

Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern

PETER KNOBL / KATHARINA GRAFENHOFER

In jüngster Zeit versuchen immer mehr Anleger, die sich mangelhaft beraten fühlen, ihre verlorenen Investitionen nicht (nur) vom jeweiligen Anlageberater oder -vermittler zurückzuerlangen, sondern auch die mit der Abwicklung der Kauf- und Depotöffnungsanträge in ihrer Funktion als depotführende Institutionen betrauten Banken zu belangen. Dieser Beitrag untersucht die Rechte, Pflichten und möglichen Haftungsgrundlagen der beteiligten Rechtsträger aus wertpapieraufsichtsrechtlicher Sicht sowohl nach dem WAG 2007 als auch nach der davor maßgeblichen Rechtslage. Weiters sollen auch mögliche zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen einer Haftung für allfälliges Fehlverhalten im Rahmen einer Anlageberatung, Anlagevermittlung und Abwicklung von Effektengeschäften angeschnitten werden. Schließlich nimmt der Beitrag zum Thema „Ausstrahlungswirkung“ oder „Doppelnatur“ der Wohlverhaltenspflichten nach dem WAG 2007 Stellung.

I. Einführung

Eine neue Tendenz zeichnet sich in der aktuell von Anlegern gegen Emittenten, Banken und externe Anlageberater (Wertpapierdienstleistungsunternehmen bzw. Wertpapierfirmen) ausgelösten Prozessflut ab, die es näher zu untersuchen gilt: Mit der Begründung, nicht ausreichend über die mit ihrer Investition verbundenen Risiken informiert worden zu sein, fordern Anleger auf Basis verschiedener Haftungsgrundlagen ihr investiertes Kapital zurück. Dabei gehen sie nicht (nur) gegen die Anlageberater, sondern auch gegen die orderausführenden Banken, mit denen die Kunden meist nie in persönlichen Kontakt getreten sind, vor, sodass nach der Intention der Anleger nicht (nur) die Berater, sondern auch das depotführende bzw. das (bloß) die Aufträge ausführende Kreditinstitut für die behauptete mangelhafte Beratung durch die Wertpapierfirma einstehen sollen.

Die Konstruktion der rechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten gestaltet sich in der Praxis häufig wie folgt: Aufgrund von Kooperations- bzw. Vertriebspartnerverträgen zwischen einer Bank und Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder Wertpapierfirmen, welche im Wesentlichen beinhalten, dass diese Akteure von der Bank Informationsmaterial zu bestimmten Finanzinstrumenten erhalten und in eigener Verantwortung Anlageberatung zu diesem Produkt leisten sollen, werden diesen von der Bank dann auch tatsächlich Informationsmaterial, Depotöffnungsanträge und Zeichnungformulare zu bestimmten Finanzinstrumenten zur Verfügung gestellt. Die Wertpapierfirmen leisten dann in eigener Verantwortung Anlageberatungsdienste zu den Produkten.

Die Wertpapierfirmen übermitteln anschließend die ausgefüllten und von den Kunden unterfertigten Depotöffnungs- bzw. Kaufanträge an die Bank, welche dann die erforderlichen Depot- bzw. Kontoeröffnungen vornimmt und die Kaufaufträge durchführt. Der Kunde erhält eine Bestätigung über die Depotöffnung bzw. eine Abrechnungsbestätigung.

In der Bank gibt es keinen Kundenbetreuer für diese bestimmten – von den Vertriebspartnern zugeführten – Kunden; darüber hinaus enthalten die für die Zwecke der Depotöffnung bzw. des Erwerbs von Wertpapieren verwendeten Formulare – die von den Kunden auch unterfertigt werden – oftmals Hinweise, welche die „Arbeitsteilung“ zwischen Bank und Wertpapierdienstleister betreffen: Die Bank versteht sich demgemäß nicht als Anlageberaterin des Kunden, sondern reduziert ihre Funktion auf die eines bloß depotführenden Kreditinstituts; mitunter wird in derartigen Formularen auch plakativ davon gesprochen, dass die Bank iS. reiner Ausführungsgeschäfte auf *Execution-only*-Basis tätig wird. Typisch ist, dass die Bank den Vertriebspartnern keinen Auftrag erteilt, Vermittlungstätigkeiten zu entfalten, nachdem es ohnehin im Eigeninteresse der Vertriebspartner – die idR eine Vielzahl von Finanzinstrumenten auch sonstiger Anbieter vermitteln – liegt, von sich aus tätig zu werden. Dabei spielt die von den Wertpapierdienstleistern verrechnete Provision eine Rolle, für welche verschiedene Gestaltungsvarianten denkbar sind. IS einer Offenlegung gegenüber dem Kunden werden derartige Provisionen bzw. Ausgabeaufschläge nach neuerer Praxis oftmals konkret ausgewiesen und fließen gänzlich oder teilweise dem Wertpapierdienstleister zu (technisch derart gelöst, dass der Kunde diese Provisions- bzw. Kostenanteile gemeinsam mit dem Abrechnungsbetrag auf seinem Verrechnungskonto bei der Bank einbezahlt, welche dann eine Refundierung an den Wertpapierdienstleister vornimmt).

Die zentralen hier zu erörternden Rechtsfragen lauten:

- Sind die Vertriebspartner in dieser Konstellation den Kunden zu umfassender Information bzw. anleger- und anlegergerechter Beratung verpflichtet oder trifft diese Verpflichtung (auch) die orderausführende und depotführende Bank? Sind allfällige Defizite in der Beratung bzw. Informationserteilung durch die Vertriebspartner der Bank zurechenbar?
- Sofern Werbefolder zu einzelnen Finanzinstrumenten, die die Vertriebspartner von der Bank erhalten, tatsächlich

Dr. Peter Knobl ist Rechtsanwalt in Wien. Mag. Katharina Grafenhofer ist Rechtsanwältin in Wien.

von der Bank (und nicht von einem dritten Emittenten) stammen: Sind die Vertriebspartner verpflichtet, im Rahmen ihrer Informations- bzw. Beratungstätigkeit auch in Prospekten gem. KMG Einblick zu nehmen und diese für Zwecke der Einzelberatung oder Aufklärung auszuwerten?

Zu berücksichtigen ist dabei, dass Rechtsbeziehungen faktisch häufig bereits vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 am 1.11.2007 begründet worden waren, sodass hier das Vorliegen möglicher Haftungstatbestände nicht nur nach der derzeit geltenden Rechtslage, sondern auch nach den Bestimmungen des WAG i d F BGBl 1996/753 (in der Folge: „WAG aF“) zu untersuchen ist. Hinsichtlich der behandelten Sachverhalte sollen nur Fälle der Personenverdoppelung auf Seiten der Wertpapierfirmen (Einschaltung mehrerer Wertpapierfirmen bzw. Boten), nicht aber der Personenverdoppelung auf Seiten des Kunden (Boten und Stellvertreter des Kunden, die keine Wertpapierfirmen sind) betrachtet werden. Weiters ist zwischen Anlageberatungs-, Vermittlungs- und *Execution-only*-Sachverhalten zu differenzieren. Schließlich soll der Bogen möglicher Anspruchsgrundlagen neben wertpapieraufsichtsrechtlichen Normen auch allgemein-zivilrechtliche Normen umfassen und danach das Resultat der Anwendung beider Normenkomplexe ermittelt werden.

II. Verhältnis der Wohlverhaltenspflichten des WAG 2007 zu vor- und nebenvertraglichen Pflichten aus Effektesgeschäften

Unter dem WAG 2007 ist es nun auch in Österreich strittig, ob die inhaltlich sehr umfangreichen Wohlverhaltenspflichten (§§ 38 bis 57 WAG 2007 samt den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen der FMA) insgesamt neben dem öffentlich-rechtlichen Charakter auch einen privatrechtlichen Charakter (These von der Doppelnatur) aufweisen oder ihnen bloß öffentlich-rechtlicher Charakter mit potenzieller Bedeutung für die Auslegung der zivilrechtlichen Pflichten (Ausstrahlungswirkung) zukommt.¹ Dabei wird jedoch von manchen Diskussionsteilnehmern die exakte Bedeutung der Thesen von der „Doppelnatur“ sowie von der „Ausstrahlungswirkung“ missverstanden.² Richtig verstanden bedeutet die These von der „Doppelnatur“ (von manchen auch als „einspurige Variante“ bezeichnet) der Wohlverhaltenspflichten (§§ 38 bis 57) nach dem WAG 2007, dass jeder einzelnen dort enthaltenen Vorschrift *per se* und ohne Nachprüfungsmöglichkeit für die österreichischen Gerichte der Charakter einer Privatrechtsnorm und deshalb ein unmittelbar auf das Schuldverhältnis einwirkender Effekt zukommt. Wie bereits an anderer Stelle ausführlich nachgewiesen,³ ist diese Rechtsauffassung unter dem WAG 2007 wenig plausibel, weil die Vor-

schriften der §§ 38 bis 57 WAG 2007 aufgrund ihrer europarechtlichen Herkunft eine viel zu punktuelle und mosaikartige Regelungsstruktur⁴ aufweisen, um eine umfassende *Ex-post*-Interessenabwägung im Einzelsachverhalt leisten zu können. Und natürlich ist der Wegfall des § 15 WAG aF ein Argument dafür, dass den §§ 38 bis 57 WAG 2007 ein den Inhalt und die Reichweite der (vor)vertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten bloß potenziell regelnder Charakter zukommt.⁵ Das hat mit der Frage des Schutzgesetzcharakters dieser Normen nur insoweit zu tun, als damit die primär (vor)vertragliche Wirkung dieser Normen und damit der Vorrang der Vertragshaftung festgelegt ist. Wenn Graf daher den „Doppelcharakter“ der WAG-2007-Wohlverhaltenspflichten bejahen will, bejaht er damit einen Automatismus des Inhalts, dass die im WAG 2007 verankerten Wohlverhaltenspflichten jedenfalls auf Inhalt und/oder Umfang der (vor)vertraglichen Schutz- und Aufklärungspflichten bei Geschäften über Finanzinstrumente durchschlagen.⁶ Diese Ansicht ist jedoch deswegen wenig plausibel, weil die primär öffentlich-rechtlich zuzuordnenden Wohlverhaltenspflichten eine *Ex-ante*-Anlegerschutzzielrichtung aufweisen, die einer *Ex-post*-Einzelfallgerechtigkeitsanforderung kaum standhalten können.⁷ Hingegen führt die These von der „Ausstrahlungswirkung“ der Wohlverhaltenspflichten des WAG 2007 auf das Zivilrecht – richtig verstanden⁸ – zu einer wichtigen, den Zivilgerichten auferlegten Vorprüfung wie folgt: Jede einzelne in den §§ 38 bis 57 WAG 2007 enthaltene Vorschrift ist daraufhin zu überprüfen, ob ihr eine unmittelbare Eignung zur Determinierung des Inhalts des (vor)vertraglichen Verhältnisses zwischen Anleger und Rechtsträger zukommt. Derartige Eignung kommt bspw. den Bestimmungen der §§ 44 und 45 WAG 2007 über die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung bei bestimmten Wertpapierdienstleistungen zu; eine derartige Eignung kommt jedoch bspw. der Vorschrift des § 50 Abs 4 WAG 2007 oder der abstrakten Kundenkategorisierung ohne Rücksicht auf tatsächliche konkrete Kenntnisse eines bestimmten Kunden nicht zu, weil sie von entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten zu stark abweicht. Erst wenn diese Vorprüfung geleistet ist, können geeignete Einzelregelungen der Wohlverhaltenspflichten auf das Vertragsverhältnis unmittelbar durchschlagen.⁹ Weiters bedeutet die Ausstrah-

⁴ Knobl/Janovsky, ZFR 2008, 70.

⁵ Vgl. BGH 19.12.2006, XI ZR 56/05, ZBB 2007, 193 (195); die Bedeutung des § 15 WAG aF war entgegen Koch (ÖBA 2008, 175) nicht auf die Festlegung des Schutzgesetzcharakters der §§ 13 und 14 WAG aF beschränkt, sondern sollte den Umfang der quasisvertraglichen Haftung des Rechtsträgers gem. § 11 WAG aF und das Entstehenmüssen auch für leicht fahrlässiges Handeln festschreiben (so jedenfalls der OGH 30.5.2006, 3 Ob 289/05d: „§ 15 WAG ist nichts anderes als eine Konkretisierung vor- und auch nebenvertraglicher Verpflichtungen.“).

⁶ Graf, ZFR 2009, 82 ff.

⁷ Vgl. dazu statt aller Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung (2005) 749; Fuchs in Fuchs, WpHG (2009) Vor §§ 31 bis 37a Rz 59. Wer eine „(erweitert) einspurige Variante“ (damit soll eine Doppelnatur aller WAG-Wohlverhaltenspflichten dergestalt bezeichnet werden, dass die vertraglichen Pflichten anhand der §§ 38 ff WAG 2007 unter besonderer Heranziehung der Generalnorm des § 40 Abs 1 WAG 2007 determiniert werden) für das Verhältnis von Zivilrecht und WAG-Wohlverhaltensregeln akzeptiert, blendet die von Zivilgerichten zu leistende Vorprüfung im Hinblick auf jede einzelne WAG-Wohlverhaltensregel aus. Eine solche Vorgangsweise erscheint zu undifferenziert, um dem Inhalt der umfassenden neuen Wohlverhaltensregeln Rechnung tragen zu können. Insb. sind die Generalnormen des WAG 2007 (§§ 38, 40) zu wenig differenziert, um im Einzelfall alle Parteiinteressen eines spezifischen Vertrages mit *Ex-post*-Entscheidungsgerechtigkeit ausreichend berücksichtigen zu können.

⁸ Vgl. Köller in Assmann/Schneider, WpHG⁵ (2009) Vor § 31 Rz 3 ff; Fuchs in Fuchs, WpHG, Vor §§ 31 bis 37a Rz 60 ff; aA Möllers in Hirte/Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG (2007) § 31 Rz 7.

⁹ Dies findet bei Graf (ZFR 2009, 82) zu wenig Berücksichtigung; Brandl/Klausberger (ZFR 2009, 131) scheinen wiederum den Inhalt der von ihnen aus Deutschland

¹ Vgl. bspw. Graf, Anlageberaterhaftung – quo vadis? Kann die Rechtsprechung des OGH zur Beraterhaftung auch im Anwendungsbereich des WAG 2007 aufrechterhalten werden? ZFR 2009, 82; dagegen Brandl/Klausberger, „Ausstrahlungstheorie“ – Zum Verhältnis zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht nach MiFID und WAG, ZFR 2009, 131; davor bereits Knobl/Janovsky, ZFR 2008, 70.

² Graf, ZFR 2009, 82, der die These der „Ausstrahlungswirkung“ nicht in der allgemein gebräuchlichen Variante verwendet; Koch, Von Rücktritten und Retrozessionen, ÖBA 2008, 475, der den Wegfall des § 15 WAG aF nicht als Argument für die Ausstrahlungstheorie akzeptieren will; Brandl/Klausberger, ZFR 2009, 131, die die Ausstrahlungstheorie verkürzt wiedergeben.

³ Knobl/Janovsky, ZFR 2008, 70.

lungstheorie, dass die Zivilgerichte bspw den Umfang allfälliger vertraglicher Beratungspflichten über die MiFID-Standards hinausgehend fortbilden können und bei der Beurteilung zivilrechtlicher Fragen im Einzelfall nicht an öffentlich-rechtliche Mindest- oder Maximalstandards gebunden sind.¹⁰ Die „Ausstrahlungswirkung“ bedeutet daher nicht, dass die Wohlverhaltensregeln als Schutzgesetze zu qualifizieren sind und eine Schiene deliktischer Haftung eröffnen,¹¹ sondern dass die Vorschriften der §§ 38 bis 57 WAG 2007 idR einen über die (potenzielle) Regelung von Aufklärungs-, Rechenschafts- und Berichtspflichten aus Vertrag oder sonstiger rechtlicher Sonderbeziehung hinausgehenden Schutzzweck nicht enthalten.¹² Davon, dass die Ausstrahlungstheorie gezwungen sei, einen Umweg über Schutzgesetze oder die deliktische Haftung zu gehen,¹³ kann keine Rede sein: Bei ausreichender Eignung einer WAG-Einzelbestimmung legt diese Theorie die vor- oder nebenvertraglichen Schutzpflichten eben entsprechend weit aus.

Die besseren Gründe sprechen dafür, den Wohlverhaltenspflichten des WAG 2007 eine „Ausstrahlungswirkung“ zuzuschreiben.¹⁴

Dass den Wohlverhaltenspflichten nach WAG 2007 kein abschließender Regelungscharakter im Hinblick auf vorvertragliche oder vertragliche Pflichten aus Schuldverhältnissen zukommt und dass der MiFID und ihrer Durchführungsrichtlinie kein maximal harmonisierender Charakter im österreichischen Zivilrecht zukommt, wurde bereits an anderer Stelle nachgewiesen.¹⁵

Im folgenden Abschnitt III. werden daher die wertpapieraufsichts- und zivilrechtlichen Pflichten aus den entsprechenden Sachverhaltskonstellationen getrennt dargestellt, wenn auch anschließend zu einer Gesamtschau verdichtet.

III. Haftung für fehlende bzw fehlerhafte Aufklärung oder Anlageberatung

1. Überblick

In den letzten Jahren wurden immer wieder Entscheidungen des OGH zu verschiedenen Fragen der Haftung des Vermittlers oder des Anlageberaters für Fehler in der erbrachten Aufklärungs- oder Beratungstätigkeit gefällt.¹⁶ In vielen dieser noch nach dem WAG aF beurteilten Fälle war eine Bank beklagte Partei, und zwar nahezu ausnahmslos deshalb, weil die beanstandete Aufklärung von (Mitarbeitern) der Bank vorgenommen wurde. Allerdings beschäftigte sich der OGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2005,¹⁷ denen ein grundsätzlich ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag (in beiden Fällen waren jeweils dieselbe Bank und derselbe externe Vermittler tä-

tig; dazu siehe ausführlich unten Pkt III.5.4.2.4.), mit der Frage der Haftung einer Bank für die mangelhafte Aufklärung eines externen Vermittlers nach den Bestimmungen des WAG aF. Im Folgenden werden daher zunächst die wertpapieraufsichtsrechtlichen Regelungen, die auf die Rechtsverhältnisse der beteiligten Parteien einwirken, dargestellt.

2. Regelungsbestand des WAG 2007

Mit dem am 1.11.2007 in Kraft getretenen WAG 2007 wurden die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente 2004/39/EG, ABl L 145 vom 30.4.2004, S 1 („MiFID“), sowie die dazu ergangene Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG, ABl L 241 vom 2.9.2006, S 26, umgesetzt. Ziel der Richtlinie war sowohl ein erweiterter Anlegerschutz, etwa durch das nunmehr EU-weit normierte Erfordernis einer Zulassung für die Ausübung von Anlageberatungstätigkeiten, als auch ein reibungsloses Funktionieren der Wertpapiermärkte.

Wertpapierdienstleistungsunternehmen waren schon nach der Rechtslage vor dem WAG 2007 bei der Ausübung ihrer Tätigkeit zur Einhaltung bestimmter Verhaltensnormen verpflichtet. In den §§ 11 ff WAG aF waren die sog Wohlverhaltenspflichten festgeschrieben, wobei insb § 13 WAG aF Nachforschungs- und Informationspflichten betreffend die Phase (vor) der Erteilung und Entgegennahme der Wertpapierkauf- und Verkaufsaufträge statuierte.¹⁸

Nach den entsprechenden Bestimmungen des WAG 2007 sind Kunden nunmehr zwingend in abstrakt fixierte Kategorien einzustufen, welche Umfang und Ausmaß der Wohlverhaltenspflichten determinieren. Für professionelle Kunden gelten die Wohlverhaltenspflichten bei Geschäften in Finanzinstrumenten nur in reduziertem Maß, während sie für Privatkunden grundsätzlich uneingeschränkt gelten.

2.1. Begriffliche Grundlagen des WAG 2007

Gem § 1 Z 2 WAG 2007 sind Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten ua die Annahme und Übermittlung von Aufträgen (sofern diese Tätigkeiten ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben), die Ausführung von Aufträgen für Rechnung des Kunden (ie die Tätigkeit zum Abschluss von Vereinbarungen, Finanzinstrumente auf Rechnung von Kunden zu kaufen oder zu verkaufen), die Portfolioverwaltung, die Anlageberatung (ie die Abgabe persönlicher Empfehlungen über Geschäfte mit Finanzinstrumenten an einen Kunden), die Übernahme der Emission von Finanzinstrumenten und die Platzierung von Finanzinstrumenten mit oder ohne feste Übernahmeverpflichtung.

Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten können von „Rechtsträgern“, das sind gem § 15 WAG 2007 ua Kreditinstitute, Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit Sitz und Hauptverwaltung in Österreich, erbracht werden.

Eine Wertpapierfirma ist gem § 3 WAG 2007 eine juristische Person, die ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in Österreich hat und nach den Bestimmungen des WAG 2007 berechtigt ist, eine der konzessionspflichtigen Tätigkeiten der Anlageberatung, der Portfolioverwaltung, des Betriebs eines

übernommenen „Ausstrahlungstheorie“ nicht so zu verstehen, wie es in Deutschland vertreten wird; zutreffend hingegen *Fuchs in Fuchs*, WpHG, Vor §§ 31 bis 37a Rz 59.

¹⁰ *Fuchs in Fuchs*, WpHG, Vor §§ 31 bis 37a Rz 59; in der Sache ebenso *Veil*, Vermögensverwaltung und Anlageberatung im neuen Wertpapierhandelsrecht – eine behutsame Reform der Wohlverhaltensregeln? ZBB 2008, 34 (42).

¹¹ Dafür *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG (2008) § 38 Rz 24.

¹² BGH 19.12.2006, XI ZR 56/05.

¹³ So aber *Graf*, ZFR 2009, 82.

¹⁴ Siehe bereits *Knobl/Janovsky*, ZFR 2008, 70; die Vertreter der Doppelnatur scheinen sich mit der sog „erweitert einspurigen Variante“ für das Verhältnis von Zivilrecht und WAG-Wohlverhaltensregeln diesem Standpunkt anzunähern, ohne ihn ganz zu erreichen.

¹⁵ *Knobl/Janovsky*, ZFR 2008, 70.

¹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0119752; RS0119753.

¹⁷ OGH 22.2.2005, 1 Ob 231/04h; 4.11.2005, 5 Ob 106/05g.

¹⁸ *Knobl in Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG (1998) § 13 Rz 3.

