

Österreichischer
RechtsanwaltskammertagDie österreichischen
Rechtsanwälte

Bundesministerium für Finanzen

Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

ZI. 13/1 08/232

GZ 090103/0006-III/5/2008

BG, mit dem das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 und das BWG geändert werden**Referent: Hon. Prof. Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :**I. Allgemeines**

a. Das WAG 2007, BGBl I 60/2007, das in Umsetzung der RL 2004/39/EG ("MiFID") ergangen ist, hat hinsichtlich der Finanzierung der Anlegerentschädigung eine inhaltliche Erweiterung der Vorläuferbestimmungen gebracht¹.

Die Rechtslage vor dem WAG 2007 entsprach der RL 97/9/EG², die für die Finanzierung der Anlegerentschädigung, die sie vorschrieb, keine regulativen Vorkehrungen traf, sondern dies der Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten zwies³. Gemäss § 23b Abs 1 WAG (alt) hatten Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU),

"die die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden (§ 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG⁴) durchführen,"

einer Entschädigungseinrichtung anzugehören. Die Entschädigungseinrichtung war – dem gesetzlichen Auftrag des § 23b Abs 2 Satz 2 WAG (alt) entsprechend – *"in der Form einer Haftungsgesellschaft als juristische Person"* zu betreiben. Die solcherart

¹ Vgl EBRV 143 d. B. XXIII GP, zu § 75 WAG 2007.

² Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger.

³ Vgl Art 4 Abs 1 der RL: *"Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass das System eine Deckung von mindestens 20.000 ECU je Anleger für die in Art 2 Abs 2 bezeichneten Forderungen gewährt."*

⁴ Entspricht der nunmehrigen Wertpapierfirma gemäss § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007.

gegründete *Anlegerentschädigung für WPDLU GmbH* war verpflichtet, die WPDLU als Gesellschafter aufzunehmen. Die Beiträge der einzelnen Mitglieds-WPDLU zur Anlegerentschädigung betragen höchstens 10% des durch § 22 Abs 3 WAG (alt) definierten⁵ Eigenkapitals. Zu beachten ist jedoch, dass die Teilnahme an der Entschädigungseinrichtung nur für WPDLU, die die *Verwaltung von Kundenvermögen mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden durchzuführen*, verpflichtend vorgeschrieben war.

b. Mit dem WAG 2007 wurde die Pflicht zur Teilnahme an der Anlegerentschädigung⁶ auf *Wertpapierfirmen*, wie die vormaligen WPDLU⁷ nunmehr richtlinienkonform⁸ bezeichnet wurden, ausgeweitet, *die eine oder beide der in § 3 Abs 2 Z 2⁹ und 3¹⁰ genannten Dienstleistungen erbringen*. Dies bedeutet einen erkennbaren Schritt zur Erreichung des – auch dem vorliegenden Gesetzesentwurf zu Grund liegenden – Ziels der

*"Stärkung der Leistungsfähigkeit der Anlegerentschädigung und (die) Begrenzung des Risikos von Entschädigungsfällen"*¹¹.

Mit dem ausdrücklichen Verweis auf § 3 Abs 2 Z 3 WAG 2007 sind nunmehr auch jene Anbieter, die sogenannte *Vertriebsplattformen* oder auch *Maklerpools* bilden, über die *freie Mitarbeiter*¹², bzw – nach nunmehr geltender Rechtslage – *Finanzdienstleistungsassistenten*¹³ (FDLAen) tätig werden und Beratungsleistungen hinsichtlich Finanzinstrumente erbringen, verpflichtet, sich an der Anlegerentschädigung zu beteiligen, was – insbesondere angesichts der Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit¹⁴ – **im Interesse des Anlegerschutzes sehr zu begrüßen ist**.

c. Dass für die Finanzierung nunmehr die jeweiligen Umsätze der beitragspflichtigen Wertpapierfirma¹⁵ heranzuziehen sind, anstatt wie bisher deren – unternehmerisch

⁵ Eingezahltes Stamm-, bzw Grundkapital zuzüglich der offenen Rücklagen, wobei in Erweiterung der Eigenmittelerfordernisse der §§ 6 und 6a GmbHG das *"Anfangskapital"* eines WPDLU gemäss § 20 Abs 2 Z 1 WAG (alt) € 50.000,- für gemäss § 1 Abs 1 Z 19 lit a und lit c BWG (Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen und Vermittlung von in § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG genannten Finanzinstrumenten) konzessionierte WPDLU, bzw € 125.000,- für gemäss § 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG konzessionierte WPDLU zu betragen hatte.

⁶ Vgl § 75 Abs 1 WAG 2007.

⁷ Das Gesetz verzichtet jedoch nicht ganz auf den Terminus des WPDLU und bezeichnet mit ihm in § 4 Abs 1 WAG 2007 nunmehr jene Anbieter, die gemäss § 3 Abs 2 Z 1 und 3 WAG 2007 (vgl hierzu die FN 9) Dienstleistungenerbringen, deren Umsatzerlöse aus dieser Tätigkeit jedoch € 730.000,- nicht übersteigen.

⁸ Wengleich im Ohr eines Juristen, der mit „Firma“ eben den Namen des Kaufmannes/Unternehmers (vgl § 17 Abs 1 UGB) und nicht ein Synonym für Unternehmen oder Betriebsstätte verbindet, allzu volkstümlich klingend.

⁹ Portfolioverwaltung durch Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält, also der frühere § 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG.

¹⁰ Annahme und Übermittlung von Aufträgen, sofern diese Tätigkeiten ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben, also der frühere § 1 Abs 1 Z 19 lit c BWG.

¹¹ Vgl Vorblatt zum Entwurf.

¹² Vgl § 19 Abs 2a WAG (alt).

¹³ Vgl § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007

¹⁴ Vgl die jüngsten Medienberichte betreffend den Breitenvertrieb von Finanzinstrumenten durch minder qualifizierte "Berater".

¹⁵ Vgl § 76 Abs 1a WAG des Entwurfes.

steuerbare – Kapitalisierung, wird dem Gedanken einer aufkommensorientierten Risikoverteilung gerecht und ist zu begrüßen. Größeres Geschäftsaufkommen geht mit einem – potentiell – höheren Haftungsrisiko einher¹⁶. Dessen ungeachtet ist zu bedauern, dass der 13. Erwägungsgrund¹⁷ der AnlegerentschädigungsRL 97/9/EG neuerlich keine legislative Berücksichtigung fand. Der Gesetzgeber hat die Gelegenheit versäumt, Anleger zu einer kritischen Befassung mit dem jeweiligen Finanzdienstleister zu verhalten.

d. Unverständlich ist auch, warum die Anlegerentschädigung unverändert nur Wertpapierfirmen, nicht jedoch auch die – nunmehrigen – WPDLU gemäss § 4 Abs 1 WAG 2007 erfasst. Dies irritiert umso mehr, als diesen WPDLU, für die wesentliche Zugangsbeschränkungen nicht gelten¹⁸, durch § 4 Abs 4 WAG 2007 die Dienstleistungserbringung durch die bereits erwähnten FDLAen, für die weder Ausbildungs- noch Qualitätsstandards vorgesehen sind, ausdrücklich gestattet ist. Dass WPDLU gemäss § 4 Abs 1 WAG 2007 ohnedies nur ist, wer mit der von ihm erbrachten Finanzdienstleistung nicht mehr als € 730.000,- Umsatz pro Jahr erzielt, beruhigt nur sehr bedingt. Bei einer angenommenen durchschnittlichen Provisionshöhe von 3,5% des vermittelten Volumens kann ein gemäss § 4 Abs 1 WAG 2007 konzessioniertes WPDLU im Falle einer Fehlberatung einen Schaden von (bei Totalverlust der Anlage) immerhin knapp € 21 Mio verursachen. Zu beachten ist zudem, dass sich jene Unternehmen, die von § 4 Abs 1 WAG 2007 erfasst sind, überwiegend in der Zielgruppe der Verbraucherkredit- und Eigenheimfinanzierungswerber bewegen, sodass das Problem einer Fehlberatung bei der Strukturierung sogenannter *Tilgungsträger*, insbesondere bei *endfälligen Fremdwährungsfinanzierungen*, besonders virulent erscheint.

De lege ferenda wird daher angeregt, die erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers, nämlich die *"Stabilität des Finanzplatzes und das Erreichen konsensueller nachhaltiger Lösungen"* auch unter Einbeziehung der – ohne erkennbaren Grund derzeit ausgesparten – WPDLU zu erreichen.

e. Das Problem der Haftungserleichterungen für WPDLU gemäss § 4 Abs 1 WAG 2007 stellt sich insbesondere in jenen Fällen, in denen der Anleger über den Schadenersatzanspruch des § 40 Abs 1 WAG 2007¹⁹ hinaus den aufgrund der – unzureichenden – Beratung durch das WPDLU geschlossenen Wertpapierkaufvertrag wegen Irrtums anfecht. Wegen der in den ABB²⁰ statuierten

¹⁶ Dieser Gedanke liegt ja zB auch der Gestaltung von Haftpflichtversicherungsprämien – zB für Rechtsanwälte – zugrunde, die relativ linear mit dem Umsatz des versicherten Anwaltes bzw Anwaltsunternehmens ansteigen.

¹⁷ "Damit die Anleger ermutigt werden, die Wertpapierfirma sorgfältig auszuwählen, ist es angemessen, den Mitgliedstaaten zu gestatten, dass sie vorschreiben, dass der Anleger einen Teil der möglichen Verluste selbst zu tragen hat."

¹⁸ So etwa fehlt es bei dieser Art der Dienstleistungserbringung an dem durch § 5 Abs 1 Z 12 BWG statuierten Vier-Augen-Prinzip ebenso wie dem beruflichen Ausschließlichkeitsgebot für die Geschäftsleiter gemäss Z 13 leg cit. Die deutlich eingeschränkten, bzw wegen des ausdrücklichen Ausschlusses der Geltung von § 9 Abs 2 WAG 2007 überhaupt fehlenden Kapitalisierungserfordernisse für diese WPDLU werden – gemessen am potentiellen Risiko – durch eine *Berufshaftpflichtversicherung* (§ 4 Abs 2 Z 2 WAG 2007) nur unzureichend kompensiert, für die eine Versicherungssumme von bloß € 1 Mio (§ 4 Abs 2 3 WAG 2007) gesetzlich vorgeschrieben ist.

¹⁹ Zu Lehre und Rsp vgl § 13 WAG alt.

²⁰ Vgl Z 63 ABB.

Kommission durch Selbsteintritt des Kreditinstitutes, an das das WPDLU den Wertpapierkaufauftrag übermittelt, und das meist auch Depotbank ist, könnte sich der Irrtumsanfechtungsanspruch grundsätzlich gegen dieses Kreditinstitut richten, was freilich ein völlig unangemessenes und bei richtiger Betrachtung auch de lege lata nicht zutreffendes Ergebnis wäre. Eine ausdrückliche Klarstellung des Gesetzgebers, dass die Wertpapierfirma, bzw. das WPDLU²¹, das die Beratung erbringt, grundsätzlich *Dritter* iSd § 875 ABGB, nicht jedoch Erfüllungsgehilfe des Kommissionärs – und damit des Kreditinstituts – ist, wäre gerade im Zusammenhang mit dem "Weiterbau" der Anlegerentschädigung wünschenswert gewesen.

II. Zum Entwurf des § 75 Abs 5 bis 8 WAG 2007

a. Mit dem Entwurf des **§ 75 Abs 6 WAG 2007** soll Gesetz werden, was der OGH²² in Anlehnung an den BGH²³ und die deutsche Lehre²⁴ unmittelbar nach Inkrafttreten des WAG 2007, jedoch noch unter Anwendung der alten Rechtslage des § 13 WAG²⁵ zu Recht erkannte. Da sich der Regelungsgehalt schon zuvor aus § 1009 ABGB²⁶ ergab, und der OGH in der zitierten Entscheidung auch ausdrücklich auf die sich aus dem Auftragsrecht ergebenden Treuepflichten Bezug nimmt, scheint sich der Anwendungsbereich der neuen Bestimmung in der Schaffung eines durch den ebenfalls neu eingeführten § 95 Abs 3 WAG 2007 sanktionierten Straftatbestandes²⁷ zu erschöpfen.

b. Sofern es sich beim Entwurf des **§ 75 Abs 6 WAG 2007** um ein Schutzgesetz handeln sollte, wäre dies insofern überschießend, als die durch die Bestimmung statuierte Aufklärungs- und Hinweispflicht ohnedies durch den Beratungsvertrag sanktioniert ist und sich somit die Beweislastumkehr zu Lasten des Beraters ohnedies bereits aus dem Vertrag ergibt.

c. Da die Bestimmung des **§ 75 Abs 6 WAG 2007** einen Haftungstatbestand bildet, ist unklar, warum sie dem Kapitel "*Anlegerentschädigung*" des WAG 2007 zugeordnet werden soll, und nicht – wie dies systematisch logisch wäre – § 40 WAG 2007, für den die Judikatur und das Komplementärrecht des ABGB den Haftungsinhalt, der nunmehr durch § 75 Abs 6 WAG 2007 transportiert werden soll, ohnedies bereits gebildet haben, einfach um die Sanktion des § 95 Abs 3 WAG 2007 ergänzt wird.

²¹ Aber natürlich auch die Wertpapierfirma.

²² OGH 7. November 2007, 6 Ob 110/07f, ecolex 2008/37

²³ BGH 19.12.2000 – XI ZR 349/99 (Köln), NJW 2001, 962; BGH 19.12.2006 – XI ZR 56/05 (OLG München), NJW 2007, 1876.

²⁴ Koller in Assmann/Schneider, WpHG⁴ § 31 Rz 85; vgl auch Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 694.

²⁵ Nunmehr § 40 Abs 1 WAG 2007.

²⁶ Vgl für alle P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB², § 1009 mwN.

²⁷ "Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers die Informationspflichten des § 75 Abs 5 bis 8 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu € 10.000,- zu bestrafen."

d. Anderes gilt für das Verbot der Entgegennahme von Kundengeldern, auf das die Wertpapierfirma²⁸ gemäss **§ 75 Abs 7 WAG 2007** bei Vertragsabschluss hinweisen muss. Es ist als Konzessionsvoraussetzung bereits in § 3 Abs 5 Z 4 WAG 2007 geregelt, wobei es sich hierbei offensichtlich um kein Schutzgesetz, sondern um eine Voraussetzung der Konzessionserteilung handelt. Die Bestimmung scheint geeignet, Missbrauchsfällen, die insbesondere in Zeiten der Börsen-Hausse zuzunehmen scheinen, einen Riegel vorzuschieben.

e. In diesem Zusammenhang, insbesondere jedoch im Interesse der Transparenz, sollte die Bestimmung des **§ 75 Abs 8 WAG 2007** gute Dienste leisten, die die Wertpapierfirmen²⁹ zur Offenlegung der marktüblichen Provisionen und Entgelte verpflichtet. Empfehlenswert wäre, bei der Erhebung dieser marktüblichen Provisionen und Entgelte auch verbraucherseitig eine institutionalisierte Interessenvertretung (etwa den VKI) einzubinden.

Wien, am 7. Januar 2009

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



²⁸ Nach dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht das WPDLU, worin ein Ergänzungsbedarf beim vorliegenden Gesetzesentwurf zu sehen ist.

²⁹ Wiederum finden die WPDLU keine Erwähnung.