besondere Behandlung juristischer Personen im Steuerrecht eng zu verstehen und nicht auf andere Rechtsgebiete zu übertragen, in denen solch eine Ungleichbehandlung problematisch wäre.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach Auffassung des OGH auch juristische Personen ein Privatvermögen iSd § 1 Abs 1 Z 7 BWG haben können. Dem ist zu folgen. Juristische Personen können sich damit in jenem Ausmaß auf die Ausnahme des Handels für das Privatvermögen berufen, wie dies natürlichen Personen offensteht. So wie bei natürlichen Personen die Veranlagung und Verwaltung des eigenen Vermögens keine Konzessionspflicht gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG auslöst, ist es demnach auch bei juristischen Personen konzessionsfrei, wenn zB eine Gesellschaft das eigene Gesellschaftsvermögen veranlagt oder verwaltet.³³⁾ Dem OGH ist also beizupflichten, wenn er anerkennt, dass juristische Personen grundsätzlich ebenso über eine „private“ Vermögenssphäre verfügen können wie natürliche Personen. Diese „private“ Vermögenssphäre wird dann verlassen, wenn die betreffende Person in signifikantem

20) *Granner*, ZFR 2011, 62 ff.

21) *Granner*, ZFR 2011, 65.

22) Vgl auch *Schimka*, GesRZ 2010, 295.

23) Siehe dazu mwN *Brandl/Klausberger*, ZFR 2011, 206 ff.

24) Vgl etwa *Schimka*, GesRZ 2010, 295.

25) *Laurer* in *Laurer*, BWG³ § 1 Rz 14; tendenziell auch *VwGH* 15.4.2010, 2007/17/0208, ÖBA 2010, 544 (*Kerschbaum/Janovsky*).

26) Gegen eine undifferenzierte Übernahme steuerrechtlicher Begriffsverständnisse schon *Granner*, ZFR 2011, 61.

27) Vgl auch *Brandl/Klausberger*, ZFR 2011, 207.

28) *Granner*, ZFR 2010, 61.

29) *Oppitz*, ÖBA 2007, 802; *ders* in *Chini/Oppitz*, BWG § 1 Rz 26.

30) *Benke/Steindl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 26, 27

Rz 7, 40 ff.

31) *F. Bydlinski*, System 142 ff; vgl auch *Benke/Steindl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 26, 27 Rz 28.

32) *Benke/Steindl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 26, 27 Rz 41.

33) In diesem Sinne bereits *Saria* in *Brandl/Saria*, WAG² § 1 Rz 5.

Ausmaß geschäftlich agiert und damit die bloße Bewirtschaftung des eigenen Vermögens quantitativ wie qualitativ verlassen wird.

4. „Bankähnliches Verhalten“ als Abgrenzungskriterium

Kommt die Ausnahme eines Handelns für das Privatvermögen grundsätzlich in Betracht, so muss man sich noch über die Konturen solch eines Handelns klar werden. Dem Gesetzgeber dürfte dabei vorgeschwebt sein, ein Abgrenzungskriterium zu schaffen, das nicht-aufsichtswürdige Privatgeschäfte von aufsichtswürdigen Bankgeschäften unterscheidet. Solch eine Abgrenzung vertritt auch der OGH: Wer für sein privates Wertpapierdepot über eine Bank an der Börse spekuliere, bedürfe dafür keiner Bankkonzession. Wer sich dagegen am Markt bankähnlich verhalte, solle im Gegensatz dazu der Konzessionspflicht nach BWG unterfallen. Als Kriterien für ein bankähnliches Verhalten nennt der OGH unter Berufung auf *Diwok/Göth*,³⁴⁾ dass der Anleger eine Vielzahl von Beziehungen zu anderen Marktteilnehmern unterhält, professionelle Analyse- und Handelssysteme betreibt und die Handelstätigkeit selbst banküblich erfolgt.³⁵⁾

Diese Auffassung ist geeignet, der Ausnahme eines Handelns für das Privatvermögen jene Bedeutung beizumessen, die vom Gesetzgeber ursprünglich auch intendiert war: Nicht schon jede Handelstätigkeit soll den Konzessionstatbestand gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG auslösen. Eine Konzessionspflicht besteht nur dann, wenn die Handelstätigkeit eine „kritische Masse“ erreicht, die in wertender Betrachtung eine Aufsichtswürdigkeit der Handelsaktivitäten nahe legt.³⁶⁾

Die genannten Aspekte wird man nicht als starre Größen verstehen, sondern als Elemente, die zusammen ein bewegliches System ergeben.³⁷⁾ Sticht etwa ein Element ganz signifikant hervor, reicht es im Hinblick auf die anderen Elemente aus, wenn diese bloß unterdurchschnittlich stark ausgeprägt sind. Eine Beurteilung nach dem Vorbild des

beweglichen Systems ist in besonderem Maß geeignet, die wertende Betrachtung der Aufsichtswürdigkeit einer Handelsaktivität herzustellen. Dies hängt auch damit zusammen, dass der Gesetzgeber mit dem Eigenhandel keine starre Definition geschaffen, sondern vielmehr einen Typusbegriff zugrundegelegt hat. Solch ein Typusbegriff hat Affinitäten zum beweglichen System;³⁸⁾ es kommt hier auf eine wertende Gesamtbetrachtung an, die ihrerseits auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Eigenhandel schließen lässt.

Darüber hinaus wird in der Literatur vorgeschlagen, zudem den Umstand zu beachten, ob die betreffende Transaktion über eine Bank als Kommissionär abgewickelt wird.³⁹⁾ Dem wird man in der Tat eine gewisse Indizwirkung dahingehend zubilligen, ob sich eine bestimmte Person bei Wertpapiertransaktionen bankähnlich verhält oder nicht. Bedient sich ein Wertpapierkunde für seine Transaktionen einer Bank und führt diese die Transaktionen als Kommissionär nach Weisung des Kunden aus, so handelt der Kunde im Zweifel nicht wie eine Bank. Für eine regulatorische Erfassung (auch) des Kunden im Aufsichtsregime des BWG besteht in dieser Konstellation regelmäßig auch kein Bedürfnis, zumal die Transaktion schon deshalb in das Aufsichtsregime fällt, weil die als Kommissionär auftretende Bank ohnehin dem BWG unterliegt.

Eine Auffassung will für diese Abgrenzungsfrage auch die Transaktionshäufigkeit in Betracht ziehen: langfristige Veranlagungen wären tendenziell dem Privatvermögen zuzurechnen, während Kauf- und Verkauf in kurzen Abständen zum Ausnützen von Kursschwankungen konzessionspflichtigen Handel indizieren würden. Abgesehen davon, dass solch eine Abgrenzung immer noch einen relativ großen Interpretationsspielraum lässt,⁴⁰⁾ ist die Transaktionshäufigkeit gerade kein Kriterium, das Banken von Nichtbanken unterscheidet. Auch Privatanleger sind nicht per se bloß an langfristiger Veranlagung interessiert, sondern betreiben oft auch kurzfristige Spekulation.⁴¹⁾ Allein dieser Umstand macht

einen spekulierenden Privatanleger noch nicht zu einer Bank.

5. VwGH 2007/17/0208: (K)eine Kontroverse?

Der OGH meint, die von ihm geteilte Auffassung der Unterinstanzen betreffend den gewerblichen Eigenhandel für das Privatvermögen weiche „jedenfalls unter dem hier maßgeblichen Aspekt“ auch nicht von der Rechtsprechung des VwGH ab. Der VwGH hat in seinem Erkenntnis 2007/17/0208⁴²⁾ den gewerblichen Eigenhandel tendenziell weit verstanden und damit in der Rechtswissenschaft wie in der Wirtschaftspraxis für Unruhe gesorgt.⁴³⁾ Mit dem Erkenntnis 2009/17/0079 hat der VwGH die Kritik an der vorhergehenden Entscheidung zwar zur Kenntnis genommen, an dem von 2007/17/0208 vorgezeichneten Verständnis des gewerblichen Eigenhandels jedoch ausdrücklich festgehalten.⁴⁴⁾ *Stöger* hat seine Glosse zum zweiten Erkenntnis in dieser Zeitschrift daher treffend mit den Worten „[o]ops, he did it again“ eingeleitet.⁴⁵⁾

Legt man die VwGH-Erkenntnisse neben die OGH-Entscheidung, so werden doch Unterschiede deutlich. Die vom OGH betonte Einhelligkeit zumindest in den maßgeblichen Punkten dürfte daher eher der Höflichkeit unter Höchstgerichten geschuldet sein. So ist nicht klar, ob der VwGH das negative Tatbestandselement betreffend den Handel für das Privatvermögen überhaupt auch auf juristische Personen erstreckt; das Erkenntnis 2007/17/0208 lässt diesen Punkt ausdrücklich offen. Auch hat der VwGH die Frage, ob eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen in diesem Punkt verfassungsrechtlich zulässig wäre, nicht aufgegriffen, weil er sie nicht für entscheidungswesentlich hielt. Für den OGH ist dieses verfassungsrechtliche Argument dagegen zentral, um die Anwendbarkeit des negativen Tatbestandselements „Handel für das Privatvermögen“ auch auf juristische Personen zu begründen.

Der Fokus des VwGH liegt ferner nicht auf dem bankähnlichen Verhalten, das

34) *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 69; diesen folgend *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² Rz 3/49.

35) *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 69 nennen als Merkmale banküblicher Handelstätigkeit die Trennung zwischen Front- und Backoffice, Risikomanagement, Controlling oder die Einrichtung von Limitsystemen.

36) Vgl auch *Karas/Traxler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 65.

37) Grundlegend *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht; *F. Bydlinski*, Methodenlehre²

529; zur Anwendbarkeit im öffentlichen Recht vgl *Korinek* in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das bewegliche System 243 ff.

38) Siehe dazu in anderem Zusammenhang *Korinek* in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das bewegliche System 247.

39) *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, BWG § 1 Rz 26; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² Rz 3/48; vgl auch die steuerrechtliche Entscheidung VwGH 24.03.2004, 2003/14/0096, VwSlg 7922 F/2004.

40) Mit Recht krit daher auch *Oppitz* in *Chini/*

Oppitz, BWG § 1 Rz 26.

41) Vgl auch *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² Rz 3/50.

42) VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208, ÖBA 2010, 544 (*Kerschbaum/Janovsky*).

43) *Graf*, ZFR 2010, 170 f; *Schimka*, GesRZ 2010, 294 ff; *Granner*, ZFR 2011, 2 ff; *Hartmann/Heidinger* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 1 Rz 34.

44) VwGH 9.9.2013, 2009/17/0079, ÖBA 2014, 129 (*Stöger*).

45) *Stöger*, ÖBA 2014, 131.

zum Ausschluss eines Handelns für das Privatvermögen führt. Er stellt vielmehr die Unterscheidung zwischen kurzfristigem Handel und langfristiger Beteiligung in den Mittelpunkt. Dass diese Unterscheidung für sich allein nicht zielführend ist, wurde bereits angemerkt: Auch Private können mit ihrem Privatvermögen kurzfristig spekulieren und fallen dadurch noch nicht unter die Konzessionspflicht gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG.

Nach dieser Skizze zeigt sich, dass die Positionen von VwGH und OGH doch verschieden sind. Der VwGH wird also in künftigen Verfahren nicht umhinkommen, sich mit der Position des OGH auseinanderzusetzen.

6. Zum Schutzzweck der Konzessionspflicht

Im vorliegenden Fall kommt noch dazu, dass der Sachverhalt anders gelagert ist als bei den VwGH-Entscheidungen zur Konzessionspflicht. Es ist nicht die Aufsichtsbehörde auf den Plan getreten und hat eine bestimmte Tätigkeit als konzessionspflichtig angesehen. Hier behauptet vielmehr der Kläger, seine Handelstätigkeit habe den Konzessionstatbestand gem § 1 Abs 1 Z 7 BWG erfüllt, worüber ihn die Bank als sein Geschäftspartner aufklären hätte müssen. Die Perspektive der Entscheidung ist somit nicht die *ex-post*-Kontrolle von Maßnahmen der Kapitalmarktaufsicht, sondern die – grundsätzlich einzelfallbezogene⁴⁶⁾ – Frage, inwieweit die Bank gegenüber ihrem Kunden Aufklärungs- oder Beratungspflichten treffen.

Der OGH kommt zu dem Ergebnis, dass die Bank im vorliegenden Fall keine Aufklärungspflicht verletzt hat und begründet dies mit dem Schutzzweck der Konzessionspflicht: Dieser liege nämlich im Gewährleisten eines funktionsfähigen Bankwesens sowie im Gläubigerschutz, nicht aber auch im Schutz desjenigen, der selbst ohne eine allenfalls erforderliche Konzession Bankgeschäfte betreibt, vor Risiken, die sich aus solchen Geschäften ergeben. Dem ist beizupflichten. Zwar verfolgt das Bankenaufsichtsrecht in gewissen Grenzen auch individualschützende Zwecke.⁴⁷⁾ Der Individualschutz des BWG betrifft freilich nicht den Schutz der individuellen Bank, sondern den Schutz der Marktgegenseite, mithin den Kundenschutz. Nach dem Vorbringen des Klägers wäre dieser selbst als Bank zu beurteilen gewesen; ein Schutz desjenigen, der konzessionslos Bankgeschäfte betreibt,

ist dem BWG – wie der OGH zutreffend ausführt – nicht zu entnehmen. Das BWG knüpft an das konzessionslose Betreiben von Bankgeschäften vielmehr eine Reihe von zivil- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen,⁴⁸⁾ was auch gegen eine Schutzwirkung der Konzessionspflicht, wie sie der Kläger argumentiert, spricht.

Dazu kommt noch, dass eine Aufklärung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Konzessionspflicht inhaltlich eine Aufklärung über die Rechtslage bedeuten würde. Solch eine Aufklärung kann ein Kunde von seiner Bank vernünftigerweise nicht verlangen. Die Expertise der Bank bezieht sich auf das Abwickeln von Bankgeschäften; aus diesem Grund tritt der Kunde mit der Bank in Kontakt. Daher kann der Kunde Aufklärung und Beratung auch nur im Hinblick auf das Abwickeln von Bankgeschäften erwarten. Eine Aufklärung über die Rechtslage ist demnach nicht geschuldet. Dazu kommt, dass sich eine Aufklärung schnell zu einer Beratung verdichtet, wenn mit ihr eine Handlungsempfehlung einhergeht.⁴⁹⁾ Zum Erteilen von Rechtsberatung wäre die Bank gar nicht befugt. Auch dies spricht gegen eine Pflicht der Bank, über eine allfällige Konzessionspflicht auf Seiten des Kunden aufzuklären, zumal sich die Bank mit solch einer Aufklärung mitunter selbst ins Unrecht setzen würde.

7. Zusammenfassung und Ausblick

Der OGH anerkennt in seiner Entscheidung ein gewisses Differenzierungspotenzial in der Ausnahme des Handels für das Privatvermögen. Zum einen erteilt der Gerichtshof jenen eine Absage, die aus rein begrifflichen Überlegungen juristischen Personen gar kein Privatvermögen zubilligen wollen und somit die Ausnahme ins Leere laufen ließen. Zum anderen fasst der OGH die Ausnahme als Abgrenzung zwischen bankähnlichem Verhalten und privater Spekulations- oder Veranlagungstätigkeit auf. Damit kommt ihr jene Funktion zu, die ihr der Gesetzgeber ursprünglich auch beimessen wollte.

Die besprochene Entscheidung des OGH offenbart aufs Neue die Problematik des gewerblichen Eigenhandels iSv § 1 Abs 1 Z 7 BWG und zeigt, dass es weiterhin unmöglich ist, die vom VwGH in 2007/17/0208 erstmals im Jahr 2010 höchstgerichtlich entschiedene Frage, welche Tätigkeit nun konzessionspflichtig ist und welche nicht, eindeutig zu beantworten. Auch wenn der OGH eine

insgesamt moderatere Position einnimmt als der VwGH, ist daher die Rechtssicherheit nicht unbedingt befördert: Je nachdem, ob es sich um eine zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Fragestellung handelt, wird der Rechtsanwender mit unterschiedlichen Zugängen der Höchstgerichte konfrontiert. Auf der „Baustelle“⁵⁰⁾ des gewerblichen Eigenhandels wird also weiterzuarbeiten sein.

Literaturverzeichnis

Brandl / Klausberger, Gedanken zur Auslegung des § 1 BWG, insbesondere zum Element der Gewerblichkeit, ZFR 2011, 206.

Brandl / Saria (Hrsg), Wertpapieraufsichtsgesetz. Kommentar² (2010).

Brandl / Saria (Hrsg), Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz (Loseblattsammlung ab 2015).

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991).

Chini / Oppitz, BWG. Bankwesengesetz – Kommentar (2001).

Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz. Kommentar (Loseblattsammlung ab 2007).

Diwok / Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz (2005).

Fenyves / Kerschner / Vonkilch (Hrsg), ABGB³ (Klang) §§ 1–43 (2014).

Graf, Glosse zu VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208, ZFR 2010, 170.

Granner, Die Konzessionspflicht für gewerblichen Eigenhandel mit Wertpapieren nach § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG – eine interpretative und legistische Baustelle, ZFR 2011, 2, 60.

Gruber / Raschauer, WAG – Wertpapieraufsichtsgesetz. Kommentar (Onlineaktualisierung 2011).

Kalss / Oppitz / Zollner, Kapitalmarktrecht. System² (2015).

Karollus, Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert bei strukturierten Finanzprodukten?, ÖBA 2013, 306.

Kerschbaum / Janovsky, Anmerkung zu VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208, ÖBA 2010, 549 f.

Klausberger, Anmerkung zu OGH 28.8.2013, 6 Ob 179/12k, ÖBA 2014, 206.

Korinek, Das bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Bydlinski / Krejci / Schilcher / Steininger

46) Vgl *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (8. Lfg 2015) § 38 Rz 54 ff.

47) Vgl etwa *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapital-

marktrecht² Rz 1/17 ff.

48) Siehe dazu *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² Rz 2/122 ff.

49) Vgl *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (8. Lfg 2015) § 38 Rz 53.

50) So *Granner*, ZFR 2011, 2.

(Hrsg), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 243.

Laurer / Borns / Strobl / M. Schütz / O. Schütz (Hrsg), Kommentar zum Bankwesengesetz³ (Loseblattsammlung ab 2008).

Oppitz, Das Einlagengeschäft – Auffangtatbestand im Bankgeschäfts-katalog?, ÖBA 2007, 797.

Schimka, Anmerkung zu VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208, GesRZ 2010, 294.

Stöger, Anmerkung zu VwGH 9.9.2013, 2009/17/0079, ÖBA 2014, 131.

Wallisch, Der Anleger und sein Profil, wbl 2011, 577.

Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1951).

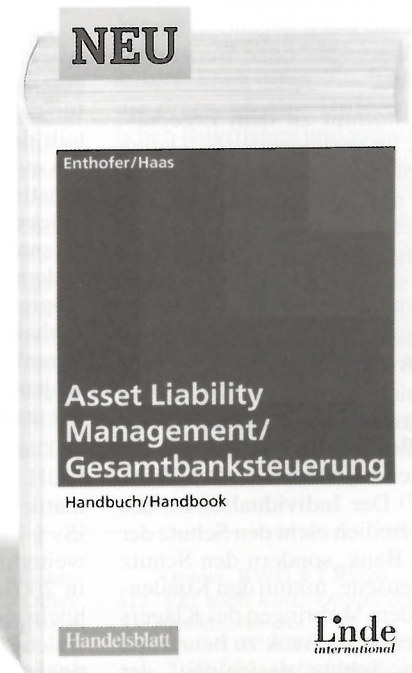
Alle ALM-Aktivitäten in einem Band


Asset Liability Management/ Gesamtbanksteuerung

Enthofer/Haas
2016, ca. 1.300 Seiten, geb.
ISBN 978-3-7143-0262-2
EUR 178,-
Erscheint im Dezember 2015

AUCH
online
www.lindeonline.at

Inkl. **Basel III**
und **EU-
Richtlinien**



AUCH ALS  E-BOOK ERHÄLTlich

Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.

www.lindeverlag.at

Linde
international