

I. Akteure am Markt

Leupold

Der Anleger steht meist nicht nur mit dem Emittenten von Wertpapieren oder Veranlagungen in einer Rechtsbeziehung, sondern auch – abgesehen von den nicht allzu häufigen Direktgeschäften – mit Intermediären (Anlageberater, -vermittler, Kommissionäre), die ihm die Wertpapiere verkaufen oder vermitteln. Daneben bestehen häufig zusätzlich Rechtsbeziehungen zu einer Bank, die das Ausführungsgeschäft tätigt, das Wertpapierdepot führt und/oder eine Finanziererfunktion übernimmt.

Die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen erfolgt in der Praxis meist über mehrgliedrige Vertriebssysteme. Auf jeder Stufe dieser Vertriebssysteme können unterschiedliche Akteure beteiligt sein, die es zu unterscheiden gilt. Insb auf der Ebene der Vermittlertypen ist die Rechtslage komplex, weil drei Regelungsmaterien zu berücksichtigen sind (GewO, BWG und WAG 2007)¹.

A. Konzessionierte Dienstleistungsanbieter

Gleichsam an der Spitze der mehrgliedrigen Vertriebssysteme steht die Gruppe der konzessionierten Dienstleistungsanbieter. Diese umfasst Banken, Kapitalanlagegesellschaften, Versicherungsunternehmen, Wertpapierfirmen (WPF) und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU). Davon zu unterscheiden ist die Gruppe jener Wertpapierdienstleister, die für diese konzessionierten Dienstleistungsanbieter als Erfüllungsgehilfen tätig sind. Dabei handelt es sich um vertraglich gebundene Vermittler und – seit 2011² – Wertpapiervermittler.

Die Gruppe der konzessionierten Dienstleistungsanbieter deckt sich iW mit jenen Dienstleistungsanbietern, die § 15 WAG als „Rechtsträger“ bezeichnet. Sie verfügen über eine **Konzession der FMA**, die sie zur Erbringung bestimmter Wertpapierdienstleistungen berechtigt, und treten im Verhältnis zum Kunden grundsätzlich im eigenen Namen auf, können aber auch Vertriebsleistungen auslagern bzw von anderen Rechtsträgern ausgelagerte Aufgaben übernehmen³.

- **Kreditinstitute** iSd § 1 Abs 1 BWG bedürfen für den gewerblichen Betrieb der Bankgeschäfte iSd § 1 Abs 1 Z 1 bis 22 BWG einer Konzession der FMA

1 *Mayer*, Zur Abgrenzung von Wertpapierdienstleistern in Österreich, ZFR 2011, 256; *Winternitz/Steinmair*, Vertriebsstrukturen nach WAG 2007, ZFR 2008, 164 (169).

2 Das Bundesgesetz, mit dem das WAG 2007 und die GewO 1994 geändert werden, BGBl I 2011/99, ist am 1.9.2012 in Kraft getreten.

3 *Mayer*, ZFR 2011, 256 (257).

(s die Voraussetzungen in § 5 BWG). Sie können – anders als die anderen Wertpapierdienstleister – die **Berechtigungen für alle** der in § 1 Z 2 WAG aufgelisteten **Wertpapierdienstleistungen** erlangen, dh insb: Annahme und Übermittlung von Aufträgen, Ausführung von Aufträgen für Rechnung von Kunden, Handel für eigene Rechnung, Portfolioverwaltung und Anlageberatung (jeweils in Bezug auf Finanzinstrumente iSd § 1 Z 6 WAG).

- Inländische **Versicherungsunternehmen** mit einer Konzession nach dem VAG für den Betrieb der Vertragsversicherung dürfen außer der Vertragsversicherung nur solche Geschäfte betreiben, die mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Gem § 3 Abs 3 VAG sind sie ua zur Vermittlung von Investmentfondsanteilen berechtigt. Insoweit unterliegen sie Teilen des WAG 2007 (vgl im Einzelnen § 2 Abs 2 WAG 2007).
- **Wertpapierfirmen** iSd § 3 Abs 1 WAG sind Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, die ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in Österreich haben und aufgrund des WAG 2007 berechtigt sind, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zu erbringen. Für Ersteres benötigen sie eine Konzession der FMA, die sich nur auf die in § 3 Abs 2 Z 1 bis 4 WAG genannten Tätigkeiten erstrecken kann⁴, dh **Anlageberatung und -vermittlung in Bezug auf Finanzinstrumente und Portfolioverwaltung**. § 3 WAG entfaltet aber keine Sperrwirkung im Hinblick auf andere Tätigkeiten, für die eine Gewerbeberechtigung erlangt werden kann. Insofern unterliegt die WPF der Aufsicht der Gewerbebehörde. Keinesfalls darf eine WPF aber Dienstleistungen erbringen, die das Halten von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten von Kunden umfassen (§ 3 Abs 5 Z 4 WAG).
- **Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDFU)** sind in der MiFID nicht vorgesehen und wurden vom österreichischen Gesetzgeber im Rahmen der Bereichsausnahme in Art 3 MiFID geschaffen, um Rechtskontinuität zu schaffen und kleinere, in ihrem Tätigkeitsbereich eingeschränkte Wertpapierdienstleister zu entlasten⁵. Es sind natürliche oder juristische Personen mit Sitz oder Hauptverwaltung im Inland, die Wertpapierdienstleistungen gem § 3 Abs 2 Z 1 und 3 WAG erbringen, sofern dies im Rahmen der in Art 3 Abs 1 MiFID angeführten Schranken erfolgt und die Summe der jährlichen Umsatzerlöse des Unternehmens 2 Mio € nicht übersteigt⁶.

4 Krit zum im Vergleich zur MiFID stark eingeschränkten Tätigkeitsbereich *Bohrn/Winternitz*, Reformstau beim WAG 2007, ZFR 2009, 204 (205); vgl auch *Mayer*, ZFR 2011, 258 FN 37, wonach damit möglicherweise eine sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung inländischer Unternehmen einhergeht.

5 Statt vieler *Zahradnik* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 4 Rz 1 f.

6 Durch BGBl I 2013/184 wurde die Umsatzgrenze von 730.000 € auf 2 Mio € erhöht und klargestellt, dass für ihre Berechnung nur Umsätze aus Wertpapierdienstleistungen als Basis herangezogen werden (EBRV 2438 BlgNR 24. GP 80). Für teleologische Reduktion idS bereits zuvor *Zahradnik* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 4 Rz 3. Ob es auch WPDFU geben kann, deren Umsätze den Betrag von 2 Mio € jährlich übersteigen, ist str. Dafür *Winternitz/Steinmair*, ZFR 2008, 165 FN 17; dagegen *Zahradnik* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 4 Rz 3.

Nach § 4 Abs 2 Z 2 WAG 2007 ist das für WPF gesetzlich vorgeschriebene Anfangskapital (§ 3 Abs 6 WAG 2007) dann keine Konzessionsvoraussetzung, wenn das WPDLU durch eine Berufshaftpflichtversicherung versichert ist (nach Abs 3: Haftungssumme von mindestens 1 Mio € für jeden einzelnen Schadensfall, Gesamtsumme von mindestens 1,5 Mio € für sämtliche Schadensfälle eines Kalenderjahrs). Zur Vorgängerbestimmung des § 20 WAG 1997 hat der OGH jüngst entschieden, dass es sich dabei um ein Schutzgesetz zugunsten der Anleger handelt⁷: Schließt ein Wertpapierdienstleister, der über keine ausreichende Eigenkapitalausstattung verfügt, entgegen § 20 WAG aF keine Berufshaftpflichtversicherung ab, kommt eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für Schäden der Anleger in Betracht. Siehe dazu auch unter II.B.12.

Bei Überschreiten der Umsatzschwelle iHv 2 Mio € werden WPDLU nicht ipso iure zu WPF⁸, sondern müssen zunächst einen Antrag auf Konzessionserteilung als WPF stellen. Für ein Fortführen des Geschäftsbetriebs als WPDLU besteht freilich während des laufenden Konzessionsverfahrens dann keine gesetzliche Grundlage mehr, wenn die Umsatzgrenze als konstitutives Element für WPDLU angesehen wird⁹.

Im Vergleich zu den Befugnissen einer WPF sind die Befugnisse der WPDLU beschränkt; sie beschränken sich auf die gewerbliche **Erbringung von Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente bzw die Annahme und Übermittlung von Aufträgen** über Finanzinstrumente (§ 3 Abs 2 Z 1 und 3 WAG). Die etwa in Portfolioverwaltungsverträgen vorgesehene Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung ist demgegenüber nicht zulässig¹⁰. Ferner dürfen WPDLU nur im Inland tätig werden (Art 3 Abs 2 MiFID), sich **keiner vertraglich gebundenen Vermittler** bedienen (§ 15 Abs 2 Z 4 WAG) und Aufträge nur an bestimmte Personen übermitteln¹¹.

B. Vermittlertypen

Die konzessionierten Dienstleistungsanbieter können die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen auslagern, indem sie sich im gesetzlich vorgesehenen Rahmen im Vertrieb vertraglich gebundener Vermittler und/oder Wertpapiervermittler (vormals Finanzdienstleistungsassistenten, FDLA) bedienen. Beide Vermittlertypen bedürfen **keiner Konzession nach WAG**, sondern werden aufgrund einer **Gewerbeberechtigung** (§§ 136a, 136b GewO) im Namen und auf Rechnung ihrer Vertragspartner tätig, denen sie als Erfüllungsgehilfen schaden-

7 6 Ob 32/14w VbR 2015/36 = ÖBA 2015/2083 = ZFR 2015/43 (Winternitz).

8 Mayer, ZFR 2011, 258 mwN.

9 Dazu Bohrn/Winternitz, ZFR 2009, 205.

10 Ein Verstoß stellt eine Verwaltungsübertretung nach § 98 Abs 1 BWG dar.

11 Vgl Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG² § 4 Rz 3.

ersatzrechtlich zuzurechnen sind (§ 1313a ABGB). S zur Zurechnung näher unter II.B.10.

1. Vertraglich gebundene Vermittler (vgV)

Vertraglich gebundener Vermittler iSd § 1 Z 20 WAG ist jede natürliche oder juristische Person, die als Erfüllungsgehilfe oder sonst unter vollständiger und unbedingter Haftung einer einzigen WPF oder eines einzigen Kreditinstituts Wertpapierdienstleistungen erbringt, Aufträge von Kunden annimmt und übermittelt, Finanzinstrumente platziert oder Anlageberatung erbringt. In Österreich tätige vertraglich gebundene Vermittler haben gem § 28 Abs 5 WAG über eine **Gewerbeberechtigung gem § 136a GewO** zu verfügen. Zusätzlich dürfen sie gem § 28 Abs 5 WAG nur dann in das öffentliche Register eingetragen werden, wenn feststeht, dass sie über die erforderliche Zuverlässigkeit und über entsprechende allgemeine, kaufmännische und berufliche Kenntnisse verfügen, um alle relevanten Informationen über die angebotene Dienstleistung korrekt an den Kunden weiterleiten zu können¹².

VgV dürfen nur **für einen einzigen Rechtsträger** tätig sein. Dieser ist verpflichtet, die Tätigkeit des vgV zu überwachen. Gem § 28 Abs 9 WAG ist eine Tätigkeit für andere Rechtsträger als Wertpapiervermittler ausgeschlossen¹³.

VgV unterliegen der Aufsicht der Gewerbebehörden (§ 2 Abs 1 Z 14 GewO) und sind ins **Gewerberegister** einzutragen. Zusätzlich sind sie auch in ein bei der FMA geführtes Register einzutragen (§ 28 Abs 6 WAG). Der jeweilige Rechtsträger unterliegt der Aufsicht der FMA. Ob dies auch für den vgV gilt, ist unklar¹⁴.

2. Wertpapiervermittler

Mit 1.9.2012 wurde der vormalige Finanzdienstleistungsassistent (FDLA) durch den sog Wertpapiervermittler ersetzt¹⁵. Ersterer war ein gewerberechtlicher Begriff (§ 2 Abs 1 Z 14 GewO 1994), der in § 2 Abs 1 Z 15 WAG umschrieben wurde. Es handelte sich um ein freies Gewerbe; der FDLA benötigte keine Konzession nach § 3 oder § 4 WAG. Sein Tätigkeitsumfang war auf Anlageberatung (§ 3 Abs 2 Z 1 WAG) und die Annahme und Übermittlung von Aufträgen (§ 3 Abs 2 Z 3 WAG) beschränkt; beides auch nur hinsichtlich der in § 1

12 Auf Verlangen des Rechtsträgers hat ihm der vgV alle Nachweise zu erbringen, die zur Überprüfung dieser Voraussetzungen erforderlich sind (§ 28 Abs 5 letzter Satz WAG).

13 Zur alten Rechtslage wurde diese Rechtsansicht etwa von der FMA auch für eine Tätigkeit als FDLA vertreten, s Rundschreiben der FMA vom 4.10.2010, 4; *Winternitz/Steinmair*, ZFR 2008, 166.

14 Abl *Winternitz/Aigner*, WAG (2007) 8 FN 72; diesen folgend *Mayer*, ZFR 2011, 259 FN 83.

15 Vgl dazu den Überblick bei *Gruber*, Der Wertpapiervermittler, ZFR 2012, 110; zum Ministerialentwurf *Mayer*, ZFR 2011, 260 f; *Brandl/Saria*, Vom Finanzdienstleistungsassistenten zum Wertpapiervermittler, ZFR 2011, 101.

Z 6 lit a und c WAG genannten Finanzinstrumente (übertragbare Wertpapiere, Anteile an Kapitalanlagefonds). Er durfte – als österr Ausnahme von Art 3 Abs 2 MiFID – nur im Inland für inländische Unternehmen tätig sein. Die Tätigkeit für mehrere Unternehmen war – anders als für vgV – erlaubt. Nach den Übergangsbestimmungen durfte die Tätigkeit des FDLA aufgrund der bisherigen Rechtslage noch bis 2.9.2014 weiterhin ausgeübt werden, sofern die Tätigkeit des FDLA vor dem 31.8.2012 erlaubtermaßen mindestens bereits ein Jahr ausgeübt wurde¹⁶.

Der Wertpapiervermittler benötigt eine **Gewerbeberechtigung** nach § 94 Z 77 GewO (reglementiertes Gewerbe); anders als der bisherige FDLA (freies Gewerbe) muss der Wertpapiervermittler daher einen Befähigungsnachweis erbringen. Ferner bestehen ausdrückliche Weiterbildungsverpflichtungen, die jenen gewerblicher Vermögensberater entsprechen¹⁷. Die materiellen Voraussetzungen dafür regelt § 136b GewO. Die Tätigkeit als Wertpapiervermittler dürfen künftig auch weiterhin gewerbliche Vermögensberater ausüben (§ 2 Abs 1 Z 15 S 2 WAG). Anderes gilt dagegen für Versicherungsvermittler¹⁸. Eine Konzession nach § 3 oder § 4 WAG ist weiterhin nicht erforderlich.

Wertpapiervermittler können **ausschließlich natürliche Personen** sein. Sie können nur mehr für WPF (§ 3 WAG) oder WPDLU (§ 4 WAG) tätig sein, nicht mehr für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen. Gleich geblieben ist die sachliche Einschränkung der Tätigkeit auf **Anlageberatung und Annahme und Übermittlung von Aufträgen** bezüglich übertragbarer Wertpapiere und Anteilen an Kapitalanlagefonds. Der Wertpapiervermittler darf zwar – anders als der vgV – weiterhin für mehrere Unternehmen tätig sein. Im Vergleich zum FDLA neu ist aber, dass **maximal drei Vertretungsverhältnisse** zulässig sind (§ 2 Abs 1 Z 15 S 3 WAG¹⁹).

Neu ist die strikte aufsichts- und gewerberechtliche Trennung von WPV und vgV: Gewerbliche Vermögensberater dürfen gewerberechtlich sowohl die Tätigkeit als WPV ausüben (§ 2 Abs 1 Z 15 S 2 WAG; § 136a Abs 3 S 1 GewO) als auch jene als vgV. Für Letztere ist diese Gewerbeberechtigung zugleich Voraussetzung (§ 28 Abs 5 S 1 WAG). Beides ist allerdings nicht zeitgleich möglich: Ist ein gewerblicher Vermögensberater als vgV tätig, ist er nicht berechtigt, zugleich als WPV tätig zu sein (§ 28 Abs 9 WAG, § 136a Abs 3 S 2 GewO²⁰).

16 § 108 Abs 11 WAG; § 376 Z 1 GewO idF BGBl I 2011/99.

17 § 136c GewO: ab Eintragung in das Gewerberegister regelmäßige Schulungen, spätestens jeweils innerhalb von drei Jahren (vgl für gewerbliche Vermögensberater § 136a Abs 6 GewO).

18 § 138 Abs 4 GewO wurde gestrichen.

19 Vgl die Parallelbestimmung in § 136b Abs 1 S 1 GewO.

20 Korrespondierende Bestimmungen in § 136a Abs 8 GewO und § 136b Abs 1 S 2 GewO.

C. Versicherungsvermittler

Die Vermittlung von Versicherungsprodukten stellt keine Wertpapierdienstleistung iSd WAG dar. Das WAG ist maW auch nicht beim Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten wie fonds- und indexgebundenen Lebensversicherungen²¹ anwendbar. Hier kommt jedoch eine analoge Anwendung der Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 in Betracht²². Aufsichtsrechtliche Regelungen für Versicherungsunternehmen enthält das VAG (vgl insb die Informationspflichten gem § 9a VAG und die Sonderbestimmungen gem § 18b VAG für Lebensversicherungen und § 75 VAG für fonds- und indexgebundene Lebensversicherungen).

In Bezug auf die Vermittlung sind **zwei Vermittlerkategorien** zu unterscheiden²³: Versicherungsagenten (§§ 43 ff VersVG), die „im Lager des Versicherers“ stehen und diesem gem § 1313a ABGB zuzurechnen sind, und Versicherungsmakler (§§ 26 ff MaklerG), die trotz regelmäßiger Tätigkeit als Doppelmakler (vgl §§ 27 ff MaklerG) primär als „Bundesgenossen des Versicherungsnehmers“ agieren, weshalb eine schadenersatzrechtliche Zurechnung nach § 1313a ABGB grundsätzlich ausscheidet. Seit der Aufhebung des sog „Doppelausübungsverbots“ schließt die Innehabung einer Gewerbeberechtigung zur Tätigkeit als Versicherungsagent die Erlangung einer Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes Versicherungsmakler und Beratung in Versicherungsangelegenheiten nicht aus. Es handelt sich jeweils um Ausprägungen des reglementierten Gewerbes der Versicherungsvermittlung (§ 94 Z 76 GewO). Für die Lösung der im Folgenden darzustellenden zivilrechtlichen Probleme sind primär die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehung zum Versicherer und das Auftreten des Vermittlers gegenüber dem Kunden im Einzelfall entscheidend.

1. Versicherungsmakler (§ 26 Abs 1 S 1 MaklerG)

Versicherungsmakler ist gem § 26 Abs 1 S 1 MaklerG, wer als Handelsmakler (§ 19 MaklerG) – dh als Makler gewerbsmäßig – Versicherungsverträge vermittelt. Makler ist, wer aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein (§ 1 MaklerG). Der Makler ist gem § 28 Z 3 MaklerG verpflichtet, den nach den Umständen des Einzelfalls bestmöglichen Versicherungsschutz zu vermitteln („best advice“).

21 Traditionell wurden insb diese Produkte als Versicherungsanlageprodukte bezeichnet. Der Begriff iSd PRIIP-VO (Packaged Retail and Insurance-based Investment Products, VO 1286/2014 vom 26.11.2014) ist jedoch weiter und umfasst nach zutrA auch die klassische Lebensversicherung (vgl die Definition in Art 4 iVm Art 2 PRIIP-VO).

22 Dafür Trojer et al, Das neue österreichische Versicherungsvermittlerrecht (5. Akt-Lfg 11/10) 16/12.

23 Vgl dazu statt aller Jabornegg, Zur Typologie der Versicherungsvermittlung aus vertrags-, haftungs- und gewerberechtlicher Sicht, VR 1999, 181; Karollus/Koziol, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers gegenüber dem Kunden bei Einsatz der Lebensversicherung als Tilgungsträger für einen Kredit, ÖBA 2006, 263 (264 ff); Perner, Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler, ZFR 2015, 108.

2. Versicherungsagent (§ 43 Abs 1 S 1 VersVG)

Versicherungsagent iSd § 43 Abs 1 S 1 VersVG ist, wer von einem Versicherer ständig damit betraut ist, für diesen Versicherungsverträge zu vermitteln oder zu schließen. Eine ständige Betrauung liegt – in Übereinstimmung mit dem gleichlautenden Begriff in § 1 HVertrG – vor, wenn zwischen dem Versicherer und dem Vermittler ein Dauerschuldverhältnis besteht, aus dem sich eine *Verpflichtung* des Vermittlers zur Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit ergibt²⁴. Maßgeblich dafür, ob jemand als Versicherungsagent zu qualifizieren ist, ist somit allein das *Innenverhältnis zwischen Vermittler und Versicherer*. Tritt der Agent pflichtwidrig gegenüber dem Kunden als unabhängiger Makler auf, schadet dies der Qualifikation als Agent maW nicht. Obwohl dadurch idR zumindest konkludent ein Maklervertrag zustande kommt²⁵, bleibt es, soweit die Bestimmungen für den Kunden günstiger sind, bei der Anwendung der §§ 43 ff VersVG. Da der Versicherungsagent anders als der Versicherungsmakler, der als Bundesgenosse des Versicherungsnehmers gilt, „*Mann des Versicherers*“²⁶ ist, hat der Versicherer für sein Verhalten nach den Grundsätzen der Erfüllungsgehilfenhaftung einzustehen (§ 1313a ABGB)²⁷.

a) Selbständige und unselbständige Agenten

Anders als § 1 HVertrG verlangt § 43 Abs 1 S 1 VersVG nicht, dass die Tätigkeit des Versicherungsagenten selbständig und gewerbsmäßig ausgeübt werden muss. Versicherungsagenten iSd Bestimmung können daher – anders als nach der GewO – sowohl selbständige als auch unselbständige Agenten sein²⁸. Bei selbständigen Agenten erfolgt die Betrauung durch einen als freier Dienstvertrag zu qualifizierenden Agenturvertrag, bei unselbständigen Agenten durch einen (echten) Dienstvertrag, auf den das AngG anzuwenden ist²⁹. Unselbständige Agenten gehören üblicherweise dem sog Außendienst des Versicherers an, es kann es sich jedoch auch um Mitarbeiter des Innendienstes des Versicherers handeln.

Unselbständige Agenten treffen keine eigenen (vertraglichen oder gewerberechtiglichen) Pflichten gegenüber dem Kunden. Sie erfüllen nur Pflichten des Versicherers. Selbständige Agenten treffen demgegenüber auch eigene Informations- und Beratungspflichten gegenüber dem Kunden (§ 43 Abs 4 iVm § 137f Abs 7 bis 8 und § 137g GewO), für deren Verletzung der Versicherer nicht einzustehen hat.

24 *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998) § 44 Rz 1 ff mwN; *ders*, Versicherungsmakler und Kundenschutz, VR 7-8/2009, 24 (25).

25 Für allfällige Restfälle gilt § 26 Abs 2 S 2 MaklerG. S dazu näher *Schauer*, Die Informationspflichten im neuen Versicherungsvermittlerrecht, VR 2005, 158.

26 *Fenyves*, VR 7-8/2009, 24 (25).

27 Zuletzt etwa *Leupold/Ramharter*, Zurechnungsfragen beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren, RdW 2013, 445 (446); *Perner*, ZFR 2015, 110 f; jeweils mwN.

28 *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, VersVG-Novellen § 44 Rz 3.

29 *Grassl-Palten*, Das Bild des Maklers in der Judikatur, VR 2003, 135 (bei FN 2).

Der Pflichtenkatalog der selbständigen Agenten reicht freilich bei weitem nicht an jenen des Versicherungsmaklers heran³⁰.

b) Einfach- und Mehrfachagenten

Versicherungsagenten lassen sich ferner anhand der Zahl der Agenturverhältnisse unterscheiden. *Einfachagenten* (Einfirmenvertreter) haben nur mit einem einzigen Versicherer einen Agenturvertrag geschlossen. Sie werden als *Ausschließlichkeitsagenten* bezeichnet, wenn sie auch dazu verpflichtet sind, Versicherungsverträge ausschließlich dieses Versicherers zu vertreiben. *Mehrfachagenten* verfügen über Agenturverträge mit mehreren Versicherern. Bei *unechten* Mehrfachagenten stehen die vom Agenten vermittelten Versicherungsverträge zueinander nicht in Konkurrenz. Auch hier kann bezüglich einzelner, mehrerer oder aller Versicherungsprodukte eine Ausschließlichkeitsbindung bestehen. Bei *echten* Mehrfachagenten besteht zwischen den vom Agenten vermittelten Versicherungsverträgen mehrerer Versicherer ein Konkurrenzverhältnis³¹.

Die Beziehung zu echten Mehrfachagenten ist für den Kunden potentiell nicht ungefährlich, wenn sie ihr Mehrfachagententum werbewirksam hervorstreichen, sei es, damit der Ruf der betreffenden Versicherer auf den Agenten „abfärbt“, oder um dem Kunden zu zeigen, dass bei diesem Agenten eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Anbietern besteht³². Der Kunde gewinnt dann leicht den Eindruck, er habe es mit einem Makler zu tun. Die Zulässigkeit von Mehrfachagenten ist zwar nunmehr gewerberechtlich außer Streit gestellt³³. Der Agent hat den Kunden jedoch zu informieren, wenn ihm aufgrund der vertraglichen Beziehungen des Agenten keine auf eine ausgewogene Marktuntersuchung gestützte Beratung zuteil werden soll (§ 137f Abs 8 Z 2 lit b GewO). Außerdem wird die Verpflichtung zur Verschaffung des den Umständen nach bestmöglichen Versicherungsschutzes mit der Einschränkung auf jene Versicherungsverträge, für die der Vermittler Versicherungsgeschäfte tätigen darf und auch tätig, auf Mehrfachagenten erstreckt (§ 137f Abs 9 S 2 GewO).

3. Pseudomakler (§ 43a VersVG)

Der Begriff des Pseudomaklers ist mehrdeutig. Traditionell wird als solcher ein Versicherungsagent bezeichnet, der gegenüber dem Kunden als Versicherungsmakler auftritt³⁴. Zwischen dem Kunden und dem Vermittler wird idR konkludent ein Maklervertrag zustande kommen. An der einmal bejahten Agenteneigenschaft

30 Vgl *Fenyves*, VR 7-8/2009, 24 (27).

31 Siehe zu alledem *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG (2014) § 43 Rz 8.

32 *A. Grassl*, Maklerrecht für Mehrfachagenten, RdW 1999, 445.

33 Gegen einen entsprechenden Bescheid des BMWFV aus dem Jahr 2015 könnte allerdings Medienberichten zufolge Berufung erhoben worden sein (Versicherungsjournal 4.2. und 5.2.2015).

34 *S Fenyves*, VR 7-8/2009, 24 (26): „klassischer Fall“ des Pseudomaklers.

des Vermittlers ändert dies aber insofern nichts, als die für den Kunden günstigeren Bestimmungen der §§ 43 ff VersVG weiterhin zur Anwendung kommen.

Heute wird der Begriff primär für jene Vermittler verwendet, die zwar keine Agenten sind, aber in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis zum Versicherer stehen, dass sie dem Versicherer nur, aber immerhin, schadenersatzrechtlich zugerechnet werden (§ 43a VersVG)³⁵. Fällt ein Vermittler zwar nicht unter § 43 Abs 1 VersVG, steht er aber zum Versicherer in einem solchen wirtschaftlichen Naheverhältnis, das es zweifelhaft erscheinen lässt, ob er in der Lage ist, überwiegend die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren, so haftet der Versicherer dem Versicherungsnehmer gem § 43a VersVG für das Verschulden eines solchen Vermittlers wie für sein eigenes. Der Versicherer hat daher für den Pseudomakler nach den Grundsätzen der Erfüllungsgehilfenhaftung einzustehen (§ 1313a ABGB). Der Pseudomakler iSd § 43 Abs 1 VersVG ist Makler, dh vom Versicherungsnehmer und nicht vom Versicherer betraut. Er weist jedoch ein derart enges wirtschaftliches Naheverhältnis zum Versicherer auf, dass zweifelhaft ist, ob er tatsächlich so wie von einem Versicherungsmakler gefordert (§ 27 Abs 1 MaklerG) überwiegend die Interessen des Versicherungskunden wahren wird.

Das enge wirtschaftliche Naheverhältnis zum Versicherer rechtfertigt es, den Pseudomakler einem Agenten insofern gleichzustellen, als der Versicherer für sein Verhalten gem § 1313a ABGB einzustehen hat. Da ein Fall der Haftung für fremdes Verhalten vorliegt, soll dies nach hA³⁶ allerdings nur dann gelten, wenn der Versicherer von der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Maklers positiv weiß.

Da der Pseudomakler entgegen seiner in der Praxis üblichen, aber missverständlichen Bezeichnung echter Makler ist, gelangen im Übrigen nicht die Bestimmungen über Versicherungsagenten (§§ 43 bis 48 VersVG), sondern die Bestimmungen über Versicherungsmakler zur Anwendung. Dementsprechend haftet der Pseudomakler auch selbst für Pflichtverletzungen gegenüber dem Kunden, sodass es zu einer für den Kunden günstigen **Solidarhaftung von Makler und Versicherer** kommen kann³⁷. Jedoch kommt dem Kunden insbesondere nicht die für Agenten typische Erklärungs- und Wissenszurechnung zugute. Ebenso wenig gelangt § 43 Abs 2 VersVG zur Anwendung, der den Umfang der Vollmacht des Versicherungsagenten festlegt.

4. Gelegenheitsagent (§ 43 Abs 1 S 2 Fall 1 VersVG)

Gem § 43 Abs 1 S 2 Fall 1 VersVG gelten die für Versicherungsagenten einschlägigen Bestimmungen des VersVG auch für denjenigen, der auch nur *im Einzel-*

35 S Gruber in Fenyves/Schauer, VersVG § 43a Rz 1 ff.

36 Fenyves, § 43a VersVG und das allgemeine Schadenersatzrecht, in FS Baumann (2000) 65 ff; zust Gruber in Fenyves/Schauer, VersVG § 43a Rz 1, 3. Siehe dazu aber noch im Detail unter III.A.

37 S nur Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer, VersVG-Novellen § 43a Rz 4.

fall vom Versicherer betraut ist. Die Auslegung der im Zuge der VersVG-Novelle 1994 eingeführten Bestimmung wirft Schwierigkeiten auf. Ausweislich der Mat³⁸ sollte damit die schon im alten Recht anerkannte Gleichstellung des Gelegenheitsagenten mit dem Versicherungsagenten Eingang ins Gesetz finden. Ratio der Norm ist der Gedanke, dass die Schutzwürdigkeit des Kunden nicht davon abhängt, ob der Vermittler vom Versicherer ständig oder nur im Einzelfall mit der Vermittlung betraut ist. Außerdem ist für den Kunden das Innenverhältnis zwischen Versicherer und Vermittler regelmäßig nicht erkennbar³⁹. Dass die Bestimmung inhaltlich nicht völlig geglückt ist, hat bereits *Fenyves* aufgezeigt⁴⁰. Kritikwürdig ist zunächst die Tatsache, dass der Gelegenheitsvermittler entgegen dem missverständlichen Gesetzeswortlaut üblicherweise weder im Einzelfall noch für einen bestimmten Zeitraum mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen in der Weise *betraut* wird, dass er zum Tätigwerden für den Versicherer *verpflichtet* wäre. Vielmehr wird der Gelegenheitsvermittler üblicherweise zur Vermittlungstätigkeit *ermächtigt*, wobei die Ermächtigung aus praktischen Erwägungen idR nicht nur für den Einzelfall, sondern für einen gewissen Zeitraum oder sogar auf unbestimmte Zeit erteilt wird⁴¹. Ferner stellt sich angesichts der Tatsache, dass selbst derjenige als Agent in Betracht kommt, der vom Versicherer lediglich zum Abschluss von Verträgen ermächtigt ist, die Frage nach der Abgrenzung von Versicherungsmaklern und Versicherungsagenten. Makler zeichnen sich zwar gerade dadurch aus, dass sie nicht ständig mit der Vermittlung von Verträgen betraut (dh nicht zur Vermittlung verpflichtet) sind (vgl §§ 1, 4 Abs 1 MaklerG), gleichwohl können sie zur Vermittlung von Verträgen *ermächtigt* sein⁴². § 26 Abs 1 S 2 VersVG stellt – als Antwort auf anderslautende E des OGH – lediglich klar, dass das Vorliegen einer bloßen Rahmenprovisionsvereinbarung der Qualifikation eines Vermittlers als Versicherungsmakler nicht schadet.

Zur Abgrenzung von Gelegenheitsvermittler und Gelegenheitsmakler wurde folgende Formel entwickelt: Wird der Vermittler bestimmungsgemäß zur Wahrung der Interessen des Versicherers tätig, gilt er als Gelegenheitsagent⁴³. In diesem Fall kommen die für den Versicherungsnehmer günstigeren §§ 43 ff VersVG, insbesondere die besonderen Vollmachts- und Zurechnungsbestimmungen, zur Anwendung und verdrängen insoweit die Bestimmungen des MaklerG (vgl § 26 Abs 3 MaklerG). Im Übrigen bleiben jedoch die Bestimmungen des MaklerG anwendbar, solange der Vermittler den Kunden nicht darüber informiert, dass er nicht als Versicherungsmakler tätig ist (§ 26 Abs 2 S 2 MaklerG).

38 EBRV 1553 BlgNR 18. GP 21 f; JAB 1722 BlgNR 18. GP 5.

39 EBRV 22.

40 *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 4.

41 Vgl *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 4.

42 Vgl nur *Fromherz*, MaklerG § 1 Rz 19 ff.

43 So im Ergebnis *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 4.

Auch die Formel „Tätigwerden zur Wahrung der Interessen des Versicherers“ ist freilich interpretationsbedürftig. Unstrittig sind jene Fälle, in denen der Vermittler erklärt, er werde als Agent tätig (vgl § 137f Abs 8 GewO). Aufgrund des Vorliegens einer entsprechenden Ermächtigung als Agent zu qualifizieren ist der Vermittler aber selbst dann, wenn er zwar als Makler auftritt, tatsächlich aber nicht primär die Interessen des Versicherungsnehmers am Erhalt bestmöglichen Versicherungsschutzes, sondern – unter Verletzung seiner Pflichten als Makler – jene des Versicherers am Verkauf seines Versicherungsprodukts fördert (sog Agentenmaklerei⁴⁴ durch den Pseudomakler im klassischen Sinn⁴⁵). In beiden Fällen rechtfertigt das Tätigwerden im Interesse des Versicherers mit dessen Willen die Zurechnung nach § 1313a ABGB⁴⁶.

5. Anscheinsagent (§ 43 Abs 1 S 2 Fall 2 VersVG)

Gem § 43 Abs 1 S 2 Fall 2 VersVG sind die für Versicherungsagenten einschlägigen Bestimmungen des VersVG – also nicht nur jene über die Vollmacht – auch auf denjenigen anzuwenden, der mit nach den Umständen anzunehmender Billigung des Versicherers *als Versicherungsagent auftritt* (Anscheins-, Quasi- oder Pseudoagent). Der Anscheinsagent ist kein Agent, gibt sich aber nach außen hin – aus welchen Gründen auch immer, zumeist um sich der Reputation des Versicherers zu bedienen – als solcher⁴⁷. Für den Versicherungskunden ist dies deshalb gefährlich, weil der Eindruck entstehen könnte, er stehe einem „Gesandten“ des Versicherers gegenüber. Dieses Vertrauen soll – so es schutzwürdig ist – nicht enttäuscht werden.

Die Anwendung der für Versicherungsagenten einschlägigen Bestimmungen setzt entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zum Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand – wie sie etwa bei der Anscheins- bzw Duldungsvollmacht zur Anwendung kommen – voraus, dass der Versicherungsnehmer aus dem äußeren Bild, das sich ihm bietet, schließen durfte, er habe es mit einem Agenten zu tun⁴⁸. Dieser Anschein muss dem Versicherer zurechenbar sein. Der Versicherer muss also einen äußeren Tatbestand schaffen, aus dem auch der sorgfältige Versicherungsnehmer schließen kann, es müsse eine Betrauung durch den Versicherer vorliegen⁴⁹. Der Versicherer muss maW durch sein Verhalten den Eindruck erwecken, er billige den Auftritt des Maklers als sein Agent⁵⁰. Verhält sich der Versicherer bloß passiv, muss es wohl darauf ankommen, ob er die Entstehung des Vertrauenstatbestands in verkehrswidriger Weise verursacht oder geduldet hat.

44 Statt aller *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 267 FN 33.

45 *Fenyves*, VR 7-8/2009, 24 (26).

46 Zum letzteren Fall *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 267 FN 33.

47 *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 5.

48 Zuletzt etwa *Perner*, ZFR 2015, 111.

49 *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 5.

50 *Grassl-Palten*, VR 2003, 135 (bei FN 12).

Entscheidend sind naturgemäß stets die Umstände des Einzelfalles. Maßgebliche Kriterien sind etwa das unwidersprochene Verwenden von Geschäftsschildern mit Namen oder grafischen Symbolen des Versicherers oder die Bezeichnung als dessen „Bezirksstelle“ oder „Ortsvertretung“⁵¹.

Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen ein Makler erst im Nachhinein versucht, sein Auftreten als jenes eines Agenten darzustellen, um – ungeachtet der Regressmöglichkeit des für sein Verhalten allfällig einstehenden Versicherers (§ 1313 ABGB) – zumindest einer Eigenhaftung gegenüber dem Kunden zu entgehen⁵².

D. Gewerblicher Vermögensberater

Der gewerbliche Vermögensberater ist berechtigt zur Vermittlung von Veranlagungen und Investitionen, ausgenommen Finanzinstrumente (gem § 1 Z 6 WAG ua übertragbare Wertpapiere [zB Aktien, Schuldverschreibungen], Geldmarktinstrumente und Anteile an OGAW gem § 2 InvFG und AIF gem § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG), zur Vermittlung von Personalkrediten und Hypothekarkrediten und Finanzierungen und von Lebens- und Unfallversicherungen (§ 136a Abs 1 Z 2 GewO) und zur Beratung bei Aufbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung mit Ausnahme der Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente (§ 136a Abs 1 Z 1 GewO).

Der Vermögensberater ist daher zB zur Vermittlung und Beratung in Bezug auf den Erwerb von (nicht verbrieften) Anteilen an Unternehmen, Anlagen in Bauherrenmodelle, Schiffs- oder Immobilienfonds (sog Geschlossene Fonds, Kommanditbeteiligungen an Publikums-KG) berechtigt, ebenso hinsichtlich Veranlagungen in Gold, Edelsteine, Münzen, Bausparverträge.

Zur Deckungspflicht der Berufshaftpflichtversicherung siehe unter II.B.13.

51 *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 98; *Ertl*, Neuerungen im Versicherungsvertragsrecht, ZVR 1997, 2 (12).

52 Hierzu *Schalich*, Versicherungsmakler und Versicherungsagent im Lichte der Europäischen Richtlinie über Versicherungsvermittlung, VR 2004, 36 (46 f).

II. Ansprüche gegen den Anlageberater

Leupold

A. Gesetzliche Rahmenbedingungen (WAG 2007)

Gesetzliche Rahmenbedingungen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen – und damit insb für Anlageberatung und Anlagevermittlung in Bezug auf Finanzinstrumente – enthält das in Umsetzung der MiFID⁵³ erlassene WAG 2007 (BGBl I 2007/60). Das WAG 2007 ist am 1.11.2007 in Kraft getreten und hat das WAG 1996 (BGBl 1996/753) abgelöst. Für die Beurteilung etwaiger Schadensersatzansprüche ist nicht darauf abzustellen, ob die Geschäftsbeziehung mit dem Anleger noch vor oder nach Inkrafttreten des WAG 2007 begründet wurde. Vielmehr ist auf den Zeitpunkt jener Handlung oder Unterlassung abzustellen, aus der eine Pflichtverletzung abgeleitet wird⁵⁴.

Erklärte Zielsetzung der MiFID ist die Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus der Anleger durch die Harmonisierung der Regelungen der EU-Mitgliedstaaten und die Stärkung des Vertrauens in die Finanzmärkte. Die für die Anlageberatung zentralen Bestimmungen zum Kundenschutz sind im 2. Hauptstück des WAG geregelt. Dabei bilden vor allem die sog **Wohlverhaltensregeln** (conduct of business obligations) der §§ 38 ff WAG „eine der wichtigsten Säulen des Anlegerschutzes“⁵⁵. Sie basieren auf dem Prinzip der Publizität und Informationsvermittlung⁵⁶ und sollen eine informierte Anlegerentscheidung gewährleisten, die darauf abzielt, das Informationsgefälle zwischen dem Wertpapierdienstleister und dem Anleger zu beseitigen⁵⁷.

53 Markets in Financial Instruments Directive, RL 2004/39/EG, ABl L 2004/145; Durchführungs-RL, RL 2006/73/EG, ABl L 2006/241; ferner gibt es eine Durchführungs-VO zur MiFID, VO (EG) 1287/2006, ABl L 2006/241.

54 1 Ob 48/12h ecolecx 2013/121 (Graf) = ÖBA 2013/1927 (Thiede); 6 Ob 179/12k ÖBA 2014/2002 (Klausberger).

55 Möllers in Hirte (Hrsg), Kölner Kommentar WpHG (2007) § 31 Rz 1; vgl auch EBRV 143 BlgNR 23. GP 6 f. Zur strittigen Frage, inwiefern die Wohlverhaltensregeln auch einen Verbraucherschutz bezwecken, siehe Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG § 38 Rz 3 ff mwN zum Meinungsstand.

56 Vgl dazu Kals, Zur Umsetzung der Wohlverhaltensregeln nach der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, ÖBA 1995, 835 (836).

57 Statt aller mwN Gruber, Die Wohlverhaltensregeln, in Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer, Von der MiFID zum WAG 2007 (2008) 84 f.