

Rechtsgutachten

Die Haftung von Erfüllungsgehilfen im Bereich der Wertpapiervermittlung/-beratung

erstellt von

**Kraft & Winternitz
Rechtsanwälte GmbH**

im Auftrag
des
Fachverbands für Finanzdienstleister

1. Ausgangssituation und Fragestellung

Im Rahmen der zahlreichen aktuell geführten Prozesse wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung werden immer wieder auch Vermittler (mit-)geklagt, die nicht im eigenen Namen sondern als Erfüllungsgehilfen tätig wurden.

Im Folgenden soll daher kurz anhand der Rechtsprechung des OGH und den einschlägigen Bestimmungen des WAG der Frage nachgegangen werden, ob und unter welcher Voraussetzung im Bereich der Beratung bzw. Vermittlung von Veranlagungen eine Haftung von Erfüllungsgehilfen in Frage kommt.

2. Rechtslage

2.1 Allgemeine zivilrechtliche Grundsätze der Haftung von Erfüllungsgehilfen

2.1.1 Nach ständiger Judikatur haftet der Erfüllungsgehilfe vertraglich grundsätzlich nicht selbst, sondern sein Geschäftsherr. Hingegen besteht sehr wohl eine deliktische Haftung des Erfüllungsgehilfen, d.h. der Erfüllungsgehilfe haftet dem Partner des Geschäftsherrn nur dann, wenn seine Handlung gegenüber diesem Partner als Delikt zu werten ist.¹

2.1.2 Im Bereich der Abschlussgehilfen wurden von der Rechtsprechung darüber hinaus Fallgruppen entwickelt, in welchen **ausnahmsweise eine eigene Haftung des Erfüllungsgehilfen** außerhalb der dargestellten deliktischen Haftung **in Frage kommt**. Die erste Fallgruppe bilden Fällen, in denen der Erfüllungsgehilfe ohne Vollmacht des/eines Geschäftsherrn auftritt. Die zweite Gruppe betrifft Fälle, in denen der Erfüllungsgehilfe ein erhebliches und unmittelbares bzw. ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat. Die dritte von der Judikatur entwickelte Fallgruppe einer eigenen Haftung des Erfüllungsgehilfen betrifft

¹ Reischauer in Rummel³ § 1313a Rz 14.

Fälle, in denen der Erfüllungsgehilfe ein besonderes Maß an persönlichem Vertrauen in Anspruch genommen hat.²

2.1.3 Von besonderer Bedeutung im Zusammenhang mit der Wertpapiervermittlung/-beratung³ sind von diesen Fallgruppen jene des **ausgeprägten eigenwirtschaftlichem Interesses** sowie jene der **Inanspruchnahme eines besonderen Maßes an persönlichem Vertrauen**. Wie diese Fallgruppen von der Judikatur im Bereich der Wertpapiervermittlung/-beratung konkretisiert wurden, wird weiter unten zu Punkt 2.3 noch gezeigt werden.

2.2 Die Bestimmungen des WAG alt zur Haftung von Erfüllungsgehilfen

2.2.1 In seiner Stammfassung⁴ hat das WAG alt durch die §§ 14 und 15 für zwei bestimmte Verletzungen des WAG eine eigene Haftung von Erfüllungsgehilfen statuiert. Gemäß § 14 letzter Satz WAG alt treffen die Verbote gemäß Z 2 *leg cit* (betrifft das sogenannte „Pushing“ und „Scalping“⁵) und Z 3 *leg cit* (betrifft Vorlaufen („front running“), Mitlaufen („parallel running“) und Gegenlaufen⁶) auch die Angestellten und sonst für die Rechtsträger gemäß § 11 WAG tätigen Personen.

§ 15 WAG alt bestimmte weiters, dass bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 13 und 14 Schadenersatz verlangt werden kann. Dies führt zum Ergebnis, dass und nur (!) bei

² Vgl. *Reischauer in Rummel*³ Vor §§ 918 – 933, Rz 15e mwN, wobei Reischauer das besondere Vertrauen in den Erfüllungsgehilfen als Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Erfüllungsgehilfen als kritisch sieht. Für den Bereich der Anlageberatung/-vermittlung: *Winternitz/Aigner*, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung 22f.

³ Es werden im Rahmen dieses Gutachtens die Wertpapier (bzw. Anlage)-Vermittlung und Wertpapier (bzw. Anlage)-Beratung zusammengefasst, da sich die Frage der Eigenhaftung des Erfüllungsgehilfen hier in gleicher Weise stellt. Hinsichtlich anderer rechtlicher Gesichtspunkte sind Beratung und Vermittlung hingegen selbstverständlich nicht gleichzusetzen.

⁴ BGBl 1996/753.

⁵ § 14 Z 2 WAG alt untersagte es den in § 11 genannten Rechtsträgern „ihren Kunden den Ankauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten (§ 2 Z 34 BWG) zu dem Zweck zu empfehlen, für ihre Eigengeschäfte oder Geschäfte eines mit ihnen verbundenen Unternehmens Preise in eine bestimmte Richtung zu lenken“.

⁶ § 14 Z 2 WAG alt untersagte es den in § 11 genannten Rechtsträgern „Geschäfte aufgrund der Kenntnis der Orderlage zum Ankauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten (§ 2 Z 34 BWG) abzuschließen, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.“

Verletzung der Bestimmungen des § 14 Z 2 und Z 3 WAG als eine direkte Haftung eines Erfüllungsgehilfen in Frage kommt.⁷

2.2.2 Mit der in weiterer Folge in das WAG eingefügten Bestimmungen des 19 Abs 2a WAG⁸ als betreffend freie Mitarbeiter wurde hinsichtlich dieser festgehalten, dass das Unternehmen, für das sie tätig sind „für das Verschulden der Personen, derer es sich bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistungen bedient, gemäß § 1313a ABGB“ haftet. Diese Bestimmung diene nur der Klarstellung der ohnehin geltenden allgemeinen zivilrechtlichen Rechtslage.⁹ Dies bedeutet, dass es haftungsrechtlich keinen Unterschied macht, ob ein Erfüllungsgehilfe als freier Mitarbeiter gemäß 19 Abs 2a WAG als zu qualifizieren ist oder nicht, entscheidend ist, ob jemand als Erfüllungsgehilfe zu qualifizieren ist oder nicht.

2.2.3 Als Zwischenergebnis bedeutet dies, **dass auch im Bereich der dem Regime des WAG als unterliegenden Wertpapiervermittlung/-beratung die allgemein zivilrechtlichen Grundsätze betreffend die Haftung von bzw. für Erfüllungsgehilfen gelten.** Spezielle Haftungsnormen für eine eigene Haftung des Erfüllungsgehilfen ergeben sich aus dem WAG als aufgrund der Bestimmungen der §§ 15 Abs 1 iVm 14 Z 2 u. 3 WAG als nur für bestimmte besonders verpönte Verhaltensweisen, nicht aber für eine „gewöhnliche“ Fehlberatung.

2.2.4 Zu den Ausführungen von *Knobl*¹⁰ zu § 11 WAG als zu dieser Bestimmung ist festzuhalten, dass diese die Frage betreffen, wann überhaupt eine Vermittlung vorliegt, die in den Anwendungsbereich der §§ 11ff WAG als fällt.

2.3 Bisherige Judikatur des OGH

2.3.1 Der OGH hatte bereits mehrfach Gelegenheit zur Frage Stellung zu nehmen, ob eine Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen im Bereich der Anlagevermittlung/-beratung

⁷ Vgl.: Erläuterungen zur Regierungsvorlage; zitiert nach *Winternitz*, Wertpapieraufsichtsgesetz 135; *Knobl* in *Fröhlichsthal* u.a. Kommentar zum WAG, Rz 1 zu § 15. *Winternitz/Aigner* (aaO) FN 88.

⁸ Siehe dazu: *Winternitz/Steinmair*, Finanzdienstleistungsassistent - deleted or reloaded?, ZFR 2009 8 (9).

⁹ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I [2005] § 7 Rz 17.

¹⁰ *Knobl* in *Fröhlichsthal* u.a. Kommentar zum WAG, Rz 13ff zu § 11.

vorliegt oder nicht. Die ersten Fälle betrafen die Vermittlung von sogenannten „letters“ (= Beteiligungsscheine) des European Kings Club und damit Sachverhalte, die sich vor der Geltung des WAG ereigneten.

2.3.2 In der Entscheidung 1 Ob 2389/96x verweist der OGH¹¹ auf die ständige Rechtsprechung, wonach *„ein erhebliches und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse des Vertreters am Zustandekommen des Vertrages ebenso wie ein besonderes die Vertragsverhandlungen beeinflussendes Maß an persönlichem Vertrauen zu einer kumulativen Verantwortlichkeit von Vertretenem und Vertreter führen kann.“* Weiters führt der OGH aus, dass *„dieses Eigeninteresse nicht mit dem bloßen Entgeltanspruch aus dem Innenverhältnis zum Vertretenen gleichzusetzen ist, sondern im Verhältnis zum Kontrahenten verfolgt werden muss.“* Der Umstand, dass der Vermittler den Lebensunterhalt ausschließlich durch Provisionen aus der Vermittlung der verfahrensgegenständlichen „letter“ bestritt, reichte nicht aus, um eine Eigenhaftung des Erfüllungsgehilfen zu begründen. Die Hinweise des Vermittlers, es handle sich um eine sichere Sache und er selbst habe auch investiert, stellen auch keine Inanspruchnahme eines besonderen Maßes an Vertrauen dar. Der OGH bestätigte daher die Entscheidung der Vorinstanzen, wonach der beklagte Vermittler nicht selbst haftet.

In einer weiteren Entscheidung zu 1 Ob 182/97i¹², die ebenfalls die Vermittlung von „letters“ des European Kings Club betraf, wiederholte der OGH die oben dargelegten Grundsätze der Haftung des Erfüllungsgehilfen. Im konkreten Fall entfaltete der Vermittler nach den Feststellungen des Erstgerichts bei der Vermittlung „einen nachgerade missionarischen Eifer“. Der OGH kam daher zum Schluss, dass bei *„dieser Sachlage ... es nicht zweifelhaft sein (kann), dass der Beklagte im Zuge seiner Werbung über das gewöhnliche Maß hinaus persönliches Vertrauen in Anspruch nahm und die Interessenten ihm das auch entgegenbrachten“* und bejahte in diesem Fall die Eigenhaftung des Erfüllungsgehilfen.

¹¹ OGH vom 29.4.1997, 1 Ob 2389x.

¹² OGH vom 15.7.1997, 1 Ob 182/97i. RdW 1997, 718; ÖBA 1998,696; Vgl. auch die Kurzdarstellung dieses Falles in *Winternitz/Aigner* (aao) 66.

2.3.3 Von besonderer Bedeutung ist schließlich die Entscheidung des OGH zu 6 Ob 249/07x¹³ betreffend die Vermittlung zweier Vermögensmanagementverträge für den AMV- (später AMIS-)Generationsplan und den AMV-(später AMIS-) Global Powerplan. Diese Entscheidung betraf im Gegensatz zu den oben dargestellten Entscheidungen einen **Sachverhalt, der sich nach Inkrafttreten des WAG alt ereignete**. Nach den Feststellungen des Erstgerichts war hier der beklagte Vermittler als Erfüllungsgehilfe der AMV gemäß § 1313a ABGB im Namen und Rechnung der AMV tätig.

Die entscheidenden Rechtssätze in dieser Leitentscheidung werden im Folgenden aufgrund ihrer Bedeutung und Klarheit wörtlich wiedergegeben:

*„Nach den Feststellungen des Erstgerichts ist der Beklagte daher als **Erfüllungsgehilfe gemäß § 1313a ABGB einzustufen, sodass für seine persönliche Haftung aus dem Schuldverhältnis mit der Klägerin kein Raum bleibt. Ein Anlageberater ist grundsätzlich gemäß § 1313a ABGB als Erfüllungsgehilfe seinem Geschäftsherrn zuzurechnen.** Dies gilt unabhängig davon, ob der Beklagte die Voraussetzungen des § 19 Abs 2a WAG idF Art II Z 5 BGBl 1999/63 erfüllte, handelte es sich dabei doch um eine bloße Klarstellung, die die allgemeine zivilrechtliche Rechtslage wiedergibt (Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I [2005] § 7 Rz 17).*

*Die Vereinbarung zwischen dem Anlageberater und seinem Geschäftsherrn entfaltet nach herrschender Meinung auch keine Schutzwirkung zu Gunsten des Kunden (vgl dazu allgemein zur eigenen Haftung des Gehilfen Koziol/Welser, Bürgerliches Recht III 359 mwN). Nach ständiger Rechtsprechung kann es **jedoch zu einer eigenen Haftung des Erfüllungsgehilfen kommen, wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, wenn er ein ausgeprägtes (eigen-)wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hatte oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nahm** (1 Ob 182/97i).*

*Stets muss die **Eigenhaftung des Vertreters** jedoch die **seltene Ausnahme** bleiben (3 Ob 519/89). So hat der Oberste Gerichtshof etwa eine persönliche Haftung des Vertreters bejaht, wenn eine besondere Vertrauensbeziehung vorlag (1 Ob 182/97i) und der Anlageberater auf besonders „missionarische Weise“ und mit „religiösem Eifer“ eine*

bestimmte Anlageform angepriesen hat, ebenso bei Vorliegen eines Verwandtschaftsverhältnisses (7 Ob 166/99h). Andererseits wurde der bloße Hinweis, die Anlage sei eine „sichere Sache“, für nicht ausreichend angesehen, eine persönliche Haftung des Vertreters zu begründen (1 Ob 2389/96x).“¹⁴

2.3.4 Der OGH hat in dieser Entscheidung sohin klargestellt, dass auch nach Inkrafttreten des WAG alt die von ihm entwickelten Grundsätze zur Haftung des Erfüllungsgehilfen im Bereich der Anlageberatung/-vermittlung weiter gelten, und zwar unabhängig davon, ob der Erfüllungsgehilfe als freier Mitarbeiter gemäß § 19 Abs 2a WAG zu qualifizieren ist oder nicht.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die dargelegten Grundsätze zur Haftung des Erfüllungsgehilfen auch nach Inkrafttreten des WAG 2007 weiterhin gelten.¹⁵

3. Zusammenfassende Ergebnisse

3.1 Auch im Bereich der Anlagevermittlung/-beratung haftet ein Erfüllungsgehilfe grundsätzlich nicht selbst. Eine Ausnahme besteht im Bereich der deliktischen Haftung sowie dann, wenn

- a) das Verhalten des Erfüllungsgehilfen keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann
- b) der Erfüllungsgehilfe ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat
- c) oder der Erfüllungsgehilfe das persönliche Vertrauen des Anlegers im besonderem Maß in Anspruch nimmt.

¹³ OGH vom 21.2.2008, 6 Ob 249/07x.

¹⁴ Hervorhebungen durch die Verfasser des Gutachtens.

¹⁵ Sowohl für Finanzdienstleistungsassistenten (FDLA) als auch für vertraglich gebundene Vermittler (vgV) ist im WAG 2007 festgehalten, dass diese als Erfüllungsgehilfen gemäß § 1313a ABGB für den Rechtsträger tätig werden (§ 2 Z 15 WAG für FDLA; § 28 Abs 2 WAG für vgV). Siehe auch: *Harrer in Gruber/Raschauer*, Wertpapieraufsichtsgesetz 28 WAG Rz 42.

3.2 Die gerade dargestellten von der Judikatur vor Inkrafttreten des WAG alt entwickelten Grundsätze gelten auch für Sachverhalte, auf denen das WAG alt bzw. das WAG 2007 Anwendung finden.

3.3 Es ist daher jeweils als erster Schritt zu prüfen, ob ein Vermittler im eigenen Namen oder als Erfüllungsgehilfe tätig wurde. Liegt ein Tätigwerden als Erfüllungsgehilfe vor, ist weiters zu prüfen, ob einer der von der Judikatur herausgearbeiteten Ausnahmefälle einer Eigenhaftung des Erfüllungsgehilfen vorliegt oder nicht.

Wien, im Juli 2010

Kraft & Winternitz
Rechtsanwälte GmbH