

## Externe Anlageberater/-vermittler als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfen der ausführenden Bank?

Die Tätigkeit selbstständiger Anlageberater und -vermittler erschöpft sich zwangsläufig in der Erbringung von Nebenleistungen, weil ihnen zur Depotführung und daher auch zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren für ihre Kunden die erforderlichen Konzessionen fehlen. Sie bedürfen somit der Mitwirkung von Banken, die sich im Zuge dessen zur Ausführung der entsprechenden Order und der Depotführung gegenüber dem Kunden verpflichten. Wurde der Anleger jedoch vom selbstständigen Berater unzureichend oder fehlerhaft beraten, wirft diese arbeitsteilige Vertriebsorganisation die praktisch überaus bedeutsame Frage auf, ob dessen Verhalten der ausführenden Bank irrtums- und schadenersatzrechtlich zurechenbar ist.

### 1. Problemaufriss

Die folgende, geradezu typische Konstellation des arbeitsteiligen Vertriebs von Anlageprodukten über selbstständige Wertpapierdienstleistungsunternehmen (= „WPDU“) soll den nachstehenden Überlegungen zugrunde gelegt werden: Nach Erstellung des erforderlichen Anlegerprofils und entsprechender Beratung durch das WPDU – es entsteht nach stRsp idR ein konkludent abgeschlossener Beratungs- bzw. Auskunftsvertrag (RIS-Justiz RS0014562, RS0108073) – wird dem Anleger ein bestimmtes Anlageprodukt empfohlen, zu dessen Erwerb und depotmäßiger Verwahrung die Mitwirkung einer Bank erforderlich ist. Denn selbstständige Berater/Vermittler verfügen nicht über die erforderliche Konzession hierzu. Ist der Kunde einverstanden, hält das WPDU schon die entsprechenden Formulare (Depoteröffnungsantrag) bereit und übermittelt diese an die betroffene Bank, welche daraufhin die Order als Vertragspartner des Kunden ausführt.

Obwohl die Zurechnung von selbstständigen Beratern zur ausführenden Bank kürzlich in mehreren E angesprochen wurde (7 Ob 107/11b = RdW 2012/219, 215; 4 Ob 20/11m = ÖBA 2012/1769, 57 [Schopper]; 1 Ob 132/11k = ZFR 2012/11, 29), musste der OGH mangels Präjudizialität nicht explizit Stellung beziehen. In zwei nicht lange zurückliegenden E wurde allerdings eine weite irrtumsrechtliche Zurechnung bei vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen bejaht (6 Ob 24/10p = JBl 2010, 442; 3 Ob 283/06y = Zak 2007/240, 137); dem steht eine viel restriktivere E entgegen, in der die Zurechnung von der bewussten Instrumentalisierung des vorgeschalteten WPDU abhängig gemacht wurde (3 Ob 75/06k = GesRZ 2006, 332). Das OLG Wien hat eine Zurechnung bereits mehrmals verneint (5 R 262/10a; 5 R 295/11f; 15 R 155/10i; 15 R 153/10w), in einer E allerdings auch bejaht (4 R 276/10b = VRInfo 2011 H 3, 2). Gänzlich kontrovers sind die Ansichten im Schrifttum (Zurechnung idR bejahend *Vonkilch*, RdW 2010, 325 f; *Riedler*, ÖJZ 2010, 849; *Graf* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 38 Rz 134; *Graf*, ÖBA 2012, 237 ff; dagegen *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 41 ff; *Baum*, ÖBA 2010, 285, 288; *Krejci*, ÖJZ 2010/10, 63; *Schopper*,

ÖBA 2012, 57, 61, 62 [Anm]; *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 358 ff). Die gegebene Rechtsunsicherheit ist angesichts der großen praktischen Auswirkungen besonders belastend.

### 2. Keine Zurechnung mangels eigenständiger Aufklärungspflicht der Bank?

Nach hL (*Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 38 f; *Baum*, ÖBA 2010, 284 f; *Möllers* in *KölnKommWpHG* § 31 Rz 87 f zu Erkundigungspflichten; aA *Graf*, ÖBA 2012, 229, 232) und Rsp (RIS-Justiz RS0029601 [T24], 4 Ob 50/11y = ÖBA 2011, 898; 10 Ob 69/11m = RdW 2012/494, 470; ebenso BGH XI ZR 192/00 = NJW 2002, 62, 64) zur Rechtslage vor dem WAG 2007 reduzieren sich bei der gestaffelten Einschaltung mehrerer WPDU die Erkundigungs- und Aufklärungspflichten einer depotführenden Bank hinsichtlich der Eignung der empfohlenen Produkte für den Anleger, wenn und weil der Kunde bereits zuvor von einem konzessionierten WPDU aufgeklärt wurde. Nur wenn sich für das kundenfernere WPDU konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte oder unzureichende Information des Kunden ergeben oder es dies sogar positiv weiß, muss es den Kunden darüber aufklären (RIS-Justiz RS0029601 [T24]; *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 38 f; *Kreisl* in *Brandl/Saria*, WAG<sup>2</sup> § 27 Rz 3 uam). Denn mangels (erkennbarer) Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden ist ansonsten eine Aufklärung durch den kundenferneren Rechtsträger nicht zu erwarten. Auch die damit verbundene Pflichtenverdoppelung wäre unzweckmäßig und für Anleger und WPDU mit Nachteilen verbunden (dazu *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 39; *Baum*, ÖBA 2010, 284 f; *Schopper*, ÖBA 2012, 57, 61, 62 [Anm]). Daran hat sich mE auch nach Umsetzung der MiFID (RL 2004/39/EG) nichts geändert (*Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 364; *Baum*, ÖBA 2010, 282; *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG<sup>5</sup> § 31e Rz 3). Ganz im Gegenteil findet sich in Art 20 MiFID, umgesetzt in § 27 WAG, eine zusätzliche Stütze für die Abgrenzung der Pflichten nacheinander tätig werdender WPDU.

Der maßgebliche Wertungsgesichtspunkt für die irrtums- und schadenersatzrechtliche Zurechnung des

Der Autor:

**Univ.-Ass. MMag.  
Dr. Martin Trenker**

ist Mitarbeiter am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck und Autor zahlreicher Publikationen zum Zivil-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

**Kontakt:**

[martin.trenker@uibk.ac.at](mailto:martin.trenker@uibk.ac.at)



Foto privat

Verhaltens fremder Personen lässt sich mE in beiden Fällen auf folgenden gemeinsamen Nenner bringen: Derjenige, der sich einer arbeitsteiligen Organisation bedient und von den damit verbundenen Vorteilen profitiert, muss auch die damit verbundenen Nachteile tragen. Anders gewendet darf der Verkehr nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass eine Person die Erfüllung ihrer Pflichten bzw die Vertragsverhandlungen auf andere Personen auslagert (4 Ob 251/06z = JBl 2007, 588 = Zak 2007/241, 137; *Koziol*, Grundfragen Rz 6/105; *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts 207 f; *Iro*, JBl 1982, 511 f; zust *Vonkilch*, RdW 2010, 326). Treffen die depotführende Bank aber vorbehaltlich konkreter Anhaltspunkte für eine Fehlberatung grundsätzlich keine vorvertraglichen Aufklärungspflichten, welche der unabhängige Finanzberater für die Bank „erfüllen“ könnte, ist es naheliegend, wie von mehreren Autoren vertreten (*Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 361; *Baum*, ÖBA 2010, 285, 288; *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 41 f) zumindest eine schadenersatzrechtliche Zurechnung auszuschließen; irrtumsrechtlich wäre dies mE bereits insofern problematisch, als dabei nicht die Auslagerung von Pflichten, sondern der *Verhandlungsführung* maßgeblich ist (im Ergebnis aA *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 361).

ME hat jedoch in vorliegender Konstellation auch im Kontext von § 1313a ABGB anderes zu gelten: Der Grund für die mangelnde Aufklärungspflicht der Bank besteht nämlich nicht darin, dass derartige vorvertragliche Pflichten für die Bank von vornherein nicht bestünden, sondern dass diese bereits vom vorgeschalteten WPDU erledigt bzw erfüllt wurden. Zumindest im Ergebnis hat der kundennähere Berater/Vermittler die Bank daher von weitergehenden Aufklärungspflichten befreit, was wertungsmäßig mE sehr stark vergleichbar mit der Erfüllung einer die Bank treffenden Pflicht ist.

Ein unbedingter Ausschluss der Zurechenbarkeit würde auch zu unbilligen Ergebnissen führen, was anhand eines einfachen Beispiels zu illustrieren ist: Eine Bank engagiert ein selbstständiges konzessioniertes WPDU gerade zu dem Zweck, um ihre

Aufklärungspflichten iZm Wertpapierverkäufen auszulagern. Auch in diesem Fall treffen die Bank nach der oben vertretenen Auffassung nur eingeschränkte Beratungspflichten, weil diese bereits durch das kundennähere WPDU erledigt wurden. ME sollte aber kein Zweifel bestehen, dass das WPDU in dieser Konstellation dennoch als Erfüllungsgehilfe der Bank anzusehen ist. IdS ist entsprechend der E 3 Ob 75/06k eine Zurechnung jedenfalls zu bejahen, wenn das WPDU von der ausführenden Bank bewusst als Werkzeug dafür eingesetzt wurde, um sich ihrer vorvertraglichen Informationspflichten zu entziehen (ebenso OLG Wien 15 R 155/10i; 15 R 153/10w).

Die Frage nach der irrtums- und schadenersatzrechtlichen Zurechnung des Verhaltens des kundennäheren zum kundenferneren Rechtsträger ist somit streng von jener zu trennen, ob und inwieweit sich die eigenständigen Aufklärungspflichten des kundenferneren WPDU wegen der vorherigen Beratung durch den vorgeschalteten Rechtsträger reduzieren (insofern zur *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 267 f; *Vonkilch*, RdW 2010, 325). Ein gänzlicher Ausschluss der Zurechnung ist daher nicht überzeugend. Ebenso wenig ist umgekehrt eine Zurechnung stets geboten, wenn und weil das vorgeschaltete WPDU die depotführende Bank im Ergebnis von ihren Aufklärungspflichten befreit. Die Beantwortung der Frage hängt mE vielmehr von der wertenden Beurteilung ab, ob und unter welchen Voraussetzungen der selbstständige Finanzdienstleister im konkreten Fall eher im Interesse des Anlegers oder der ausführenden Bank handelt.

### 3. Zurechnung als Wertungsfrage

Beim zugrunde liegenden Sachverhalt ist zunächst wesentlich, dass der Kontakt zwischen dem Anleger und dem selbstständigen Finanzberater unabhängig von der depotführenden Bank zustande kommt. Im Schadenersatzrecht ist zwar anerkannt, dass auch selbstständige Unternehmer Erfüllungsgehilfen sein können (RIS-Justiz RS0028563, zB 10 Ob 119/07h = Zak 2008/314, 178; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 9 uam) und diese entgegen älterer Rsp (RIS-Justiz RS0028447, zB 5 Ob 521/91 = SZ 64/76) auch nicht weisungsgebunden sein müssen (RS0121747, 4 Ob 251/06z = Zak 2007/241, 137 = JBl 2007, 588; ebenso 1 Ob 269/99m = JBl 2001, 58; 1 Ob 265/03g = ZRInfo 2004/174 = JBl 2004, 648 [*Lukas*]). Als Mindestzurechnungskriterium fordert die hM jedoch in Anschluss an *F. Bydliński* (JBl 1995, 566) eine „Veranlassung“ des Verhaltens des Gehilfen durch den vermeintlichen Geschäftsherrn (RIS-Justiz RS0121745, zB 1 Ob 265/03g = ZRInfo 2004/174 = JBl 2004, 648 [*Lukas*]; 7 Ob 250/10f = Zak 2011/591, 318; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 1313a Rz 30). Auch im Irrtumsrecht muss sich der Geschäftsherr eines Verhandlungsgehilfen bedienen, er muss diesen also „beauftragt“ (*Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 875 Rz 10; *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 875 Rz 2) bzw zum „Mann

seines Vertrauens“ (RIS-Justiz RS0016200, zB 5 Ob 243/75 = EvBl 1976/193, 98) gemacht haben. Da die Bank erst *nach* dem Beratungsgespräch zwischen Anleger und Finanzberater Kenntnis vom Interesse des Anlegers erlangt, ist aber zweifelhaft, ob eine „Veranlassung“ oder „Beauftragung“ des vorgeschalteten WPDU überhaupt denkbar ist (aus diesem Grund die Zurechnung verneinend OLG Wien 5 R 262/10a; 5 R 295/11f).

Allerdings ist zu bedenken, dass die depotführende Bank Vertriebsverträge mit den jeweiligen unabhängigen Vermögensberatern unterhält und diesen Depotöffnungsanträge und/oder Werbebroschüren hinsichtlich der von ihr vertriebenen Produkte überlässt. Denn nach stRsp wird der Anbieter einer drittfinanzierten Anlage der finanzierenden Bank als Verhandlungshelfer zugerechnet, wenn sie diesen mit den entsprechenden Formularen ausstattet (RIS-Justiz RS0014806, zB 7 Ob 639/85 = SZ 58/183; 1 Ob 540/95 = SZ 68/77; vgl auch 6 Ob 109/09m = Zak 2009/543, 334 = ecolex 2009/303, 764). Aufbauend auf dieser Judikatur hat der OGH das Kriterium der Verwendung der Formulare einer Bank schrittweise zunächst für die Vermittlung einer drittfinanzierten Vermögensanlage durch einen Berater (4 Ob 586/95 = ecolex 1996, 252 [Graf]) und schließlich – wie auch der BGH (XI ZR 318/95 = NJW-RR 1997, 116) – in zwei Fällen der Anlageberatung für ausschlaggebend erachtet (6 Ob 24/10p = JBl 2010, 442; 3 Ob 283/06y = Zak 2007/240, 137; auf diese Judikatur stützen sich Graf, ÖBA 2012, 237; Vonkilch, RdW 2010, 326; Riedler, ÖJZ 2010, 849).

Wenngleich daher im weitesten Sinn von einer „Veranlassung“ bzw. „Beauftragung“ des WPDU gesprochen werden kann, indem die Bank den Berater bereits im Vorhinein mit den erforderlichen Unterlagen versorgt, hält eine Zurechnung allein aus diesem Umstand mE einer wertenden Betrachtung nicht stand. Ein selbstständiges konzessioniertes WPDU handelt nämlich trotz Besitzes der Depotöffnungsantragsformulare der Bank nicht in deren Interesse, sondern im besten Interesse des Kunden, zumal es dazu nicht zuletzt gem § 38 WAG verpflichtet ist (Knobl/Grafenhofer, GesRZ 2010, 41; Baum, ÖBA 2010, 283). Idealtypischerweise empfiehlt der Berater dem Kunden ein Anlageprodukt in dessen bestem Interesse und vermittelt diesen daraufhin an jenen Rechtsträger, der dieses zu den bestmöglichen Konditionen (für den Kunden) vertriebt. Das Verhalten des Beraters dient zwar auch dessen Vertriebspartnern, indem einer von ihnen zwangsläufig den Kundenauftrag erhalten wird. Dies rührt aber iaR nicht daraus, dass der Berater die Interessen der Bank verfolgt, sondern dass er keine Konzession zur Depotführung hat und daher andernfalls den Kunden nicht bis zum Abschluss des Kaufes betreuen könnte. Er ist auf die Bank angewiesen, weshalb es vielleicht naheliegend wäre, die Bank bei der Ausführung dem Berater zuzurechnen (Baum, ÖBA 2010, 283). Umgekehrt hält eine

Zurechnung mE einer wertenden Betrachtung nicht stand, solange sich der Finanzdienstleister nur vom Wohl des Kunden leiten lässt. Denn diesfalls steht er dessen Sphäre viel näher als jener der Bank.

Sobald dies aber nicht mehr gewährleistet ist, weil der Berater seine faktische Unabhängigkeit eingebüßt hat und daher (auch) im Interesse einer speziellen Bank agiert, ändert sich die Interessenlage entscheidend. Dies hat der Gesetzgeber im Versicherungsrecht erkannt: Nach hA sind einem Versicherer nur dessen ständig betraute Versicherungsagenten, grundsätzlich jedoch nicht unabhängige Versicherungsmakler zuzurechnen (RIS-Justiz RS0114041, zB 7 Ob 176/09x). Denn der Versicherungsagent wird allein aufgrund des Verhältnisses zum Versicherer tätig, während der Makler primär im Auftrag des Kunden und zur Wahrung von dessen Interessen („best advice“) handelt (Karollus/Koziol, ÖBA 2006, 264; RIS-Justiz RS011404). Der Versicherer haftet gem § 43a VersVG jedoch selbst für das Verhalten eines Maklers wie für sein eigenes, wenn das wirtschaftliche Naheverhältnis zum Makler so intensiv ist, dass es zweifelhaft scheint, ob dieser in der Lage ist, überwiegend die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren.

Wegen ähnlicher Vertriebsstrukturen und der vergleichbaren Interessenlage ist die *Wertung von § 43a VersVG* mE auch auf den Vertrieb von Anlageprodukten *übertragbar*. Die Zurechnung hängt daher davon ab, ob der Berater der Bank so „nahe steht, dass er vorwiegend am Verkauf“ ihrer Produkte „interessiert ist“ (7 Ob 319/04v = VersR 2006, 999). Eine bloße Rahmenprovisionsvereinbarung ist dafür nicht ausreichend (RIS-Justiz RS0114041 [T4], zB 7 Ob 319/04v = VersR 2006, 999; Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer, Novellen VersVG § 43 Rz 4). Besonders hohe Prämien volumina, insb auch ungewöhnlich höhere Prämien als für Produkte anderer Banken (OLG Wien 5 R 146/10t), können jedoch zurechnungsbegründend sein (vgl 7 Ob 15/11y = RdW 2011/282, 283: Anteil der vertriebenen Produkte des Versicherers am Gesamtumsatz des Maklers in Höhe von 17 % allerdings nicht ausreichend). Dasselbe gilt selbstverständlich für konzernähnliche Verflechtungen. Starkes Indiz ist auch, wenn der Berater den Großteil seiner Kunden an dieselbe Bank vermittelt hat (Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer, Novellen VersVG § 43a Rz 2; Gruber in Honsell, VersVG § 43 Rz 48) oder überhaupt nur eine Handvoll Vertriebspartner hat. Entsprechend des JAB zur Einführung von § 43a VersVG muss diese wirtschaftliche Nahebeziehung für die Bank erkennbar sein. Dafür ist uU zusätzlich zur Kenntnis der eigenen Geschäftskontakte erforderlich, dass die Bank ungefähre Kenntnis darüber hat, in welchem Umfang der Vermittler auch noch für andere Kreditinstitute tätig wird (JAB 1722 BlgNr 18. GP 6).

Sofern ein Finanzberater/-vermittler über eine Vielzahl von Vertriebspartnern verfügt, von denen er wirtschaftlich unabhängig ist, liegt darin auch regel-

mäßig der Unterschied zur oben erwähnten Drittfinanzierung einer Vermögensanlage, bei der die Verwendung der Formulare der finanzierenden Bank idR ausreichender Anhaltspunkt für die Zurechnung ist. Denn das Unternehmen, welches das Anlageprodukt „emittiert“, wird idR nur mit *einer* finanzierenden Bank zusammenarbeiten (zutr *Knobl/Grafenhofer*, GesRZ 2010, 41). Wenig überzeugend ist dagegen die Ausweitung der genannten Rsp auf Fälle faktisch und rechtlich unabhängiger Anlageberatung, zumal die Verwendung der Formulare der depotführenden Banken diesfalls nur der Vereinfachung dient, aber nicht Ausdruck der Verfolgung der Interessen der Bank ist. Solange die faktische Unabhängigkeit des kundennäheren WPDU gewährleistet ist, macht es in wertender Hinsicht keinen Unterschied, ob sich dieses im Voroder Nachhinein an das Kreditinstitut wendet, um die entsprechenden Formulare zu erhalten. Die Tauglichkeit der Verwendung der Depotöffnungsanträge als maßgebliches Kriterium der Zurechnung ist sohin mE abzulehnen (ebenso OLG Wien 5 R 262/10a; 5 R 295/11f).

Für diese differenzierte Sichtweise spricht weiters, dass sie mE keine Zweifel an ihrer Konformität mit der MiFID erweckt. Dagegen haben *Knobl/Gasser* (ÖBA 2012, 358 ff) gewichtige Bedenken gegen die Vereinbarkeit einer *uneingeschränkten* Qualifikation unabhängiger WPDU als Verhandlungsgehilfen ihrer Vertriebspartner mit Art 20 MiFID vorgebracht, nur weil sie von diesen Depotöffnungsanträge, Werbroschüren und andere Formulare erhalten.

Auch im Ergebnis führt die vertretene Ansicht zu keiner unberechtigten Schlechterstellung des Anlegers. Im Schadenersatzrecht birgt der Einsatz einer arbeitsteiligen Organisation die Gefahr für den Gläubiger, dass dieser gegen den „Gehilfen“ keinen vertraglichen Anspruch hat und dessen Haftungsfonds idR viel geringer als jener des unmittelbaren Vertragspartners ist (zB *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> [1984] 336; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 1313a Rz 1 mwN). Ersteres trifft in vorliegender Konstellation aber nicht zu, weil der Anleger idR einen (konkudent abgeschlossenen) Beratungsvertrag mit dem WPDU hat. Der zweite Aspekt, dass der Geschädigte nur auf einen geringeren Haftungsfonds greifen kann, ist zwar zutreffend, aber sachlich gerechtfertigt. Der Anleger wendet sich aus eigenem Entschluss zunächst und primär an einen unabhängigen Berater, um von den damit verbundenen Vorteilen zu profitieren, nämlich den idR geringeren Kosten sowie der größeren Unabhängigkeit hinsichtlich der Auswahl der Produkte. Dann muss er gleichzeitig in Kauf nehmen, dass ihm bei einer Fehlberatung auch nur dessen Haftungsfonds und nicht die meist ungleich größere Haftungsmasse der Bank zur Verfügung steht.

Das gilt auch für die Irrtumsanfechtung, wenngleich der Anleger vorbehaltlich § 875 S 2 ABGB insofern seinen Schutz verliert, als eine Vertragsanfechtung gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner, der

Bank, ausscheidet und eine solche gegenüber dem unabhängigen Finanzberater nur zur Aufhebung des Beratungsvertrags führen würde. Es ist nämlich zu bedenken, dass sich der Kunde aus freiem Entschluss vom unabhängigen WPDU beraten lässt und allein auf dieser Basis einen Vertrag mit dem Kreditinstitut abschließt. Weder erwartet noch wünscht er unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Kontakt mit dem Verkäufer, der Bank; er verlässt sich vielmehr auf die Empfehlung seines Beraters. Er hat daher auch nur die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegen diesen geltend zu machen.

#### 4. Beweislast

Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Anleger das Naheverhältnis und dessen Erkennbarkeit für die Bank zu behaupten und zu beweisen, weil es sich um anspruchsbegründende Tatsachen handelt (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> Rz 760 mwN). Dies wird auch zu § 43a VersVG vertreten (7 Ob 176/09x; 7 Ob 134/99b; *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Novellen VersVG § 43a Rz 3). Allerdings ist mE zu bedenken, dass das Verhältnis zwischen selbstständigem WPDU und Depotbank, insb die Höhe der getroffenen Provisionsvereinbarung sowie die Erkennbarkeit hiervon für die Bank, allein deren Sphäre angehört. Eine Beweisführung durch den geschädigten Anleger kann billigerweise nicht erwartet werden, während der Bank diese Kenntnisse ohne Weiteres zur Verfügung stehen. Dies spricht mE entsprechend hRsp (RIS-Justiz RS0040182, zB 1 Ob 641/87 = SZ 60/128; 4 Ob 2365/96i = SZ 69/284) für eine Beweislastumkehr. So wurde eine solche auch für die Tatsache angenommen, dass ein beklagter Unternehmer ein bestimmtes (wettbewerbswidriges) Verhalten nur gegenüber „Großlieferanten“ gesetzt hat (4 Ob 2365/96i = SZ 69/284), was mE insofern vergleichbar ist, als es ausschließlich um das Verhältnis der Beklagten zu einem Dritten geht. Hält man dagegen den Anleger für beweispflichtig, besteht immerhin die Obliegenheit der Bank „zur Offenlegung prozessrelevanter, dem Gegner sonst nicht zugänglicher, Umstände [...]“, deren Verletzung im Rahmen der Beweiswürdigung nachteilige Folgen haben kann (6 Ob 44/09b = Zak 2009/339, 219 mwN). Dies setzt allerdings entsprechendes, möglichst konkretes Vorbringen des Anlegers voraus.

#### 5. Zusammenfassung

Sofern ein selbstständiger Finanzdienstleister bei der gestaffelten Einschaltung mehrerer WPDU rechtlich und faktisch von der den Auftrag ausführenden Bank unabhängig ist und somit uneingeschränkt die Interessen des Anlegers verfolgen kann, ist er mE weder als deren Erfüllungs- noch Verhandlungsgehilfe zu qualifizieren. Abgrenzungskriterium ist entsprechend der Wertung von § 43a VersVG das für die Bank erkennbare, wirtschaftliche Naheverhältnis zur Bank. Es ist entscheidend, ob er der Bank so nahe steht, dass er vorwiegend am Verkauf ihrer Produkte

interessiert ist, was sich bspw durch konzernmäßige Verflechtungen oder ungewöhnlich hohe Provisionszahlungen, va im Vergleich zur Provisionshöhe sonstiger Vertriebspartner, äußern kann. Hinsichtlich

dieses Naheverhältnisses sowie dessen Erkennbarkeit ist mE eine Beweislastumkehr zu befürworten, dh, die ausführende Bank hat dessen Nichtvorliegen zu beweisen.

## Hinweise und Anmerkungen

**Literatur:** *Assmann/Schneider* (Hrsg), Wertpapierhandelsgesetz: WpHG<sup>5</sup> (2009); *Baum*, Pflichten und Haftung im arbeitsteiligen Vertrieb von Finanzprodukten, ÖBA 2010, 278; *Brandl/Saria* (Hrsg), Praxiskommentar zum WAG 2007<sup>2</sup> (2010); *F. Bydliniski*, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, Teil II, JBl 1995, 558; *F. Bydliniski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996); *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (2000); *Graf*, Zur Aufklärungspflicht der Bank bei Einschaltung eines weiteren Finanzdienstleisters: Gleichzeitig ein Beitrag zur Auslegung des § 27 WAG 2007, ÖBA 2012, 229; *Gruber/N. Raschauer* (Hrsg), Kommentar zum WAG 2007 (2010); *Hirte/Möllers* (Hrsg), Kölner Kommentar zum WpHG (2007); *Honsell* (Hrsg), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (1999); *Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, Teil II, JBl 1982, 510; *Karollus/Koziol*, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers gegenüber dem Kunden bei Einsatz der Lebensversicherung als Tilgungsträger für einen Kredit, ÖBA 2006, 263; *Knobl/Gasser*, Aufklärungspflichten und irrtumsrechtliche Gehilfenzurechnung bei Einschaltung einer kundennäheren Wertpapierfirma: Zur Auslegung des § 27 WAG 2007, ÖBA 2012, 352; *Knobl/Grafenhofer*, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, GesRZ 2010, 27; *Koziol*, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010); *Krejci*, Zur Anfechtung von Wertpapierkäufen wegen irreführender Werbung und Beratung, ÖJZ 2010/10, 58; *Riedler*, Geschäftsirrtum, Irrtumsveranlassung und Gehilfenzurechnung beim Wertpapierkauf, ÖJZ 2010/89, 841; *Vonkilch*, Irrtumsrechtliche Gehilfenzurechnung beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren, RdW 2010, 324.

### Impressum:

#### Offenlegung gemäß § 25 MedienG:

**Medieninhaber:** LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG | Sitz: Marxergasse 25, 1030 Wien | Unternehmensgegenstand: LexisNexis ARD Orac ist ein führender Fachverlag in Österreich im Bereich Steuern, Recht und Wirtschaft, der die Tradition der Verlagshäuser Orac und ARD unter internationalem Dach fortführt. LexisNexis ARD Orac ist ein Tochterunternehmen der international tätigen Verlagsgruppe Reed Elsevier, deren Legal Division weltweit unter dem Namen LexisNexis firmiert. | Blattlinie: Rechtsinformation und Wirtschaftsinformation; aktuelle rechtliche Neuerungen | Geschäftsführung: Mag. Peter Davies, MBA | Unbeschränkt haftender Gesellschafter: Orac Gesellschaft m.b.H., Marxergasse 25, 1030 Wien | Kommanditist: Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H., Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Beteiligungsverhältnisse: Alleiniger Gesellschafter der Orac Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Gesellschafter der Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam (0,1%), Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg (99,9%) | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Austria GmbH: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Overseas B.V.: Reed Elsevier Holdings B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings B.V.: Reed Elsevier Group PLC, 1-3 Strand, London WC2N 5JR (50%), Reed Elsevier Holdings Ltd., 1-3 Strand, London WC2N 5JR (50%) | Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2012 | Verlags- und Herstellungsort: Wien | Die Zeitschrift erscheint 22-mal im Jahr | Einzelheftpreis 2012: € 13,-; Jahresabonnement 2012: € 169,- inkl. 10 % MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten | Bankverbindung: 50423468600, Bank Austria, BLZ 12000 | Abbestellungen sind nur zum Jahreschluss möglich, wenn sie bis spätestens 30. 11. bekannt gegeben werden | Druck: Druckerei Gerthofer GmbH, D-73312 Geislingen/Steige. ISSN 1996-2428.

**Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden.

Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) in allen Sprachen ein.

Mit der Einreichung von Beiträgen von Arbeitsgruppen leistet der Einreichende dafür Gewähr, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem vom Verlag geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Aufgrund der Honorierung erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres (§ 36 UrhG). Für die Verwertung durch Datenbanken gilt dieser Zeitraum keinesfalls.

**Trotz sorgfältigster Bearbeitung erfolgen alle Angaben ohne Gewähr. Eine Haftung des Verlages und der Autoren ist ausgeschlossen.**