

SOLIDARHAFTUNG FÜR WERTPAPIERVERMITTLER VERFASSUNGSWIDRIG

Überlegungen zum neuen § 136d GewO

Nicolas Raschauer

Abstract: Mit einer rezenten Novelle zur GewO wurde das neue Berufsbild des „Wertpapiervermittlers“ beschlossen. Durch diesen neuen Beruf hat der Bundesgesetzgeber den umstrittenen „Finanzdienstleistungsleistungsassistenten“ ersetzt. Kernstück der Reform ist neben verschärften Qualifikationserfordernissen (Umwandlung des Berufs in ein reglementiertes Gewerbe) eine Solidarhaftung aller Geschäftsherren, für die ein Wertpapiervermittler tätig ist (§ 136d GewO). Demnach werden Unternehmen zu einer solidarischen Haftung für Wertpapierdienstleister gezwungen, selbst wenn klar ist, dass einer oder mehrere der Finanzdienstleister die fragliche Dienstleistung nicht erbracht hat. Das nachfolgende Manuskript konstatiert, dass die Neuregelung des § 136d GewO mit tragenden Grundsätzen des österreichischen Verfassungsrechts und des Zivilrechts nicht vereinbar ist.¹

Schlagworte: Finanzdienstleistungsassistent, Wertpapiervermittler, Solidarhaftung, Haftpflichtversicherung, Offenlegung, Sachlichkeitsgebot

Normen: § 136d GewO; § 2 Abs 1 Z 15 WAG; §§ 891 ff, 1302, 1313a ABGB; Art 7 B-VG.

Gliederung:

I. EINLEITUNG	9
II. ECKPUNKTE DER FDLA-REFORM	10
III. EXKURS: VERTRAGLICHE BEZIEHUNG ZWISCHEN WPF/WPDLU UND WPV	12

¹ Dem Manuskript liegt eine Anfrage aus der Praxis zugrunde. Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts: 1. 9. 2012. Meinen Mitarbeitern Mag. Georg Granner, LL.B., Dr. Thomas Riesz und Dr. Florian Stangl danke ich für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts. Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber danke ich für seine Diskussionsbereitschaft und weiterführende Hinweise.

IV. WPV UND SOLIDARHAFTUNG	13
A. Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen der Solidarhaftung	14
B. Das Verhältnis des § 136d Satz 3 GewO zu § 2 Abs 1 Z 15 WAG	18
V. VERFASSUNGSRECHTLICHE ANALYSE	19
A. Das Legalitätsprinzip	19
B. Gleichheitsgrundsatz und Sachlichkeitsgebot	21
1. Gleichheitssatz und Ordnungssystem	21
2. Aspekte des Sachlichkeitsgebots	23
C. Erwerbsfreiheit	25
D. Eigentumsfreiheit	26
VI. RECHTSPOLITISCHE KRITIK	28

I. EINLEITUNG

„Strukturvertriebe“ und ihre Finanzdienstleistungsassistenten (FDLA) standen in den letzten Jahren verstärkt im Interesse der Öffentlichkeit. Insbesondere die Rolle der sog Anlageberatungsberufe hat die Politik auf den Plan gerufen. Im Dezember 2008 beschloss der Nationalrat mit EntschlieÙung 1 E/24. GP, die Bundesregierung um Vorlage eines Gesetzesvorschlages zu ersuchen, mit dem das System der Anlageberatungsberufe umfassend reformiert werden soll.² In der EntschlieÙung verlieh der Nationalrat seiner Forderung Ausdruck, dass das Berufsbild des FDLA geprüft werden soll, was allenfalls bis zur Streichung des Gewerbes führen könnte.

Im Diskussionsprozess wurden auch andere Optionen als die nachfolgend zur Diskussion gestellte „Reform“ geprüft, und zwar neben der ersatzlosen Abschaffung des FDLA ein Verbot der Mehrfachvermittlung sowie die verpflichtende

² Zum Hintergrund s zB Winternitz/Steinmair, Finanzdienstleistungsassistent – deleted or reloaded? ZFR 2009, 8.

Konzessionierung der Tätigkeit nach WAG. Diese Alternativen konnten sich jedoch in der Diskussion nicht durchsetzen und wurden schlussendlich verworfen.³

FLDA waren nach der bis Anfang September 2012 geltenden Rechtslage als freiberufliche/gewerbliche Vermittler von Wertpapierdienstleistungen und Wertpapierprodukten für konzessionierte inländische Kreditinstitute (KI), Versicherungen (VU), Wertpapierfirmen (WPF) und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU) tätig. Der Berechtigungsumfang umfasste die Vermittlung von Wertpapieren und Fondsprodukten, soweit dies durch den Konzessionsumfang des jeweiligen Auftraggebers (KI, WPF, WPDLU, VU) gedeckt war. FDLA konnten für mehrere (nämlich mehr als drei) Auftraggeber tätig werden (Mehrfachvermittlung). Der FDLA konnte nur dann Dienstleistungen erbringen, wenn er eine Berechtigung nach GewO⁴ erlangt hatte (freies Gewerbe). Im WAG bestanden zwar Vorschriften zur Vertriebsform des FDLA (Genehmigung der Vertriebsform im Konzessionsbescheid des Rechtsträgers, der Vertriebsagenden auf WpV auslagerte,⁵ Verantwortlichkeit/Haftung des Auftraggebers), jedoch unterlagen FDLA der eingeschränkten Kontrolle der Gewerbebehörden des Bundes. Lediglich in Randbereichen erfolgte eine indirekte (mittelbare) Beaufsichtigung der FDLA auch durch die FMA.⁶ Jedoch bestand für FDLA gem WAG kein Konzessionserfordernis (im Gegensatz zu den jeweiligen Auftraggebern). Dies wurde in der politischen Diskussion offensichtlich als Missstand empfunden.

Ungeachtet eines im Juni 2009 erstatteten Vorhabensberichts der mit der Umsetzung der Entschließung betrauten Ressorts⁷ vergingen mehr

³ Vgl AB 1451 BlgNR 24. GP zur GewO-Novelle BGBl I 2011/99.

⁴ Nachfolgende Verweise auf die GewO 1994 beziehen sich auf die Fassung des BG BGBl I 2011/99, die mit 1. 9. 2012 in Kraft trat (§ 382 Abs 47 GewO; „FDLA-Reform“).

⁵ § 3 Abs 7 WAG.

⁶ Die primäre „Marktaufsicht“ oblag (und obliegt auch nach neuer Rechtslage) den Gewerbebehörden des Bundes.

⁷ Vgl *BMF/BMWFJ*, Vorhabensbericht Finanzdienstleistungsassistenten [FDLA] – Gemeinsame

als zwei Jahre, bis der BMF schließlich im März 2011 einen Ministerialentwurf zu einem „Bundesgesetz, mit dem das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 und die Gewerbeordnung 1994 geändert werden“, in Begutachtung schickte.⁸ Gegenstand des parlamentarischen Verfahrens war schlussendlich eine lediglich geringfügig adaptierte Regierungsvorlage, die im Oktober 2011 im zuständigen Finanzausschuss des Nationalrats behandelt wurde. Nach der Zustimmung des Nationalrats und des Bundesrats wurde der Gesetzesbeschluss mit **BGBl I 2011/99** vom 16. November 2011 kundgemacht. Gemäß § 382 Abs 47 GewO trat die FDLA-Reform mit 1. September 2012 in Kraft.

Ergänzend bleibt anzumerken, dass wir mit einem Regelungsregime konfrontiert sind, das – für das nationale Finanzmarktrecht heute die Ausnahme – nicht unionsrechtlich determiniert ist.⁹ Die einschlägigen Regelungen der MiFID sind daher nicht in die nähere Interpretation der neu geschaffenen Regelungen der GewO einzubeziehen.¹⁰

II. ECKPUNKTE DER FDLA-REFORM

Der FDLA „alter Prägung“ wurde durch das neue Berufsbild des „Wertpapiervermittlers“¹¹ (WpV, § 94 Z 77 GewO) ersetzt.¹² Die Tätigkeit des WpV kann seither von einem (dazu berechtigten)

Verbesserungsvorschläge des BMF und des BMWFJ 17. 6. 2009, III-86 Blg 24. GP NR.

⁸ Vgl 264/ME 24. GP des BMF vom 2. 3. 2011; s referiert zB bei *Fragner/Schimka*, Unternehmensrecht aktuell, GesRZ 2011, 67.

⁹ Dies hat zB zur Konsequenz, dass Implikationen der GRC bei der nachfolgenden Analyse auszuklammern sind.

¹⁰ Der Gesetzgeber hat die Ausnahmeklausel des Art 3 Abs 1 MiFID (RL 2004/39/EG) in Anspruch genommen. Danach können die Mitgliedstaaten anordnen, dass die RL nicht auf bestimmte Personengruppen (wie etwa FDLA) anzuwenden ist. Vgl auch EBRV 1385 BlgNR 24. GP (GewO-Novelle 2011).

¹¹ Also Abkehr von missverständlichen Berufsbezeichnungen (EBRV 1385 BlgNR 24. GP), hin zu (so die Intention der Verfasser der RV) einer klareren begrifflichen Umschreibung. Vgl schon *Michael Gruber*, Der Wertpapiervermittler, ZFR 2012, 110.

¹² Zum neuen Rechtsregime zB *M. Gruber*, ZFR 2012, 110 ff.

„Gewerblichen Vermögensberater“ (§ 94 Z 75 GewO) oder von einem (durch die angesprochene Novelle geschaffenen) WpV ausgeübt werden.¹³ Vom WpV ist wiederum der schon bisher bestehende vertraglich gebundene Vermittler (vgV, § 1 Z 20 WAG) zu unterscheiden.¹⁴

Tätigkeiten als vgV gem § 1 Z 20 WAG¹⁵ dürfen im Rahmen des neuen Gewerbes des Wertpapiervermittlers nicht ausgeübt werden, insb auch nicht von einem Gewerblichen Vermögensberater, wenn dieser als Wertpapiervermittler tätig ist (vgl § 136a Abs 3 Satz 2 GewO¹⁶). Systematisch konsequent verhält sich dazu die Regelungssystematik im ebenfalls durch BGBl I 2011/99 novellierten WAG: Tätigkeiten als vgV dürfen nur durch einen Gewerblichen Vermögensberater (§ 94 Z 75 GewO) ausgeübt werden (vgl § 28 Abs 5 Satz 1 WAG) und auch hier nur dann, wenn dieser nicht als WpV tätig ist (vgl auch § 28 Abs 9 WAG).

Das Gewerbe des WpV stellt weiterhin ein **Anmeldungsgewerbe** dar (§ 339 iVm §§ 136a und 136b GewO). Der Gesetzgeber hat das Gewerbe jedoch von einem freien zu einem **reglementierten Gewerbe** (mit Befähigungsnachweis- und Fortbildungspflicht¹⁷) umgestaltet (§ 94 Z 77 GewO). Einer sonstigen Konzession gem §§ 3, 4

¹³ Vgl §§ 136a–d GewO.

¹⁴ Zur bisherigen Marktstruktur vgl zB *Markus Heidinger*, § 1 WAG Rz 137 ff in *Gruber/Raschauer* (Hrsg), WAG (2010); *Winternitz/Steinmair*, Vertriebsstrukturen nach WAG 2007, ZFR 2008, 164; *Claudia Mayer*, Zur Abgrenzung von Wertpapierdienstleistern in Österreich, ZFR 2011, 256.

¹⁵ § 1 Z 20 WAG idF BGBl I 2011/77 lautet: „*Vertraglich gebundener Vermittler: jede natürliche oder juristische Person, die als Erfüllungsgehilfe oder sonst unter vollständiger und unbedingter Haftung einer einzigen Wertpapierfirma oder eines einzigen Kreditinstituts [Hervorhebung d Verf] Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringt, Aufträge von Kunden über Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente annimmt und übermittelt, Finanzinstrumente platziert oder die Dienstleistung der Anlageberatung erbringt; ein vertraglich gebundener Vermittler ist keine Wertpapierfirma.*“

¹⁶ Arg „...in diesem Fall...“. Vgl auch § 28 Abs 9 WAG.

¹⁷ Dieser Aspekt ist hier zu vernachlässigen (vgl § 136c GewO). Dazu näher *M. Gruber*, ZFR 2012, 111; Rundschreiben der FMA zu WpV v August 2012, abrufbar unter <www.fma.gv.at>.

WAG bedarf es weiterhin nicht. Auch eine gesonderte Haftpflichtversicherung wurde nicht vorgeschrieben.¹⁸ Mit der Gewerbeausübung darf ein WpV jedoch nicht schon ab Anmeldung tätig werden; aufgrund der *lex specialis* des § 136b Abs 2 Satz 3 GewO darf ein Aspirant seine Tätigkeit erst ab der Eintragung in das Gewerberegister aufnehmen. Die Eintragung ins Gewerberegister ist also für die Tätigkeit als WpV konstitutiv.¹⁹

WpV sind nach § 2 Abs 1 Z 15 Satz 1 WAG natürliche Personen mit Gewerbeberechtigung gem den §§ 94 Z 77, 136b GewO, die, wengleich selbstständig, eine oder mehrere Dienstleistungen gem § 3 Abs 2 Z 1 und 3 WAG ausschließlich bezüglich Finanzinstrumenten gem § 1 Z 6 lit a und c WAG in Namen oder auf Rechnung einer WPF oder eines WPDLU erbringen.²⁰ Gem § 136d Abs 1 Satz 1 GewO darf ein WpV für nicht mehr als drei WPF oder WPDLU (nicht mehr auch für KI²¹ und VU) tätig werden.²² Wie sich aus Art 3 Abs 2 MiFID ableiten lässt,²³ sind WpV (im Gegensatz zu vgV) bloß berechtigt, im Namen und auf Rechnung

¹⁸ Vgl auch § 87 Abs 1 GewO. Eine Versicherungspflicht besteht demgegenüber für einzelne WPDLU (§ 3 Abs 6, 4 Abs 3 WAG); WPF unterliegen der Pflicht der Mitgliedschaft in einer Anlegerentschädigungseinrichtung (§ 75 Abs 1 WAG). Auch § 136a Abs 12 GewO, der für Gewerbliche Vermögensberater grds den Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung vorschreibt, ist nicht anzuwenden, wenn eine sonstige (wohl äquivalente) „Haftungsabsicherung“ durch WPF, WPDLU und dgl besteht.

¹⁹ Vgl auch *G. Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO § 136b Anm 3 (11. EL 2012).

²⁰ Schon *M. Gruber* (ZFR 2012, 111 mit FN 15) hat darauf hingewiesen, dass sich in § 2 Abs 1 Z 15 WAG ein Rechtschreibfehler „eingeschlichen“ hat: So hat es zu lauten: „*eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens[s]*“.

²¹ Vgl aber gegenteilig § 1 Z 20 WAG hins vgV.

²² Diese Beschränkung soll dazu dienen, dass eine überschaubare Produktpalette gegeben ist und somit die Beratungsqualität gewährleistet wird. Zudem wird auch die aufsichtsrechtliche und haftungsmäßige Verantwortung verbessert, da der Adressat einer möglichen Haftung nun klarer bestimmbar ist (EBRV 1385 BlgNR 24. GP zu § 2 Abs 1 Z 15 WAG). Krit *Brandl/Saria*, Vom Finanzdienstleistungsassistenten zum Wertpapiervermittler, ZFR 2011, 101 f; *M. Gruber*, ZFR 2012, 112.

²³ Beachte die Erwägungen zur Ausnahmeklausel des Art 3 Abs 1 MiFID oben im Text (s bei FN 10).

inländischer Unternehmen bzw von EWR-Rechtsträgern im Inland zu arbeiten.²⁴

Der erlaubte **Tätigkeitsbereich** des WpV ist – so wie bisher – sachlich eingeschränkt (§ 2 Abs 1 Z 15 WAG),²⁵ nämlich auf die **Anlageberatung** bzw die Annahme und **Übermittlung von Aufträgen** bezüglich übertragbarer Wertpapiere und Anteilen an Kapitalanlagefonds.²⁶ Der Geschäftszweig der Portfolioverwaltung ist WpV und vgV verwehrt. KI und VU ist es entgegen der alten Rechtslage nunmehr untersagt, WpV einzusetzen; dieses „Recht“ ist seit Inkrafttreten der GewO-Novelle BGBl I 2011/99 auf WPF und WPDLU gem §§ 3, 4 WAG beschränkt (§ 4 Abs 5 WAG).

Gemäß der Übergangsvorschrift des § 108 Abs 11 WAG idF BGBl I 2011/99 dürfen FDLA, die vor dem 31. August 2012 die Tätigkeit eines FDLA (gem § 2 Abs 1 Z 15 WAG idF BGBl I I 2007/60) erlaubterweise bereits mindestens ein Jahr ausgeübt haben, besagtes Gewerbe nach Maßgabe der „alten“ Rechtslage weiterhin ausüben – nämlich bis 31. August 2014, somit noch bis zu zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der GewO-Novelle BGBl I 2011/99.²⁷

Um unter die Übergangsbestimmung zu fallen, muss ein FDLA die Tätigkeit gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG mindestens ein Jahr lang, im Durchrechnungszeitraum von 1. November 2007 bis 31. August

²⁴ Näher: WPF und WPDLU mit österreichischer Konzession und Sitz im Inland bzw EWR-Unternehmen, die in Österreich insb im Wege einer Zweigniederlassung tätig sind. WpV ist es ferner untersagt, ohne ausländische Gewerbeberechtigung im Ausland Dienstleistungen zu erbringen. Das Europapassprinzip der MiFID ist auf WpV nicht anzuwenden (FN 10).

²⁵ S auch *M. Gruber*, ZFR 2012, 111.

²⁶ Es handelt es sich um Tätigkeiten iSd § 3 Abs 2 Z 1 und Z 3 WAG mit Bezug auf bestimmte Finanzinstrumente (vgl zur Legaldefinition § 1 Z 4 und 6 WAG).

²⁷ Ziel dieser Bestimmung ist es, eine angemessene Frist für die Aufschulung auf die erhöhten gewerberechtlichen Anforderungen vorzusehen; dies liegt im Interesse der derzeit als FDLA tätigen Personen, aber auch der Vollziehungsbehörden. Es ist zu erwarten, dass im Übergangszeitraum auch ein gewisser Bereinigungseffekt eintritt, da nicht alle derzeit allenfalls nur teilweise als FDLA tätigen Personen sich einer entsprechenden Aufschulung unterziehen werden. Somit besteht auch ein Anreiz zur hauptberuflichen Ausübung, der insgesamt zu einer Verbesserung der Beratungsqualität führt (EBRV 1385 BlgNR 24. GP zu § 108 Abs 10 [Abs 11] WAG).

2012, ausgeübt haben und dementsprechend im FMA-Register als FDLA eingetragen gewesen sein.²⁸

III. EXKURS: VERTRAGLICHE BEZIEHUNG ZWISCHEN WPF/WPDLU UND WPV

Um das Verständnis für die normativen Zusammenhänge zwischen Rechtsträgern iSd § 15 WAG (WPDLU, WPF) und vertraglich gebundenen Finanzdienstleistern einerseits und Wertpapierkunden andererseits nach neuer Rechtslage zu verdeutlichen, ist im Anschluss auf die rechtlichen Beziehungen der einzelnen Akteure des Finanzmarkts zueinander einzugehen.²⁹

Das WAG 2007 hat klargestellt, dass konzessionierte Rechtsträger – auch wesentliche – Aufgabenbereiche wie etwa Dienstleistungen im Rahmen des Vertriebs mit Genehmigung der FMA³⁰ auslagern, dh auf Dritte übertragen können (§ 25 WAG). Ein Rechtsträger kann daher, soweit er seine vertraglichen Pflichten gegenüber Wertpapierkunden nicht selbständig (durch „eigene“ Mitarbeiter) erfüllt,³¹ einerseits mit anderen Rechtsträgern zusammenarbeiten, sich andererseits aber auch selbständiger Gewerbetreibender – sog „vertraglich gebundener Finanzdienstleister“, also etwa vertraglich gebundener Vermittler, die exklusiv für einen Rechtsträger (nämlich eine WPF) tätig sind (vgV; § 1 Z 20 WAG³²), und/oder eines WpV (früher FDLA), der auch für mehrere Rechtsträger tätig sein darf, bedienen. WpV sind, wie gezeigt

²⁸ FMA-RS WpV (FN 17), 11. Für WPF, WPDLU, KI und VU bedeutet dies, dass sie unter den oben genannten Voraussetzungen FDLA bis zum 31. 8. 2014 weiterhin beschäftigen können. Sobald der FDLA jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und eine Gewerbeberechtigung nach § 136a bzw § 136b GewO inne hat, ist er als WpV im FMA-Register gem § 4 Abs 8 WAG zu registrieren und darf nicht mehr als FDLA tätig sein.

²⁹ Dazu bereits *Winternitz/Steinmair*, ZFR 2008, 164.

³⁰ § 3 Abs 7 und § 4 Abs 4 WAG.

³¹ Vgl zB §§ 38 ff WAG.

³² Ein vgV kann aufgrund der Exklusivitätsklausel des § 1 Z 20 WAG nicht auch für andere Rechtsträger als WpV tätig sein. VgV bzw WpV können konsequenterweise auch nicht als Geschäftsleiter einer Wertpapierfirma oder eines WPDLU tätig sein; dies ist mit den Systemvorgaben des WAG nicht vereinbar.

wurde, natürliche Personen,³³ die im Namen und auf Rechnung des WPDLU/der WPF tätig werden und Erfüllungsgehilfe eines konzessionierten Rechtsträgers iSd § 1313a ABGB sind.³⁴ WPDLU/WPF haften daher für das Fehlverhalten ihrer Gehilfen wie für eigenes Verschulden (§ 2 Abs 1 Z 15 WAG).³⁵ WpV haben ihre Dienstleistung höchstpersönlich zu erbringen und können im Rahmen ihrer operativen Tätigkeit für einen oder mehrere Rechtsträger keine Hilfspersonen oder Mitarbeiter heranziehen bzw sich weiterer selbständiger gewerblicher „Subvermittler“ bedienen.³⁶

Ein Vertrag über eine Dienstleistung iSd § 3 Abs 2 WAG kommt demgegenüber (im idealtypischen Fall) zwischen Wertpapierkunde und einem – nicht aber mehreren – WPF/WPDLU zustande. Jener Rechtsträger ist Geschäftsherr, nicht aber der WpV; nur WPF/WPDLU treffen die einschlägigen gesetzlichen bzw zivilrechtlichen (Vertrags)pfllichten gegenüber dem Wertpapierkunden. Ein WpV als Gehilfe selbst steht zum Wertpapierkunden in keinem Schuldverhältnis. Daher trifft den Gehilfen auch keine Haftung wegen Verletzung der Pflichten aus dem Schuldverhältnis; vielmehr haftet er gegenüber dem Wertpapierkunden ggf. deliktisch. WpV und Geschäftsherr haben diesfalls solidarisch zu haften.

Die ratio der Haftung des WPF/WPDLU als Geschäftsherrn gem § 1313a ABGB iVm § 2 Abs 1 Z 15 WAG liegt darin begründet, dass der konzessionierte Rechtsträger zwar berechtigt ist, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen Hilfspersonen heranzuziehen, die Position des Wertpapierkunden aber dadurch nicht verschlechtert werden soll. Würde ein WPLDU/eine WPF nur für eigenes Verschulden haften, dann hätte der Wertpapierkunde bei einem sorgfältig ausgewählten WpV nur einen

Ersatzanspruch gegen diesen Gehilfen, der aber erstens idR weniger zahlungskräftig ist und zweitens mit dem Wertpapierkunden in keiner vertraglichen Beziehung steht und diesem gegenüber daher nur deliktisch haftet.³⁷

Aufsichtsrechtlich knüpft das WAG konsequent an. Die Geschäftsleitung eines konzessionierten Rechtsträgers trifft die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um Geschäftsrisiken im Zuge der Auslagerung von Vertriebstätigkeiten zu vermeiden; sie hat durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass WpV die sie treffende Pflichten einhalten (zB durch Schulungen, Kontrollen, Delegationsvereinbarungen und dgl).³⁸

IV. WPV UND SOLIDARHAFTUNG

Nachfolgend steht weniger die zuvor geschilderte Reform des Regimes der FDLA an sich, sondern eine begleitende Detailregelung der GewO-Novelle 2011 im Zentrum des Interesses, die sich bei genauerem Studium als (verfassungsrechtlich) problematisch erweist. WPF bzw WPDLU haben sicherzustellen,³⁹ dass ein WpV dem Kunden, wenn er Kontakt aufnimmt oder bevor er mit dem Kunden Geschäfte abschließt, mitteilt, in welcher Eigenschaft er handelt und welches Unternehmen er in diesem Zusammenhang vertritt (§ 4 Abs 6 Satz 2 WAG). Flankierend dazu hat der WpV dem Vertragspartner (Wertpapierkunden) bei jeder Geschäftsaufnahme den jeweiligen **Geschäftsherrn** eindeutig **offenzulegen** und auf die Eintragung im Register bei der FMA hinzuweisen (§ 136d Satz 2 GewO).

Erfolgt durch den WpV **keine eindeutige Offenlegung** des vertragsgegenständlichen Geschäftsherrn bzw weist er nicht auf die

³³ § 2 Abs 1 Z 15 WAG. VgV können demgegenüber auch juristische Personen sein (§ 1 Z 20 WAG).

³⁴ Dazu *Judith Schacherreiter* in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (2010) § 1313a; *Rudolf Reischauer* in *Peter Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB II³ (2004) § 1313a.

³⁵ Der Erfüllungsgehilfe wird mit Willen des Rechtsträgers im Rahmen der ihm obliegenden Verbindlichkeiten tätig; das Verhalten des Gehilfen ist insoweit durch den Geschäftsherrn veranlasst worden.

³⁶ *Winternitz/Steinmair*, ZFR 2008, 168. Vgl auch das FMA-RS WpV (FN 17), 4.

³⁷ *Schacherreiter* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 1313a Rz 1.

³⁸ Vgl zB §§ 4 Abs 6; 25 iVm §§ 10, 21 WAG. S weiters § 9 Abs 1 VStG.

³⁹ Angedacht sind offensichtlich binnenorganisatorische Maßnahmen („Kontrollsystem“), die gewährleisten, dass der WpV seinen Pflichten nachkommt. Zu denken ist an Schulungen, Aufsichtsmaßnahmen, Informationsblätter, Weisungen etc. Die FMA wiederum hat – als Ausfluss ihrer Aufsichtspflicht (§ 91 Abs 1 WAG) – zu überwachen, das WPF und WPDLU ihrerseits die gebotenen Maßnahmen setzen.

Eintragung im Register gem § 4 Abs 8 WAG hin,⁴⁰ so **haften alle** gemäß § 4 Abs 8 WAG eingetragenen **Geschäftsherren solidarisch** (§ 136d Satz 3 GewO; dazu sogleich).⁴¹ Gerade diese – gegenüber dem bisherigen Rechtsbestand neu eingeführte – Solidarhaftung erweist sich als problematisch und ist umstritten.⁴² In den Materialien zur GewO-Novelle 2011 findet sich genauso wie in den Erläuterungen zum zugrunde liegenden Ministerialentwurf kein Hinweis, der über Zweck und Reichweite der Solidarhaftung Auskunft gibt.

A. Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen der Solidarhaftung

Die Tätigkeit eines WpV ist systematisch derart konzipiert, dass er hinsichtlich *eines konkreten Rechtsgeschäfts* zwingend als Vertreter / Gehilfe *eines* Geschäftsherrn (WPF, WPDLU) tätig wird, zumal er nicht kraft selbständiger wertpapieraufsichtsrechtlicher Erlaubnis (§ 3 bzw § 4 WAG) am Markt aktiv ist.⁴³ Die Offenlegungsanordnung des § 136d Satz 3 GewO iVm § 4 Abs 6 WAG verfolgt nach der Intention des Gesetzes das Ziel, die Rechtssicherheit für Wertpapierkunden zu erhöhen (Transparenzgedanke). Der Kunde soll Klarheit darüber erlangen, mit wem er tatsächlich eine

Vertragsbeziehung eingeht.⁴⁴ Damit dieses Ziel erreicht wird, hat der WpV jenes Unternehmen offenzulegen, mit dem der Kunde letzten Endes tatsächlich eine Vertragsbeziehung eingeht.

§ 136d GewO statuiert folgende **Tatbestandsvoraussetzungen** der **Solidarhaftung**: Unterbleibt eine fristgerechte⁴⁵ bzw erfolgt keine eindeutige⁴⁶ Offenlegung des vertragsgegenständlichen Geschäftsherrn bzw weist ein WpV einen Wertpapierkunden nicht auf die bestehende Registereintragung (§ 4 Abs 8 WAG) hin, tritt seit 1. September 2012 die Haftungsregelung des § 136d Satz 3 GewO ein. Die GewO verweist idZ auf das WAG. Die FMA hat nämlich gem § 4 Abs 8 leg cit ein öffentliches, laufend zu aktualisierendes Register zu führen. Gemäß § 4 Abs 8 haben WPF oder WPDLU jene WpV, mit denen sie zusammenarbeiten, unverzüglich einzutragen.⁴⁷ Wie bereits ausgeführt, kann ein WpV nur für höchstens drei WPF oder WPDLU aktiv sein.

Dieser vermeintliche Bruch mit allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen überzeugt nicht.⁴⁸ Unklar ist zunächst (mangels Hinweises in den Materialien), ob der Gesetzgeber in der GewO eine lex specialis zu § 1017 ABGB verankern wollte.⁴⁹

Nach allgemeiner zivilrechtlicher Lehre muss dem Dritten aufgrund der Gesamtumstände des Einzelfalls nämlich „nur“ (und sei es konkludent) erkennbar sein, wer ihm als Verhandlungs- und Vertragspartner in welcher Eigenschaft

⁴⁰ Gem § 4 Abs 8 WAG haben WpF oder WPDLU die von ihnen vertraglich herangezogenen WpV unverzüglich in das von der FMA geführte öffentliche Register einzutragen, Änderungen laufend vorzunehmen und die Aktualität der Daten zu überprüfen. Einzutragen sind folgende Daten betreffend WpV: Angabe des Namens, des Geburtsdatums, der Adresse, der Sozialversicherungsnummer sowie der Gewerberegisternummer und des Entstehungsdatums der Gewerbeberechtigung (FMA-RS WpV [FN 17] 10).

⁴¹ Eine verwandte Regelung wurde für Gewerbliche Vermögensberater geschaffen (§ 136a Abs 7 GewO). Dieser Aspekt wird jedoch nachfolgend, mangels normativer Unterschiede zwischen beiden GewO-Regelungen, nicht vertieft.

⁴² So schon im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses krit *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 101 (102 f); *Winternitz/Sonntag*, *Culpa incognita – Sinn und Unsinn der Solidarhaftung bei Offenlegungspflichtverletzungen durch Wertpapiervermittler*, ZFR 2011, 300 ff. Angedeutet auch bei *M. Gruber*, ZFR 2012, 112 mit FN 25.

⁴³ *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 101. Das wird auch in § 4 Abs 6 WAG systematisch vorausgesetzt.

⁴⁴ So ist auch den EBRV 1385 BlgNR 24. GP zu entnehmen, dass die Offenlegungsanordnung in Reaktion darauf eingefügt wurde, dass in der Praxis das vertretene Unternehmen oft nicht auszumachen war.

⁴⁵ *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 101, plädieren (zum [unverändert gebliebenen] § 4 Abs 6 WAG [idF des ME]) für eine so rechtzeitige Offenlegung des tatsächlich kontrahierenden WPDLU, dass dem Kunden noch hinreichend Zeit zur Entscheidung bleibt, ob er das konkrete WPDLU als seinen Vertragspartner akzeptiert.

⁴⁶ Wann eine Offenlegung eindeutig (dh ausdrücklich, oder: keinen Zweifel offen lassend) ist, bleibt unklar (unsubstantiiert idZ EBRV 1385 BlgNR 24. GP). Die Mat nennen als Beispiele eine „eindeutige“ Nennung auf allen Geschäftspapieren oder eine „sonstige eindeutige“ Auskunft.

⁴⁷ Jene Pflicht ist sanktionsbewehrt (§ 95 Abs 11 WAG).

⁴⁸ Dazu noch unten im Text.

⁴⁹ Darauf deutet der Wortlaut des § 136d Satz 3 GewO hin (arg „eindeutig“).

gegenübertritt. Ein Vertretungsverhältnis, dh der Handelnde agiert im Namen bzw auf Rechnung einer anderen Rechtsperson, ist offenzulegen.⁵⁰ Tritt der WpV nämlich als Gehilfe bzw als Vertreter auf, legt aber seinen Geschäftsherrn nicht offen, haftet der Geschäftsherr – ein tatsächlich bestehendes Gehilfen- oder Vertretungsverhältnis vorausgesetzt – für das Verschulden des Gehilfen nach § 1313a ABGB. Tritt der Gehilfe/Vertreter aber so auf, dass sein Vertragspartner ein Eigengeschäft annehmen darf, so haftet der Geschäftsherr schon nach allgemeinem Zivilrecht nicht. Mangels hinreichend deutlicher Offenlegung gegenüber dem Dritten schließt der Bevollmächtigte sonst ein Eigengeschäft, da er dann im eigenen Namen handelt.

Eine **ausdrückliche** Offenlegung (wie von § 136d Satz 3 GewO angeordnet) ist nach hA bzw nach allgemeinen Strukturprinzipien des zivilrechtlichen Vertretungsrechts daher nicht erforderlich. Es genügt, wenn dem Dritten erkennbar ist, dass der Handelnde nicht im eigenen Namen auftreten will, wobei auf den Erkenntnishorizont des Dritten abzustellen ist. Im Regelfall muss für den Dritten darüber hinaus auch ersichtlich sein, für wen der Vertreter handelt, was sich bei unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften häufig zumindest aus den Umständen des Geschäftsabschlusses ergibt. UU bedarf es nach zivilrechtlicher Rsp zT sogar gar keiner Offenlegung; es genügt diesfalls, dass sich der Dritte jederzeit über die Person des Vertretenen informieren kann.⁵¹

Daraus folgt, dass es der Anordnung in § 136d Satz 3 GewO in Wahrheit nicht bedurft hätte. Nach dem (vermeintlichen) Willen des Gesetzgebers sollte jene Norm (dh ihr Wortlaut) jedoch nicht einfach überspielt werden, zumal im Anwendungsbereich des WAG nunmehr Offenlegungen eindeutig, dh ausdrücklich und zweifelsfrei zu erfolgen haben.⁵²

⁵⁰ Vgl dazu zB *Peter Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB³ (2010) § 1002 ABGB Rz 14 ff; *Stefan Perner in Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (2010) § 1017 ABGB Rz 2 ff.

⁵¹ MWH *P. Bydlinski* in KBB³ § 1002 ABGB Rz 15; referiert auch bei *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 103, mwN.

⁵² Denn immerhin bedeutet ein Nachweis eines Vertretungsverhältnisses – im Zusammenhang mit § 136d Satz 3 GewO gesehen – das Vorhandensein eines „Haftungsdachs“ (vgl auch EBRV 1385 BlgNR 24. GP).

§ 136d Satz 3 GewO soll offensichtlich eine verbindliche *lex specialis* gegenüber dem § 1017 ABGB positiveren.⁵³ Mag ein solches Auslegungsergebnis aufgrund des Wortlauts des Gesetzes auf der Hand liegen, überzeugt es unter systematisch-teleologischen Gesichtspunkten nicht. Eine Verschärfung der Offenlegungsgrundsätze des ABGB ist weder geboten noch rechtspolitisch sinnvoll.

Die drei alternativ zu sehenden, haftungsbegründenden Tatbestandsalternativen – nicht fristgerechte bzw nicht eindeutige Offenlegung, fehlender Registerhinweis – sind nun Anknüpfungspunkt für die in § 136d Satz 3 GewO grundlegende **Solidarhaftung**. Erfolgt die Offenlegung daher nicht im Sinne des Gesetzes, wird der konkrete Geschäftsherr daher nicht als Vertragspartner bekannt gegeben, haften *alle* im FMA-Register eingetragenen Wertpapierdienstleister solidarisch; das auch dann, wenn sie *nicht Vertragspartner des konkreten Rechtsgeschäfts* bzw nicht Geschäftsherr im zuvor dargelegten Sinn werden. Legt ein WpV daher ein Vertretungsverhältnis nicht, wie gesetzlich gefordert, fristgerecht und eindeutig offen, tritt die Haftung aller Kooperationspartner des WpV zur ungeteilten Hand ein.

Für die Solidarhaftung könnten, neben der bereits genannten Perfektion des Schutzes bzw des Haftungsfonds der Wertpapierkunden, folgende Überlegungen sprechen. Ein gem WAG konzessionierter Rechtsträger schafft durch den Umstand, dass er sich vertraglich gebundener Finanzdienstleister zur Erfüllung seiner Vertragspflichten bedient, nach Ansicht des Gesetzgebers ein nicht zu unterschätzendes Risiko für Anleger. Verwirklicht sich eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 136d Satz 3 GewO, impliziert das im Lichte des § 4 Abs 6 WAG, dass einer oder mehrere Rechtsträger ihre Kontroll- und Organisationspflichten gegenüber

Es sollen daher keine Personen als berechnigte WpV eingetragen werden, die über ein solches nicht verfügen und daher Dienstleistungen nach dem WAG nicht ausüben dürfen.

⁵³ Darauf deuten die Ausführungen in den Mat (EBRV 1385 BlgNR 24. GP), dass durch die Novelle „*die aufsichtsrechtliche und haftungsmäßige Verantwortung verbessert [wird], da der Adressat einer möglichen Haftung nun klarer bestimmbar ist*“.

WpV offensichtlich nicht ausreichend perfektioniert haben (mangelndes Kontrollsystem). Eine Solidarhaftung aller Rechtsträger erweist sich bei dieser Argumentation als systematisch konsequente Absicherung eines Haftungsdachs für Wertpapierkunden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich die Situation ergeben kann, dass mehrere WPF/WPDLU mit einer „vergleichbaren“ Produktpalette am Markt vertreten sein könnten. In diesem Lichte könnte die Solidarhaftung des § 136d GewO zum Schutze des Wertpapierkunden auch so verstanden werden, dass in diesem Fall eben *einer* der angesprochenen Rechtsträger zur Erfüllung des Rechtsgeschäfts verpflichtet sein soll. *Brandl/Saria* haben jedoch andernorts⁵⁴ zu bedenken gegeben, dass § 136d Satz 3 GewO keinesfalls eine solidarische Haftung aller einschlägigen WPDLU für die in einem solchen Fall im Grunde notwendige Erfüllung des Rechtsgeschäfts anordnet.

Dem könnte wiederum entgegnet werden, dass konzessionierte Rechtsträger wohl wissen werden, wenn ihre Erfüllungsgehilfen auch für andere Rechtsträger mit einer „verwandten“ Produktpalette am Markt operativ tätig sind. WPF/WPDLU könnten den geschilderten Problemkonstellationen von vornherein entgegen gehen, wenn sie, wie in der Praxis geläufig, mit WpV „Exklusivverträge“ abschließen. Dh WpV dürfen nur für einen Rechtsträger tätig werden. Die Reduktion der Anzahl der möglichen Geschäftsherren und des Umfangs der Produktpalette führt freilich zu einer verfassungsrechtlich problematischen Begrenzung der potenziellen Verdienstmöglichkeiten des WpV und des an sich zulässigen Umfangs des Gewerbes des WpV und wäre im Lichte des § 136d Satz 1 GewO problematisch.

Eine die Solidarhaftung rechtfertigende Argumentation (wie sie in den EB zur GewO-Nov 2011 angedeutet ist), dass die Heranziehung eines WpV zur Vermittlung von Finanzinstrumenten durch eine WPF jedenfalls eine (aus Sicht der Wertpapierkunden) per se gefahrgeneigte Tätigkeit darstellen soll und (offensichtlich?) dadurch der spätere Schadenseintritt des Wertpapierkunden bedingt sei, ist zu einseitig. Sie übersieht, dass das schadensauslösende und -geneigte Verhalten nicht unmittelbar auf der Vertragsbeziehung zwischen Geschäftsherren und WpV basiert, sondern in aller

Regel ein Fehlverhalten des WpV selbst dafür kausal war (zB fehlerhafte Aufklärung oder Beratung; mangelnde Offenlegung und dgl). Dieses Fehlverhalten ist jedoch nach allgemeinen Grundsätzen nur einem – nämlich dem konkreten – Geschäftsherrn zuzurechnen (§ 1313a ABGB).

Die in 136d Satz 3 GewO vorgesehene Solidarhaftung kann daher nur dann eingreifen, wenn die Verantwortlichkeit eines der Geschäftsherren für ein Fehlverhalten des Wertpapiervermittlers nach § 1313a ABGB dem Grunde nach feststeht, weil aufgrund einer mangelhaften Offenlegung im Anlassfall der konkret verantwortliche Geschäftsherr nicht ermittelt werden kann.⁵⁵ Man müsste aus Sicht der unbeteiligten Wertpapierdienstleister, denen das Fehlverhalten des WpV nicht ohne Weiteres zugerechnet werden darf, bei Übernahme dieser Argumentation von einer die Unternehmen treffenden, verfassungsrechtlich nicht unproblematischen „**Gefährdungshaftung**“ ausgehen (§ 1306 ABGB).⁵⁶ Doch auch dieser Gedanke ist nicht zwingend. Selbst bei fehlerhafter Offenlegung kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein konkretes Produkt oder eine Dienstleistung – etwa begleitende Geschäftsunterlagen – eine Zuordnung zu einem konkreten Geschäftsherrn erlaubt. Damit wäre die Sinnhaftigkeit der Solidarhaftungsklausel auch aus diesem Grund relativiert.⁵⁷

Die GewO zwingt daher (bis zu) drei voneinander unabhängige Unternehmen in eine Art **Risikogemeinschaft**. Hat sich etwa das WPDLU A auf den Vertrieb von außer- oder vorbörslichen Risikofinanzierungsprodukten spezialisiert und bedient sich zur Aufgabenerfüllung eines WpV, ist dies für die andere „Rechtsträger“, die ebenfalls mit dem WpV kooperieren, ein nicht notwendigerweise kalkulierbares bzw kontrollierbares Risiko, jedenfalls dann, wenn sie nicht „vergleichbare“

⁵⁵ *WKO/Fachverband der Finanzdienstleister*, Stellungnahme vom 21. 3. 2011 zu ME 264/24. GP NR, 3 f.

⁵⁶ Es bleibt zweifelhaft, ob man § 136d Satz 3 GewO ohne entsprechende Hinweise in den Materialien einfach mit Regelungen von der Art des § 146 LFG, § 10 RohrIG, den §§ 53 ff ForstG, den §§ 160 ff MinroG etc wesensmäßig gleichsetzen darf. Die Auslagerung von Vertriebstätigkeiten auf WpV mit den Bestimmungen des AtomHG etc gleichstellen zu wollen, überzeugt nicht.

⁵⁷ Zweifelnd auch *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 103.

⁵⁴ ZFR 2011, 103.

Dienstleistungen und Produkte am Markt anbieten. Es bleibt daher zweifelhaft, wie andere Rechtsträger „sicherstellen“ sollen, dass der von ihnen herangezogene WpV über hinreichende Kenntnisse und die erforderliche Zuverlässigkeit auch hinsichtlich der Produktpalette der jeweils anderen beteiligten Unternehmen verfügt. Dies, weil die in der angesprochenen Konstellation beteiligten Wertpapierdienstleister die durch den WpV vertriebenen, unterschiedlichen Produkte nicht jedenfalls kennen werden. Insb in jenen Fallkonstellationen, in denen einer der beteiligten Rechtsträger andere – durchaus auch risikoträchtigere – Produkte vermittelt, wird das Spannungsverhältnis sichtbar. Die Überwachungs- und Sorgfaltspflichten, die Rechtsträger gem § 4 Abs 6 WAG gegenüber WpV anzuwenden haben, beziehen sich nur auf die jeweils „eigene“ Produktpalette und das jeweils ihnen zuzurechnende Rechtsgeschäft (ein Vertretungsverhältnis vorausgesetzt). Es ist aber gesetzlich nicht vorgesehen, dass Rechtsträger die Produkte und Dienstleistungen auch der „anderen“ Wertpapierdienstleister kennen(lernen) müssten.⁵⁸ Ferner ordnen weder WAG noch GewO an, dass Wertpapierdienstleister Organisations-, Überwachungs- und Sorgfaltspflichten in Bezug auf WpV auch hinsichtlich jenes Verhaltens zu setzen hätten, das „anderen“ Rechtsträgern funktionell zuzurechnen ist. Eine solche Auslegung würde den sachlich rechtfertigbaren Verhaltensmaßstab, den konzessionierte Wertpapierdienstleister gem den §§ 4 Abs 6; 10; 21; 25 WAG iVm §§ 84 AktG; 25 GmbHG; §§ 5; 9 Abs 1 VStG anzuwenden haben, überspannen.

Ferner bleibt unklar, für was WPF/WPDLU in concreto haften sollen, wenn nicht für die Erfüllung eines konkreten Rechtsgeschäfts. Verneint man dies, bleibt dunkel, auf welchen Schaden⁵⁹ sich die

⁵⁸ Stellungnahme des *Österreichischen Rechtsanwaltskammertages* v 15. 2. 2012 (GZ 13/1 12/3) zu ME 264/24. GP NR, 4.

⁵⁹ Eine Argumentation dergestalt (wie sie in den EBRV 1385 BlgNR 24. GP angedeutet ist), dass die Heranziehung eines WpV zur Vermittlung von Finanzinstrumenten durch eine WPF eine gefahreneigete Tätigkeit darstellen soll und (offensichtlich?) dadurch der spätere Schadenseintritt des Wertpapierkunden bedingt sei, ist abzulehnen. Eine derartige Schlussfolgerung übersieht, dass das

Haftung(sanordnung) des § 136d Satz 3 GewO bezieht. Eine mangelnde Offenlegung alleine begründet daher nicht notwendigerweise einen bezifferbaren Schaden des Wertpapierkunden.⁶⁰

§ 136d Satz 3 GewO leidet ungeachtet dessen unter einem weiteren nicht aufkläraren „System- und Gedankenbruch“. Die Anordnung der primären solidarischen Haftung aller eingetragenen WPF/WPDLU (iS einer Gefährdungshaftung) im Falle einer Nichtoffenlegung durch einen WpV bzw eines fehlenden Registerhinweises bedingt systematisch, dass überhaupt ein Vertragsverhältnis zwischen Wertpapierkunde und *einem* WPF oder WPDLU als Geschäftsherr zustande kommt. Die anderen WPF/WPDLU werden nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, soweit keine Offenlegung erfolgt, nicht notwendigerweise Vertragspartner eines Wertpapierkunden. Ein Geschäftsherr existiert daher mangels Offenlegung nicht in jedem Fall.⁶¹ Somit führt die vorgesehene Haftungsregelung, ohne im Einzelfall zu unterscheiden, zur solidarischen Haftung aller eingetragenen Wertpapierdienstleister, obwohl nicht mit allen von ihnen ein Vertrag abgeschlossen wurde.⁶²

Um den Regelungsgehalt des § 136d Satz 3 GewO zu präzisieren, ist iS eines Zwischenresümées festzuhalten: Bis zu drei Unternehmen haften als „ungewollte Risikogemeinschaft“ ungeachtet dessen, dass nicht alle von ihnen Vertragspartner eines Wertpapierkunden wurden, für

- einen (nur schwer bezifferbaren) Schaden des Wertpapierkunden, der dem Kunden (vermeintlich) aus einer ungenügenden bzw

schadensauslösende und -geneigte Verhalten nicht notwendig auf der Vertragsbeziehung zwischen Geschäftsherren und WpV basiert, sondern in aller Regel ein Fehlverhalten des WpV selbst dafür kausal war (zB fehlerhafte Aufklärung, Offenlegung oder Beratung).

⁶⁰ Wollte er mit diesem oder jenem WPDLU kein Rechtsgeschäft abschließen, müsste er diesen Irrtum gem § 871 ABGB (eine fehlende Offenlegung vorausgesetzt) gerichtlich geltend machen.

⁶¹ Es ist natürlich nicht auszuschließen, dass ein Rechtsgeschäft mit einem Wertpapierdienstleister (den, den es konkret betrifft), zustande kommt. Aber die haftungsmäßige Gleichstellung auch der anderen Unternehmen ist prima vista problematisch (Näheres unter V.).

⁶² Vgl auch *Winternitz/Sonntag*, ZFR 2011, 302.

nicht eindeutigen Offenlegung durch einen Vertreter (bzw durch den fehlenden Registerhinweis) entsteht.

- die gesetzlich nicht ausdrücklich präzierte Pflicht zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Rechtsgeschäft.

In Abkehr von §§ 891, 1302, 1313a ABGB bedarf es ungeachtet der Tatsache, dass alle Wertpapierdienstleister ihre Vertriebstätigkeiten auf einen WpV ausgelagert haben, keiner funktionellen Zurechnung des Verhaltens des WpV zu den gem § 4 Abs 8 WAG registrierten Unternehmen, um eine Haftung jener Rechtsträger zu begründen.⁶³ Diese (in den Materialien nicht näher spezifizierte) „Gefährdungshaftung“ ist abzulehnen; eine wesensmäßige Gleichsetzung von § 136d Satz 3 GewO mit Regelungen von der Art der §§ 53 ff ForstG bzw des AtomHG überzeugt nicht, da nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber eine nicht näher differenzierende Gefährdungshaftung der Unternehmen anordnen wollte.⁶⁴

Bei näherer Interpretation des § 136d GewO ist daher unklar, ob die Solidarhaftung der Wertpapierdienstleister auch bei Verletzung anderer als der eigenen, an das konkrete WPF/WPDLU adressierte Pflichten einzutreten hat.⁶⁵ Es mangelt dem Gesetz an einer ausdrücklichen Anordnung, dass ein rechtswidriges Verhalten eines WpV allen eingetragenen Wertpapierdienstleistern konkret/unmittelbar zuzurechnen ist. Auch wenn dem Zivilrecht Solidarhaftungsnormen wie gezeigt nicht fremd sind,⁶⁶ erscheint eine so verstandene

verschuldensunabhängige Haftung der Geschäftsherrn – also das unterschiedslose Entstehen-Müssen für fremdes Verschulden – hinterfragenswert. Das gilt umso mehr, als in Anbetracht des Fehlens eines eigenen rechtswidrigen Verhaltens der WPF/WPLDU und mangels einer Vorschrift über die ausdrückliche Zurechnung des Verschuldens des WpV⁶⁷ zu den Unternehmen die solidarische Haftung gem § 136d Satz 3 GewO im Grunde ohne eigenes oder zurechenbares Verschulden der WPF/WPDLU eintritt.⁶⁸ Einer der zentralen Grundsätze des Zivilrechts (§§ 891, 1302, 1313a ABGB) besagt jedoch, dass eine Haftung wegen einer Schadenszufügung zumindest ein kausales Vorverhalten des Schädigers (und sei es qua funktioneller Zurechnung aufgrund des Verhaltens eines Vertreters) erfordert.⁶⁹ Ein solches ist nach § 136d GewO offensichtlich gerade nicht gefordert. Der Grund für die nicht erforderliche Abweichung des WAG/der GewO von zivilrechtlichen Systemgrundsätzen ist nicht ersichtlich und bleibt daher abzulehnen.

B. Das Verhältnis des § 136d Satz 3 GewO zu § 2 Abs 1 Z 15 WAG

Unklar bleibt darüber hinaus, wie sich § 136d Satz 3 GewO zu § 2 Abs 1 Z 15 WAG verhalten soll. Wie schon nach alter Rechtslage haftet gem leg cit *eine WPF/ein WPDLU* – dh nur **ein konkreter Geschäftsherr** – für das Verschulden eines WpV, deren e[s]⁷⁰ sich bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistungen bedient, gemäß § 1313a ABGB. *M. Gruber* hat bereits klargestellt, dass das Wort „jedenfalls“ – im Hinblick auf die vergleichbare alte Rechtslage – keine sachliche Einschränkung oder Erweiterung der Haftung der

⁶³ Üblicherweise wäre das Fehlverhalten des WpV (einen Vertretungsfall vorausgesetzt) *einem*, nämlich den *konkreten Geschäftsherrn* zuzurechnen, nicht aber allen im Register gem § 4 Abs 8 WAG eingetragenen Wertpapierdienstleistern.

⁶⁴ Die hier analysierte Fallkonstellation erinnert im Entferntesten an Fälle der alternativen Kausalität; freilich mit dem Unterschied, dass hier nicht mehrere Personen rechtswidrig und schuldhaft handeln.

⁶⁵ Ungeachtet dessen, dass sich das Unternehmen nicht eines „eigenen“ Mitarbeiters, sondern „nur“ eines vertraglich gebundenen Finanzdienstleisters zur Erfüllung seiner Pflichten bedient hat.

⁶⁶ Vgl die Beispiele bei *Ernst Karner in Koziol/P. Bydinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB³ (2010) § 1301 ABGB Rz 1; *Friedrich Harrer in Michael Schwimann* (Hrsg), ABGB³ (2005) §§ 1301, 1302 ABGB Rz 23;

Schacherreiter in Kletecka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON (2010) § 1302 ABGB Rz 5.

⁶⁷ Jedenfalls enthält weder die GewO noch das WAG eine dementsprechende Zuordnungsregel. Auf § 2 Abs 1 Z 15 WAG wird sogleich eingegangen.

⁶⁸ Richtig *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 103.

⁶⁹ Lassen sich die „Anteile“ der fahrlässigen Schädiger (Nebentäter), mithin, welche bestimmten Schadensfolgen jedem einzelnen Täter anzulasten sind, nicht zuordnen, haften alle solidarisch (vgl zB OGH 2 Ob 82/06g; 2 Ob 111/09a). Vgl auch die verwandten Regelungen der §§ 62a BWG, 82 Abs 8 VAG: auch die Ersatzpflicht des Bank- bzw Abschlussprüfers erfordert zumindest das Vorliegen von Fahrlässigkeit.

⁷⁰ Im Gesetz ist fälschlicherweise von „er“ die Rede.

WPF/WPDLU zur Folge hat: „*gemeint ist die Haftung für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen nach dem Modell des § 1313a ABGB*“.⁷¹

Neu ist die Erweiterung des § 2 Abs 1 Z 15 WAG um einen vierten Satz, wonach die Haftung des WPDLU/der WPF unabhängig davon einzutreten hat, ob der WpV den jeweiligen Geschäftsherrn (sic!) offenlegt oder nicht. Der telos des § 2 Abs 1 Z 15 WAG ist unklar, zumal im Gesetz die Institute der Gehilfenhaftung (§ 1313a ABGB) und das Stellvertretungsrecht gem ABGB (§§ 1002 ff) vermengt werden. Tritt der WpV nämlich als Gehilfe bzw als Vertreter auf, legt aber seinen Geschäftsherrn nicht offen, haftet der Geschäftsherr – ein tatsächlich bestehendes Gehilfen- oder Vertretungsverhältnis vorausgesetzt – für das Verschulden des Gehilfen bereits gem § 1313a ABGB; dazu bedürfte es des Hinweises in § 2 Abs 1 Z 15 Satz 4 WAG nicht.⁷² Tritt der Gehilfe/Vertreter aber so auf, dass sein Vertragspartner ein Eigengeschäft annehmen darf, so haftet der Geschäftsherr schon nach allgemeinem Zivilrecht nicht. Auch daran kann die Bestimmung in § 2 Abs 1 Z 15 Satz 4 WAG nichts ändern, weil sie ja nur auf die Nichtoffenlegung des „jeweiligen Geschäftsherrn“ abstellt. Inwiefern der gesamte neue Zusatz im Gesetz zu einer Haftungserweiterung oder gar zur Rechtssicherheit beitragen soll, bleibt nach *M. Gruber* „unerfindlich“.⁷³ Dem ist nichts hinzuzufügen. § 2 Abs 1 Z 15 WAG hat demnach keinen *neuen* zusätzlichen Anwendungsbereich und ist für die weitere Untersuchung ohne Belang.

Wenn das bisher Gesagte zutrifft, ist allerdings (im Lichte der zuvor angedeuteten gesetzlichen Zielvorgabe⁷⁴) an der „Treffsicherheit“ und an der Sachgerechtigkeit des in Rede stehenden dritten Satzes in § 136d GewO zu zweifeln. Ganz allgemein wird das erzielte Interpretationsergebnis zum Anlass genommen, die Verfassungskonformität des § 136d Satz 3 GewO zu überprüfen.

V. VERFASSUNGSRECHTLICHE ANALYSE

Nachfolgend ist auf verfassungsrechtliche Implikationen der Solidarhaftung des § 136d GewO einzugehen. Jene Norm ist insb am Maßstab des

⁷¹ ZFR 2012, 111.

⁷² *M. Gruber*, ZFR 2012, 112.

⁷³ *M. Gruber*, ZFR 2012, 112.

⁷⁴ Vgl den Bezug auf die Mat in FN 53.

Legalitätsprinzips, des Gleichheitssatzes, der Erwerbsausübungsfreiheit und der Eigentumsfreiheit zu messen.

A. Das Legalitätsprinzip

Allgemein bekannter Inhalt des B-VG (Art 18 Abs 1) ist das **Legalitätsprinzip**. Die Frage nach der **Gesetzmäßigkeit** genereller Normen stellt die Ausgangsfrage jeglicher verfassungsrechtlicher Diskussion im Finanzmarktrecht dar. Gesetze dieses zunehmend dynamischen Rechtsbereichs sollen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung „hinreichend bestimmt“ sein; in Zeiten, in denen die klassischen Sektoralgesetze BWG, WAG, InvFG, BörseG und dgl unionsrechtsbedingt öfters pro Jahr novelliert werden müssen, kommt gerade dem **Gesetzmäßigkeitsprinzip** steigende Bedeutung zu.⁷⁵ Ein Mindeststandard für das Verwaltungsrecht im Allgemeinen und das Finanzmarktrecht im Besonderen kann weder der *lex lata* noch der Judikatur des VfGH entnommen werden. VfSlg 11.938/1988 hat etwa zum Börserecht⁷⁶ ausgeführt, dass es sich „um Regelungen im Bereich des Wirtschaftlichen handelt, für die der VfGH keine so weitgehende gesetzliche Vorherbestimmung als erforderlich ansieht, wie in Bereichen, in denen der Sache nach eine gesetzliche Regelung den Verordnungsinhalt exakter zu determinieren vermag oder in denen das Rechtsschutzbedürfnis (wie im Strafrecht, im Sozialversicherungsrecht oder im Steuerrecht) eine besonders genaue Determinierung verlangt“. In VfSlg 13.785/1994 wird das „Denken in Materien“ relativiert: „Was möglich und erforderlich ist, kann aber nur im Hinblick auf die jeweils in Frage stehende Regelung, nicht von einem Rechtsgebiet als Ganzem gesagt werden“.

Interpretiert man Art 18 Abs 1 B-VG jedoch in Zusammenschau mit dem Rechtsstaatsprinzip und Art 6 StGG, kann an dieser Stelle für das Finanzmarktrecht an der Schnittstelle zur GewO

⁷⁵ S zB *Bernhard Raschauer* in *Bernhard Raschauer* (Hrsg), *Wirtschaftsrecht*³ Rz 158 ff. S allgemein *Walter Berka*, *Verfassungsrecht*⁴ (2012) Rz 500 ff; *Grabenwarter/Holoubek*, *Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht* (2009) Rz 742 ff. Dies gilt gleichermaßen, wenn eine generelle Norm, wie im Anlassfall, *nicht unionsrechtlich* determiniert ist (s oben FN 10).

⁷⁶ Um einen für das Finanzmarktrecht „passenden“ Vergleichsmaßstab für die weitere Diskussion anzusetzen.

festgehalten werden, dass der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz auch in diesem sensiblen Teilbereich verlangt, dass gesetzliche **Pflichten** der Rechtsunterworfenen dem Regelungsgegenstand entsprechend „ausreichend bestimmt“ sein müssen. Gesetze müssen daher – insb auch für WPF und WPLDU, Wertpapierkunden und WpV –, und sei es durch zusammenschauende Interpretation mehrerer genereller Normen, eine „vorhersehbare“ Rechtslage schaffen. Jene Genannten müssen, um allgemein bekannte Formeln der Judikatur des VfGH zu bemühen, „in die Lage versetzt werden, ihr Verhalten danach [also nach der zitierten Rechtslage, Anm d Verf] auszurichten“. Betrachtet man nun § 136d Satz 3 GewO, wird rasch deutlich, welche Rechtsfolge im Falle einer nicht eindeutigen Offenlegung des „vertragsgegenständlichen Geschäftsherrn“⁷⁷ bzw bei einem fehlenden Registerhinweis einzutreten hat: Alle gemäß § 4 Abs 8 WAG, dh in das „bei“⁷⁸ der FMA geführte Register eingetragenen Wertpapierdienstleister haften solidarisch. Dies selbst dann, wenn sie im Anlassfall mit einem konkreten Rechtsgeschäft nichts zu tun hatten. Man könnte die Untersuchung an diesem Punkt beenden und folgern, dass die hier interessierende Norm des § 136d GewO „ausreichend“ im Sinne des Art 18 Abs 1 B-VG „bestimmt“ ist. Das wäre wohl zu voreilig.

Ein Blick über den viel zitierten „Tellerrand“ macht deutlich, dass zu einer hinreichend determinierten gesetzlichen Regelung nach Art des § 136d Satz 3 GewO wohl mehr gehört als bloß die alleinige Anordnung einer schon dem Grunde nach nicht unproblematischen Solidarhaftung aller, insb auch der im Einzelfall „unbeteiligten“ Wertpapierdienstleister. Auf den ersten (Detail-)Blick bleiben viele Schnittstellenfragen im Unklaren. Welche Rechtsfolgen treten gesetzt den Fall ein, wenn die Solidarhaftung tatsächlich schlagend und einer der eingetragenen WPF/WPDLU zur Haftung gezogen wird? Angesprochen sind zB Fragen des wechselseitigen Regresses der solidarisch Verpflichteten – ist § 896 ABGB maßgebend?⁷⁹ – sowie des Verhältnisses der

eigenen Verantwortlichkeit des WpV zu jener der WPF/des WPDLU.⁸⁰ Weiters ist nicht klar, ob die Haftung der eingetragenen Rechtsträger verschuldensunabhängig besteht,⁸¹ oder – mit Blick auf § 4 Abs 6 WAG⁸² – ob die Haftung (verfassungskonform interpretiert⁸³) nicht doch von einem qualifizierten Auswahl- und Überwachungsverschulden abhängt.⁸⁴ Während der systematisch-teleologische Zusammenhang des § 136d GewO mit den §§ 4 Abs 6, 10, 21 Abs 1 WAG⁸⁵ eher für die letztere Auslegung sprechen könnte, streitet der Wortlaut und die systematische Stellung der in Rede stehenden GewO-Norm⁸⁶ für eine verschuldensunabhängige Haftung. Dieses Auslegungsergebnis ist der weiteren Untersuchung zugrunde zu legen.

Das verfassungsrechtlich gebotene Maß inhaltlicher Vorherbestimmung wurde in § 136d GewO unterschritten. Dafür spricht im Ergebnis, dass der Gesetzgeber mehrere Detailfragen der Solidarhaftung schlicht nicht geregelt hat und das Verhältnis zu sonstigen bestehenden funktionell verwandten Regelungen des ABGB dunkel bleibt. Daraus ergibt sich der Befund, dass das im Finanzmarktrecht bereits liberale Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes⁸⁷ weiter strapaziert wird.⁸⁸ Der Rechtsanwender ist (wieder einmal)

deutet aber (mit Ausnahme des § 136d GewO selbst, was die Art der Offenlegung durch den WpV anlangt) nichts darauf hin, dass der Gesetzgeber bestehende Regelungen des ABGB modifizieren oder im Anwendungsbereich des WAG/der GewO für nicht anwendbar erklären wollte.

⁸⁰ Darauf haben *Brandl/Saria*, ZFR 2011, 103 schon zu Recht hingewiesen.

⁸¹ Dass der Rechtsordnung entsprechende Haftungsregeln nicht unbekannt sind (vgl zB § 5 EKHG; § 53 ForstG), ist nicht neuerlich zu vertiefen.

⁸² Arg Organisations- und Überwachungsverschulden der Geschäftsherren.

⁸³ Vgl näher unter Pkt V.B.2.

⁸⁴ Vgl Regelungen nach Art des § 26 Abs 5 WRG.

⁸⁵ Letztere Normen behandeln die Handlungs-, Organisations- und Überwachungspflichten der Geschäftsleiter einer WPF/eines WPDLU.

⁸⁶ Arg: es handelt sich nach dem Willen des Gesetzgebers (in Kombination mit § 2 Abs 1 Z 15 WAG) offensichtlich um eine Sonderhaftungsnorm außerhalb des ABGB.

⁸⁷ In Konsequenz auf VfSlg 11.938/1988 (siehe zuvor im Text).

⁸⁸ Verwiesen sei etwa auf die Systematik der §§ 189–194 InvFG 2011, BGBl I 2011/77. Treffend zum

⁷⁷ Gemeint ist jene WPF oder jenes WPDLU, das Vertragspartner des Wertpapierkunden sein soll.

⁷⁸ Gemeint ist wohl: von.

⁷⁹ Das Verhältnis von WAG und GewO auf der einen zu bestehenden zivilrechtlichen Grundsätzen wird in den Mat zur GewO-Nov BGBl I 2011/99 nicht näher skizziert. Es

selbst verpflichtet, sich unter Anwendung der gängigen rechtswissenschaftlichen Interpretationsmethoden⁸⁹ ein Bild über die Konsequenzen einer gegebenenfalls schlagend werdenden Solidarhaftung zu machen. Es liegt wohl auf der Hand, die gängigen Grundsätze des Zivilrechts, soweit es Solidarhaftungstatbestände anlangt (insb §§ 891, 896, 1302 ABGB), sinngemäß auf § 136d GewO anzuwenden, um jener Norm die gebotenen Konturen zu verleihen.⁹⁰ Ob das genügt, § 136d GewO noch als verfassungskonform qualifizieren zu können, erscheint zweifelhaft. Eine definitive Antwort wird uns in einigen Jahren wohl nur der zuständige Senat des OGH (im Falle eines Gesetzesprüfungsantrags gem Art 140 B-VG) oder der VfGH selbst geben können. Bis dahin ist der Gesetzgeber aufgerufen, offene Zweifelsfragen zu bereinigen.

B. Gleichheitsgrundsatz und Sachlichkeitsgebot

Bei der nachfolgenden Analyse des § 136d Satz 3 GewO am Maßstab des Gleichheitssatzes (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG) sind zwei Ebenen der Prüfung zu unterscheiden. Zunächst ist die im Interesse stehende Norm innerhalb des „Ordnungssystems“ GewO/WAG einer näheren Untersuchung zu unterziehen (unten 1.), um die GewO-Norm im Anschluss anhand des Sachlichkeitsgebots zu analysieren (s unten 2.).

1. Gleichheitssatz und Ordnungssystem

Nach der traditionellen Formel der Judikatur des VfGH gebietet der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber, auch im Bereich des Finanzmarktrechts Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seinen Eigenarten differenzierend zu regeln.⁹¹ Schon ein

(verfassungsrechtlich nicht unproblematischen) legistischen Zustand des Finanzmarktrechts zuletzt *Bernhard Raschauer*, Gibt es noch Ordnungsprinzipien im Bankaufsichtsrecht?, in *Bernhard Raschauer* (Hrsg) *Aktuelles Bankaufsichtsrecht* (2012) 7.

⁸⁹ Zur Bedeutung derselben bei der Auslegung gesetzlicher Regelungen am Maßstab des Art 18 Abs 1 B-VG vgl zB VfSlg 9227/1981.

⁹⁰ Zwingend ist diese Ansicht freilich nicht, zumal sie nicht notwendig dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

⁹¹ *B. Raschauer*, *Wirtschaftsrecht* Rz 183. Zu Art 7 B-VG näher *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*⁹ (2012) Rz 755 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Verfassungsrecht*¹⁰ (2007) Rz 1348 ff; *Heinz Mayer*, *B-VG*⁴ (2007) 564 ff; *Walter Berka* in *Kneihls/Lienbacher*

erster „Vergleich“ des Haftungssystems für sog „vertraglich gebundenen Finanzdienstleister“ (Gewerbliche Vermögensberater, WpV; §§ 136a Abs 7, 136d Satz 3 GewO) einerseits mit Versicherungsvermittlern (§ 137c GewO) andererseits zeigt, dass jene „vergleichbaren“ gewerblichen Tätigkeiten unterschiedlich ausgestaltet wurden. Im Schrifttum wurde idZ auch auf „Mehrfachvertreter“ nach HVertrG⁹² hingewiesen. Ob diese Berufsgruppe tatsächlich ergänzend in die Betrachtung einbezogen werden sollte, ist zu bezweifeln, zumal nach HVertrG keine vergleichbaren „risikobehafteten“ Finanzinstrumente, sondern „nur“ Waren vermittelt werden. Außerdem sind Handelsvertreter nach Maßgabe der stRsp des VfGH einem anderen „Ordnungssystem“ unterworfen, sodass Handelsvertreter aus der weiteren Analyse auszuklammern sind.

Für Versicherungsvermittler besteht im Gegensatz zu WpV grds⁹³ keine – jedenfalls keine gesetzlich angeordnete – Solidarhaftung; nach § 137c GewO hat „lediglich“ ein ausreichender Versicherungsschutz zu bestehen. Diese Pflicht knüpft jedoch am einzelnen Gewerbetreibenden an, nicht aber am Versicherungsunternehmen.⁹⁴

Derart angelegte Analysen anhand des Gleichheitssatzes stellen methodisch jeweils eine „Gratwanderung“ dar, zumal es gilt, den „richtigen“ Umfang des „gleichheitsrechtlichen Vergleichsmaßstabs“ abzugrenzen und eine sinnvolle wertende Beurteilung zugrunde zu legen.⁹⁵ Für die Beurteilung der „Gleichheit“ sind die für die Regelung relevanten Kriterien maßgeblich. In erster Linie sind damit die „relevanten Lebenssachverhalte“ gemeint, zum Teil können auch (wie im gegebenen Fall) die für diese

(Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* Art 7 B-VG (1. Lfg 2001); *Grabenwarter/Holoubek*, *Verfassungsrecht*⁹ Rz 576; *Magdalena Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

⁹² Darauf machen *Winternitz/Sonntag*, *ZFR* 2011, 301 aufmerksam. Angesprochen sind Handelsvertreter, die für mehrere Unternehmen gleichzeitig aktiv sind.

⁹³ Anderes gilt nur, wenn mehrere VU freiwillig eine uneingeschränkte Haftungserklärung für den Versicherungsvermittler abgegeben haben; andernfalls scheidet eine Solidarhaftung aus.

⁹⁴ Vgl auch § 87 Abs 1 Z 5 GewO.

⁹⁵ Vgl *B. Raschauer*, *Wirtschaftsrecht* Rz 187.

Lebenssachverhalte prägenden Rechtsvorschriften für den Vergleich maßgebend sein.⁹⁶

Legt man der Abgrenzung die restriktive Rsp des VfGH zu sog „Ordnungssystemen“⁹⁷ zugrunde, zeigt sich, dass der Gerichtshof in aller Regel nur immanente, nicht aber auch systemübergreifende Vergleiche zulässt.⁹⁸ Damit sind zumindest die „Grenzen der Vergleichbarkeit“ offenkundig. So mag ein Vergleich zwischen verschiedenen Verfahrens-, Versicherungs- und Berufssystemen regelmäßig nicht zulässig sein.⁹⁹ Allerdings qualifiziert der Gerichtshof regelmäßig außer Relation stehende Unterschiede innerhalb eines Systems als gleichheitswidrig.¹⁰⁰

Eine **Unterscheidung** innerhalb desselben Ordnungssystems muss nach allgemeinen Grundsätzen, um „sachlich“ zu sein, „aus dem **Tatsächlichen“ gerechtfertigt** sein; sie muss den praktischen und üblichen Lebensverhältnissen sowie den wirtschaftlichen Abläufen des jeweiligen „Sektors“ in rationaler und intersubjektiv nachvollziehbarer Weise entsprechen.

Vor dem Hintergrund der Judikatur des VfGH gelangt man zu folgender Beurteilung: Unter der Annahme, dass die vertraglich gebundenen Finanzdienstleister Versicherungsvertreter, Vermögensberater und Wertpapiervermittler ein **Ordnungssystem** (selbständige Berufstreibende nach GewO, die im Namen und auf Rechnung eines Wertpapierdienstleisters/eines VU tätig werden) darstellen,¹⁰¹ ist es auf den ersten Blick

problematisch, wenn nur in einem Fall, nämlich bei Versicherungsvermittlern, eine qualifizierte **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung** als Berufsantritts- und -ausübungsvoraussetzung vorgeschrieben ist (§§ 87 Abs 1 Z 5, 137c Abs 5 GewO). In Bezug auf WpV hat der Gesetzgeber demgegenüber eine systematisch anders konzipierte „doppelte Absicherung“ des Haftungsfonds dergestalt vorgesehen, dass

- einerseits WPF/WPDLU entweder eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen oder einer Anlegerentschädigungseinrichtung anzugehören haben (§§ 3 Abs 6, 4 Abs 3, 75 Abs 1 WAG) und
- andererseits eine Solidarhaftung aller (auch der unbeteiligten) Wertpapierdienstleister für das rechtswidrige Verhalten der WpV bestehen soll, ungeachtet einer ausdrücklichen Zurechnung des Verhaltens des WpV zu allen diesen Unternehmen im Einzelfall (§ 136d Satz 3 GewO).

Bei der näheren Analyse des skizzierten Ordnungssystems ist es jedoch aus Sicht des Anlegerschutzes¹⁰² an sich unproblematisch, dass das Haftungssystem des WAG direkt an WPF/WPDLU anknüpft (Stichwort: Berufshaftpflicht vs Anlegerentschädigung),¹⁰³ während die Systematik der GewO (bezogen auf das hier interessierende Ordnungssystem) eine Versicherungspflicht nur für Versicherungsvermittler vorschreibt.

In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass die Versicherungspflicht für Versicherungsvermittler bzw das Haftungssystem für WPF unionsrechtlich determiniert ist,¹⁰⁴ während für das Regime des WpV keine unionsrechtlichen

⁹⁶ Statt vieler *Bernhard Raschauer*, Die Pflichthaftpflichtversicherung aus verfassungsrechtlicher Sicht, VR 2005, 35, 39 f.

⁹⁷ Dazu zB *Berka* (FN 91), Art 7 B-VG Rz 59; *Pöschl*, Gleichheit 279.

⁹⁸ Statt vieler *B. Raschauer*, VR 2005, 39.

⁹⁹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ Rz 774; VfSlg 8017/1977, 10.084/1984, 11.795/1988, 13.455/1993 ua.

¹⁰⁰ ZB VfSlg 13.026/1992, 16.007/2001. Bekannt ist insb VfSlg 12.418/1990 (unterschiedliche Depotstimmrechte bei Genossenschafts- versus Aktienbanken gleichheitswidrig). Vgl ferner VfSlg 8233/1978, 14.723/1997 (Mindeststeuersatz für Gesellschaften außer Relation zu gesellschaftsrechtlichen Dotationsanfordernissen).

¹⁰¹ Die Handelsvertreter sind im Sinne der restriktiven Haltung des VfGH aus der weiteren Betrachtung auszuscheiden. Sie sind nicht demselben Ordnungssystem zugehörig.

¹⁰² Dabei handelt es sich um das tragende Ziel der GewO-Novelle 2011.

¹⁰³ Als konkreter Geschäftsherr hat nur ein WPDLU/eine WPF für das Fehlverhalten eines WpV einzustehen (§ 1313a ABGB).

¹⁰⁴ Vgl Art 4 Abs 3 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung; AnlegerentschädigungsRL 97/9/EG; Art 7 RL 2006/49/EG über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten. Jene Berufsausübungsvoraussetzungen waren daher zwingend in nationales Recht umzusetzen.

Vorgaben bestehen. Dies legt einen Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers nahe, was die Ausgestaltung des Haftungssystems für das gesetzwidrige Verhalten des WpV anlangt. Der angesprochene Aspekt könnte erklären bzw rechtfertigen, warum der Gesetzgeber in Bezug auf WpV keine funktionell gleichwertige Anordnung über eine Pflichtversicherung getroffen hat. Das entbindet den Gesetzgeber ungeachtet seines aufgezeigten Gestaltungsspielraums dennoch nicht, innerhalb des Ordnungssystems der vertraglich gebundenen Finanzdienstleister ein im Ergebnis adäquates und vergleichbares Haftungsmodell vorzusehen.

Im Zuge der Interpretation und Argumentation der differenzierenden Haftungssysteme ist es mE ferner unerheblich, ob nun eine „Gefahr“ für Wertpapierkunden erst in jenem Zeitpunkt entsteht, in dem ein WpV einen Kunden falsch berät und dabei von zwingenden Handlungsvorgaben des Geschäftsherrn abweicht oder idZ sonstige Pflichten gem WAG und GewO verletzt, oder die „Gefahr“ für Anleger bereits dann eintritt, wenn eine WPF/ein WPDLU Vertriebstätigkeiten auf WpV auslagert. Eine in diesem Punkt differenzierende Argumentation ändert nichts an der hier vertretenen Auffassung, dass die unterschiedliche Ausgestaltung der Haftungssysteme (Anknüpfung der Haftung einmal am Unternehmen WPF/WPDLU, einmal am Gewerbetreibenden) insoweit unproblematisch ist, da das Unionsrecht sowohl für das Gewerbe der Versicherungsvermittlung als auch für WPF nähere Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung des Haftungssystems vorgibt.

Da der Gesetzgeber aber nur in Bezug auf WpV – ungeachtet der bestehenden Haftungsregelungen für WPDLU/WPF – eine Solidarhaftung aller, auch der im Anlassfall unbeteiligten Unternehmen und unabhängig von der konkreten Vermittlungssituation und des jeweiligen Vertragspartners im Einzelfall angeordnet hat, hat zur Konsequenz, dass die GewO innerhalb des Ordnungssystems der vertraglich gebundenen Finanzdienstleister eine im Ergebnis gleichheitswidrige, überschießende Differenzierung vornimmt. Eine vergleichbare Systematik (Solidarhaftung) besteht im Bereich der Versicherungsvermittlung nicht.¹⁰⁵ Zieht man die in

¹⁰⁵ Dass § 136d GewO idZ nicht zwischen professionellen Kunden, die im Anlassfall trotz der fehlenden

Pkt IV.A. dargelegten Überlegungen zur Analyse der aufgezeigten Differenzierung heran, zeigt sich, dass die unterschiedlich ausgestaltete (dh im Bereich der WpV „verschärfte“ bzw doppelte) Haftungssystematik des § 136d GewO im Ergebnis nicht sachgerecht ist. Dies zusammengefasst deshalb, weil § 136d GewO undifferenziert auch an jene WPF/WPDLU anknüpft, die mit einem WpV in anderen Fällen zusammenarbeiten, die aber im konkreten Geschäftsfall keinen kausalen Beitrag zu einem allfälligen Schaden des Wertpapierkunden geleistet haben bzw keine Pflicht zur Kontrolle des WpV hinsichtlich des konkreten Rechtsgeschäfts traf.

2. Aspekte des Sachlichkeitsgebots

Lässt man das Denken in Ordnungssystemen hinter sich, zeigt sich auf einer anderen Ebene des Gleichheitssatzes, nämlich jener der „**autonomen Sachlichkeitsbeurteilung**“, dass § 136d Satz 3 GewO zusätzlichen gewichtigen Bedenken begegnet. Die tragende Bedeutung des Gleichheitssatzes besteht nicht nur darin, Maßstab für die Beurteilung der immanenten Stimmigkeit und Sachgerechtigkeit genereller Regelungen zu sein, sondern auch darin, diese Maßstabsbildung unabhängig vom intellektuellen Vorgang des „Vergleichens“ zur Anwendung zu bringen.¹⁰⁶

Der VfGH hat nämlich dem Sachlichkeitsgebot genereller Regelungen eine Reihe von **Anforderungen** entnommen, die an jene Normen zu stellen sind, die eine **Haftung** einer Rechtsperson für **Schulden/Pflichten/Schäden einer anderen Rechtsperson** (zB Nacheigentümer-Voreigentümer, Eigentümer-Pächter, juristische Person-Organ) anordnen.¹⁰⁷ Die in Rede stehenden

Offenlegung des Geschäftspartners, nämlich aufgrund der vermittelten Produkte bzw der Geschäftsunterlagen, „erahnen“ werden, wer in Wahrheit der jeweilige Geschäftsherr ist, und „normalen Sparbuchsparrern“ differenzieren, sei hier nur am Rande angemerkt.

¹⁰⁶ B. Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 192. Krit Michael Holoubek, Das allgemeine Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes, ÖZW 1991, 72, 80; Pöschl, Gleichheit 260; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ Rz 767.

¹⁰⁷ Sog „öffentliche Lasten-Judikatur“. Zusammenfassend Lewisch/Parker, Strafbarkeit der juristischen Person (2001) 150 ff; Clemens Mayr, Haftung für Abgabenverbindlichkeiten Dritter, ÖZW 2001, 102; B. Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 194.

Judikaturgrundsätze können auch zur näheren Beurteilung des § 136d Satz 3 GewO herangezogen werden.¹⁰⁸

Eine Haftung der zuvor angesprochenen Art ist nach Ansicht des VfGH nur dann sachlich und verfassungsgemäß, wenn

- die Verpflichtung zur Erreichung eines im Allgemeininteresse gelegenen Ziels erforderlich ist;
- grundsätzlich¹⁰⁹ ein die Haftung rechtfertigender sachlicher Zusammenhang zwischen kausalem Verhalten und Schaden besteht:¹¹⁰ Der VfGH fordert zB ein Mitverschulden des haftenden Rechtsträgers, zumindest aber eine haftungsvermeidende Ingerenzmöglichkeit. Grundsätzlich ist es daher unsachlich, „wenn jemand verhalten wird, für etwas einzustehen, womit ihn nichts verbindet“, insb „für Umstände, die außerhalb seiner Interessen- und Einflussphäre liegen“.¹¹¹
- die Verpflichtung so ausgestaltet ist, dass sie vom Verpflichteten im Rahmen des Zumutbaren bewältigt werden kann.
- im Falle einer *subsidiären* (!) solidarischen Haftung der primär Haftpflichtige zuvor¹¹² erfolglos in Anspruch genommen wurde; eine primäre solidarische Haftung mehrerer Rechtspersonen setzt nach VfGH konsequent einen entsprechenden Verantwortungszusammenhang oder wirtschaftlichen Erfolgsvoraussetzung voraus,¹¹³ ansonsten ist

im Allgemeinen nur eine subsidiäre Haftung gerechtfertigt.¹¹⁴

- die Haftung für den Haftenden grundsätzlich betragsmäßig absehbar ist.¹¹⁵

Es ist unbestritten, dass bereits das Vorliegen eines oder mehrerer dieser Kriterien eine sachliche Rechtfertigung einer Haftungsnorm begründen kann. Bei sensiblen Regelungen nach Art des § 136d Satz 3 GewO werden jedoch erhöhte Ansprüche an die legislative Ausgestaltung der Solidarhaftung zu stellen sein, zumal es sich um eine Norm handelt, die eine **primäre Solidarhaftung Dritter**, nämlich der im Anlassfall unbeteiligten WPF/WPDLU anordnet.¹¹⁶ Daher ist bei der weiteren Analyse abzuwägen, ob der Haftende im Einzelfall auf das laufende Verhalten des WpV Einfluss nehmen kann, der Haftende einen wirtschaftlichen Vorteil aus dem die Haftung begründenden Verhalten haben könnte, der Haftende das Haftungsrisiko in zumutbarer Weise abschätzen und eingrenzen und ob der Haftende das Risiko (zB durch alternative Gestaltungsmöglichkeiten) in zumutbarer Weise abwenden kann. Nun wird nicht übersehen, dass die Sicherung eines (nicht näher bezifferten) Haftungsfonds zugunsten von Wertpapierkunden durchaus als öffentliches Interesse anzusehen ist, das die Haftung jener Rechtsträger rechtfertigt, die Vertriebstätigkeiten an externe Gewerbetreibende auslagern.

§ 136d Satz 3 GewO wird jedoch den in der Judikatur des VfGH postulierten sonstigen Voraussetzungen für Haftungsnormen, die an fremdes Verhalten anknüpfen, nicht gerecht und ist daher unsachlich. Einerseits ist evident, dass die Haftung sonstiger WPF/WPDLU gem § 136d Satz 3 GewO, also jener Unternehmen, die nicht Geschäftsherr im Anlassfall sind, unabhängig davon einzutreten hat, ob das für einen allfällig eingetretenen Schadens des Wertpapierkunden kausale Verhalten des WpV tatsächlich allen gem § 4 Abs 8 eingetragenen Rechtsträgern zugerechnet werden kann (Haftung für Drittlasten). Die primäre Haftung einer im Anlassfall unbeteiligten WPF/eines unbeteiligten WPDLU besteht in Abweichung von

¹⁰⁸ Es handelt sich um Einstandspflichten, die gesetzlich angeordnet wurden; noch dazu wird die primäre (!) undifferenzierte Haftung von bis zu drei Wertpapierdienstleistern für fremdes Verhalten angeordnet, ohne dass ihnen im Einzelfall qualifizierte Ingerenzbefugnisse auf das Verhalten des WpV zur Verfügung stehen. Es gibt keinen Grund, daran zu zweifeln, dass die Grundsätze der VfGH-Rechtsprechung nicht auf § 136d Satz 3 GewO anwendbar wären.

¹⁰⁹ „Liberaler“ zB VfSlg 12.008/1989, wonach „öffentliche Interessen“ an der Einbringlichkeit der Schuld genügen sollen; krit *Mayr*, ÖZW 2001, 105 f.

¹¹⁰ VfSlg 12.572/1990; vgl auch VfSlg 11.771/1988.

¹¹¹ VfSlg 5318/1966; 13.583/1993; 15.784/2000; 18.726/2009; *Pöschl*, Gleichheit 521.

¹¹² Dh vor dem Zugriff auf den Subsidiarschuldner.

¹¹³ Partizipieren am Ertrag des Schuldners: VfSlg 11.921/1988.

¹¹⁴ VfSlg 12.008/1989, 14.380/1995.

¹¹⁵ VfSlg 11.921/1988.

¹¹⁶ Es bedarf daher nach hier vertretener Auffassung des gleichzeitigen Vorliegens mehrerer Voraussetzungen im Anlassfall.

§§ 891, 1302 ABGB ungeachtet eines allfälligen Mitverschuldens des haftenden Rechtsträgers; haftungsvermeidende Ingerenzmöglichkeiten kommen den im Einzelfall (an einem Rechtsgeschäft) unbeteiligten Rechtsträgern nicht notwendigerweise zu. Die Kontroll- und Sorgfaltspflichten von konzessionierten Rechtsträgern (§§ 10; 21; 4 Abs 6 WAG) greifen ja, wie gezeigt wurde, nicht in jedem Fall, sondern sind nur dann einschlägig, wenn ein Wertpapierdienstleister konkret als (offenzulegender) Geschäftsherr iSd §§ 2 Abs 1 Z 15 WAG; 1313a ABGB; 4 Abs 6 WAG zu qualifizieren ist und ihm das Verhalten des Vertreters WpV funktionell zugerechnet werden kann.

Es reicht daher idZ nicht aus, entsprechend einem „bekannten Muster“¹¹⁷ des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu argumentieren, die Geschäftsleitung eines Rechtsträgers iSd § 15 WAG habe ihre Aufsichts-, Organisations- und Sorgfaltspflichten gem § 4 Abs 6, 10, 21 WAG iVm §§ 84 AktG, 25 GmbHG gegenüber dem WpV nicht gehörig erfüllt, wenn im Einzelfall eine der Tatbestände des § 136d Satz 3 GewO verwirklicht wird. Jene genannten Pflichten/Einflussmöglichkeiten sind nämlich nicht einschlägig, wenn sich der unbeteiligte Wertpapierdienstleister zur Erfüllung seiner vertraglichen Beziehungen gerade nicht des Vermittlers bedient.¹¹⁸ Letzterer schreitet nämlich in der hier geschilderten Konstellation für einen anderen Geschäftsherrn ein, dem er auch zweifellos zugeordnet werden kann. Es ist daher jedenfalls unsachlich, wenn WPF/WPDLU gesetzlich dazu verhalten werden, für Sachverhaltskonstellationen einzustehen, „womit sie nichts verbindet“, jedenfalls in jenen Situationen, die außerhalb ihrer Interessen- und Einflussphäre liegen.

Ferner darf nicht übersehen werden, dass § 136d Satz 3 GewO die Haftung der sonstigen unbeteiligten WPF/WPDLU nicht subsidiär zu jener des konkreten offenzulegenden Geschäftsherrn ausgestaltet. Im Gesetz findet sich nicht einmal eine Regelung derart, dass der Geschädigte (was nahe liegend wäre) zunächst den Geschäftsherrn, mithin

jenes WPDLU als primär Haftpflichtigen in Anspruch zu nehmen hat, mit dem tatsächlich ein Vertrag abgeschlossen wurde. Auch ein sonstiger wirtschaftlicher Erfolgswahrscheinlichkeit zwischen unbeteiligten WPDLU/WPF und WpV besteht nicht, zumal eine unbeteiligte WPF/ein unbeteiligtes WPDLU nicht aufgrund der Akte des WpV profitiert. Abschließend ist anzumerken, dass auch die Höhe und die Reichweite der Haftung für die unbeteiligten Wertpapierdienstleister im Zeitpunkt der Inanspruchnahme nicht abschätzbar sind.¹¹⁹

Auch insoweit verletzt § 136d Satz 3 GewO den Gleichheitssatz.

C. Erwerbsfreiheit

Ein weiteres zentrales Thema der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Solidarhaftungen ist zweifellos die Vereinbarkeit mit der Gewährleistung der **Erwerbsfreiheit** (Art 6 StGG).¹²⁰ Aufgrund der strukturellen Verwandtschaft zwischen Gleichheitssatz und Erwerbsfreiheit ist zunächst auf die Argumentation zum Gleichheitssatz (insb Pkt V.B.) zu verweisen, die auch der weiteren Beurteilung sub titulo Art 6 StGG zugrunde zu legen ist.

Nach seinem sachlichen Schutzbereich erfasst das Grundrecht jede erwerbsorientierte Betätigung, insb auch gewerbliche Tätigkeiten eines WPDLU/einer WPF gem WAG und GewO. Soweit Eingriffe in den Schutzbereich des Grundrechts zu untersuchen sind, unterscheiden Judikatur und Lehre „Erwerbsantrittsbeschränkungen“ einerseits und „**Erwerbsausübungsbeschränkungen**“ andererseits. Regelungen von der Art des § 136d Satz 3 GewO stellen als „subjektive Ausübungsbeschränkungen“ nach allgemeinen Grundsätzen keine intensiven Eingriffe in das Grundrecht dar. Dennoch gilt auch für die hier interessierenden Eingriffskonstellationen, dass sie nur unter

¹¹⁷ Arg „Wirksames Kontrollsystem“.

¹¹⁸ Oder umgekehrt: Wenn der WpV im Anlassfall im Namen und auf Rechnung eines einzelnen Unternehmens kontrahiert, nicht aber für alle drei.

¹¹⁹ S oben IV.A.

¹²⁰ Näher *Karl Korinek* in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte (2009) § 196 Rz 51 ff; allgemein *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ Rz 885 ff; *Walter Berka*, Grundrechte (1999) Rz 745 ff; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 486 ff; *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rz 1557 ff; *Mayer*, B-VG⁴ 596 ff.

bestimmten – vom Gesetzgeber zu erfüllenden – **Voraussetzungen** gerechtfertigt sind.¹²¹

Keiner näheren Überlegung bedarf es, festzuhalten, dass Solidarhaftungen im Allgemeinen und § 136d Satz 3 GewO im Besonderen dem Schutz eines bestimmten **öffentlichen Interesses** dienen (sollen). So sprach VfSlg 14.611/1996 beispielsweise aus, dass „[d]er Gesetzgeber durch den Gesetzesvorbehalt des Grundrechts der Erwerbsfreiheit ermächtigt [ist], Regelungen zum Schutz des Gemeinwohls oder von Interessenspositionen anderer zu erlassen (...)“. Zuvor wurde dargelegt, dass § 136d Satz 3 GewO offensichtlich zwei Zielsetzungen verfolgt. Einerseits sollen gefahreneigete Tätigkeiten, nämlich die Heranziehung vertraglich gebundener Finanzdienstleister, also auch von WpV, reglementiert und ein möglicher Schaden für Wertpapierkunden eingedämmt werden; andererseits bezweckt der Gesetzgeber mit § 136d Satz GewO die Vergrößerung des Haftungsfonds zugunsten von Wertpapierkunden, wenn es zum Schadenseintritt kommt.¹²² Es ist prima vista nachvollziehbar, dass die Allgemeinheit der Wertpapierkunden – und damit eine Mehrheit der am Finanzmarkt vertretenen Anleger – ein Interesse daran hat, schuldhaft verursachte Schäden vom Schädiger einzufordern zu können.

Soweit ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, darf ein Eingriff nur auf die Art und in dem Umfang erfolgen, als dies das öffentliche Interesse verlangt (**Verhältnismäßigkeitsgebot**). Der Eingriff muss nach bekannten Grundsätzen „zum Ziel führen“, also zur Zielerreichung „erforderlich“ und „geeignet“ sein, unter den zur Zielerreichung erforderlichen und geeigneten Mitteln soll der Eingriff der „gelindeste“ sein.¹²³ In diesem Zusammenhang sind daher Gesichtspunkte der Unsachlichkeit, der Übermäßigkeit und des Außer-Verhältnis-Stehens von Mittel und Zweck von Bedeutung.¹²⁴ In einer Gesamtschau sind schließlich, der Judikatur zufolge, überdies das Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses und die Intensität des Eingriffs von Bedeutung: Je intensiver die Beschränkung der

Erwerbsausübung, desto gewichtiger müssen die rechtfertigenden öffentlichen Interessen sein.¹²⁵

Bei der näheren Interpretation des § 136d Satz 3 GewO gelangt man auch auf dieser Ebene zu dem Befund, dass die nicht nähere differenzierende primäre Solidarhaftung aller gem § 4 Abs 8 WAG eingetragenen WPF/WPDLU verfassungswidrig ist. Aus den zuvor dargelegten Gründen (s V.B.) stellt die Anordnung des § 136d Satz 3 GewO unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unzweideutig nicht das gelindest mögliche Mittel dar, um das gesetzlich verfolgte Ziel der Gefahrenprävention zu erreichen. Nicht nachvollziehbar ist, warum ein gänzlich unbeteiligter Rechtsträger für fremdverursachte, ihm nicht zurechenbare Schäden unmittelbar einstehen soll, bloß weil der für einen seiner Mitbewerber einschreitende WpV gegenüber einem Kunden nicht offengelegt hat, für welchen Wertpapierdienstleister er tatsächlich einschreitet.¹²⁶ Eine bloß subsidiäre Haftung der unbeteiligten WPDLU wurde in der GewO nicht angeordnet.

Die durch § 136d Satz 3 GewO vorgenommene gesetzliche Beschränkung der freien Erwerbsausübung der genannten Rechtsträger steht nach hier vertretener Auffassung in keiner Relation zu den sie rechtfertigenden öffentlichen Interessen. Dies auch aus dem Grund, weil Wertpapierdienstleister Rückstellungen für Haftungsfälle zu bilden haben, für die sie überhaupt nicht verantwortlich sind. Das Unternehmen wird damit in seiner zukünftigen Entwicklungsmöglichkeit gehindert, weil wichtige für die Verfolgung des Unternehmenszwecks benötigte Mittel fehlen (§ 198 Abs 8 UGB). Die Ausübung des Erwerbs wird auch dadurch manifest erschwert.¹²⁷ Damit erweist sich § 136d Satz 3 GewO auch unter dem Blickwinkel des Art 6 StGG als verfassungswidrig.

D. Eigentumsfreiheit

Die verfassungsrechtliche Beurteilung schließt mit einer Untersuchung des § 136d Satz 3 GewO am Maßstab der Art 5 StGG, 1 1. ZP EMRK.¹²⁸ Nach

¹²¹ VfSlg 11.483/1987.

¹²² EBRV 1385 BlgNR 24. GP.

¹²³ Zuletzt etwa VfSlg 19.033/2010.

¹²⁴ B. Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 213.

¹²⁵ ZB VfSlg 11.558/1987, 12.082/1989, 13.328/1993.

¹²⁶ Winternitz/Sonntag, ZFR 2011, 302.

¹²⁷ Zutreffend Winternitz/Sonntag, ZFR 2011, 302.

¹²⁸ Näher Karl Korinek in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundes-Verfassungsrecht (1999 ff) Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK; Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht Rz 476 ff; Berka, Verfassungsrecht⁴ Rz 1542 ff; Mayer,

derzeitigem Stand der Rechtsprechung des VfGH stellt jeder Eingriff in eine wirtschaftlich werthafte Rechts- oder Vermögensposition einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar.¹²⁹

Zunächst erscheint fraglich, ob der sachliche Schutzbereich des Grundrechts eröffnet ist. Wirtschaftliche „Reflexwirkungen“ gesetzlicher Anordnungen, die nicht gezielt auf die Minderung privater Rechts- oder Vermögenspositionen gerichtet sind („Nebeneffekte“), werden nicht als schützenswerte Eigentumseingriffe qualifiziert.¹³⁰

Dies erscheint freilich nicht zwingend, wenn man argumentiert, dass die Bildung von Haftungsrückstellungen (§ 198 Abs 8 UGB) nicht bloß einen unerwünschten wirtschaftlichen Nebeneffekt des § 136d Satz 3 GewO darstellt, sondern den (bilanzmäßig ausgewiesenen) Gewinn eines Wertpapierdienstleisters schmälern kann.¹³¹ Als Konsequenz eines sie nicht unmittelbar betreffenden potentiellen Schadensfalls müssen Rechtsträger iSd § 15 WAG einen ihnen ansonsten zustehenden Gewinn (Eigenkapital) „im Unternehmen belassen“. Das in Rede stehende Eigenkapital steht dem Rechtsträger ohne Vorliegen eines von ihm veranlassten Schadensfalls nicht für weitere Operationen zur Verfügung.

Dieser nicht unproblematische Eingriff in Vermögens(dis)positionen der Wertpapierdienstleister könnte auch unter folgendem Gesichtspunkt einer Überprüfung sub titulo Eigentumsfreiheit zugänglich sein:

Unternehmen werden unabhängig davon, ob sie in irgendeiner Weise für einen potentiellen Schaden verantwortlich sind, daher entgegen tragenden zivilrechtlichen Grundsätzen gezwungen, auf das Verhalten eines ihnen nicht notwendig funktionell zurechenbaren Dritten (WpV) unternehmerisch zu reagieren, indem sie Rückstellungen für potentielle

B-VG⁴ 588 ff; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ Rz 867 ff; Berka, Grundrechte Rz 705 ff; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 1477 ff; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁵ (2012) § 25 I; K. Korinek in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte (2009) § 196 Rz 21 ff.

¹²⁹ S zB B. Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 222.

¹³⁰ B. Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 224; zB VfSlg 12.485/1990, 11.623/1988, 16.802/2003 (letzteres Erk ist nicht zu Art 5 StGG ergangen).

¹³¹ Stichwort: Erhebliches Haftungsrisiko.

Haftungen bilden. Wenn aber jene Rückstellungen nicht auf eigenem Verhalten der Wertpapierdienstleister beruhen, sondern der Gesetzgeber unterschiedslos an fremdes Verhalten anknüpft, auf das das Unternehmen selbst keinen Einfluss hat, erscheint es überschießend, eine bloße wirtschaftliche Reflexwirkung anzunehmen. Stattdessen ist von einem an sich problematischen Eigentumseingriff auszugehen.¹³²

Folgt man dieser Argumentationslinie, ist zu präzisieren: § 136d Satz 3 GewO begründet eine sog „**Eigentumsbeschränkung**“. Bloße Eigentumsbeschränkungen sind nach hA gerechtfertigt, wenn sie mit dem „**Allgemeininteresse**“¹³³ übereinstimmen und in Bezug darauf „**erforderlich**“ sind. Die Beschränkung muss wiederum das „gelindeste zum Ziel führende Mittel“ darstellen. VfSlg 14.075/1995 formuliert etwa: „Der Gesetzgeber [kann] verfassungsrechtlich unbedenklich Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes auf Unversehrtheit des Eigentums berührt oder in anderer Weise gegen einen auch ihn bindenden Grundsatz verstößt und soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt; bei der Normierung von im öffentlichen Interesse liegenden Eigentumsbeschränkungen hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten – auch eine im öffentlichen Interesse gelegene Eigentumsbeschränkung muss somit in einem angemessenen Verhältnis zu dem durch sie bewirkten Eingriff in das Eigentum stehen: Es muss zum einen bei einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und dem Interesse des Betroffenen an der Vermeidung des Eigentumseingriffes das öffentliche Interesse überwiegen und es darf ferner der zur Verwirklichung einer im überwiegenden öffentlichen Interesse getroffenen Regelung vorgenommene Eigentumseingriff nicht weiter gehen als dies zur Erreichung des Regelungszieles notwendig ist.“

¹³² Gleiche Auffassung Winternitz/Sonntag, ZFR 2011, 301.

¹³³ Der VfGH spricht gleichwohl auch iZM Eigentumsbeschränkungen vom Erfordernis eines rechtfertigenden „öffentlichen Interesses“ (zB VfSlg 17.819/2006, Hausbriefächer, Postmarktliberalisierung).

Zwecks näherer Argumentation sei zunächst auf die Ausführungen zum Gleichheitssatz und zur Erwerbsfreiheit (oben V. B., C.) verwiesen. Haftungsrückstellungen der angesprochenen Art erweisen sich auch im Zusammenhang mit der Eigentumsfreiheit – im Ergebnis – als überschießend: Rückstellungen für potentielle Haftungen sind verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie nicht auf eigenem (Fehl-)Verhalten beruhen, sondern undifferenziert an fremdes Verhalten anknüpfen, ohne dass dem Unternehmer selbst Ingerenzmöglichkeiten auf den WpV zukommen.

Bestätigend sei darauf verwiesen, dass VfSlg 13.587/1993 eine ohne Verantwortungszusammenhang statuierte unbeschränkte Verpflichtung des Liegenschaftseigentümers zur Reparatur von Rechtsverstößen durch Dritte („Zustandstörerhaftung“) – sub titulo Eigentumsfreiheit – für unverhältnismäßig erachtete.

Vor diesem Hintergrund verstößt § 136d Satz 3 GewO auch gegen die Eigentumsfreiheit.

VI. RECHTSPOLITISCHE KRITIK

Abschließend sind zwei rechtspolitisch-systematische Aspekte in die Diskussion des § 136d Satz 3 GewO einzubringen, welche die Problematik der angesprochenen Norm verdeutlichen sollen.

1.) Einerseits überzeugt es nicht, wenn die das berufsrechtliche Regime des WpV determinierenden Regelungen neuerlich auf GewO und WAG verteilt werden. Zwar ist nahe liegend, die Antritts- und Ausübungsvoraussetzungen für das Gewerbe des WpV in der GewO selbst zu regeln. Unterstrichen wird dies dadurch, dass schon bisher präzisierende oder einschränkende Normen für verwandte Gewerbe – man denke an vgV – auch im WAG enthalten waren. Wenn jedoch der Gesetzgeber die Ausübung des Gewerbes des WpV zusätzlichen Schranken unterwirft und jene im WAG – nicht aber in der GewO selbst – positiviert (zB in Bezug auf die Zahl der Unternehmen, für die ein WpV tätig werden darf; Organisations- und Kontrollpflichten

des Geschäftsherrn; Offenlegungspflichten iSv Hinweisen auf das von der FMA geführte Register etc) wäre es treffender gewesen, sich um eine Zusammenführung der Berufsausübungsvorschriften in der GewO zu bemühen, an die das WAG anknüpft (oder vice versa).

2.) Deutlich wird das Spannungsverhältnis auch im Bereich der Haftungsregelungen, die WpV betreffen. Sie sind auf drei Gesetze, nämlich GewO, WAG und ABGB, verteilt. Jedoch ist der unübersichtliche „Fleckerlteppich“ systematisch nicht aufeinander abgestimmt. Daher bleibt unklar, welche Intention der Gesetzgeber jener „Systematik“ zugrunde legen wollte.

Der unmotivierte Bruch mit tragenden Systemgrundsätzen des Zivilrechts schließt das negative Gesamtbild, das man bei Interpretation des § 136d GewO gewinnt, ab. Auch wenn die historische Entwicklung der Strukturvertriebe in Österreich und ihr Verhältnis zu vertraglich gebundenen Finanzdienstleistern Motiv für die GewO-Novelle 2011 gewesen sein mag, rechtfertigt dies alleine nicht, ohne Abstimmung mit bestehenden Strukturprinzipien des Zivilrechts einen vermeintlich „verbesserten“ Haftungsfonds für Anleger schaffen zu wollen – noch dazu ohne Rückkoppelung zum Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes. Das intendierte Regelungsziel hat der Gesetzgeber mit Sicherheit nicht erreicht.

Als Resümee bleibt daher festzuhalten, dass die FDLA-Reform zwar einzelne positive Eckpunkte für sich verbuchen kann, wenn man etwa an die neu eingeführte Fortbildungspflicht für WpV denkt. Allerdings wären die aufgezeigten Mängel, will man dem intendierten Reformanliegen wirklich gerecht werden, umgehend zu sanieren.

Über den Autor: Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer ist Abteilungsleiter für Öffentliches Unternehmensrecht an der JKU Linz ([Link](#)).
Kontaktadresse: JKU Staatsrecht und Politische Wissenschaften, Altenberger Straße 69, 4040 Linz
E-Mail: nicolas.raschauer@jku.at