

# Finanzvertrieb über „Tippgeber“ – aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen und aktuelle Zurechnungsfragen

## Der Beitrag schnell gelesen

In zwei aktuellen Entscheidungen befasst sich der OGH erstmals an der Schnittstelle von Wertpapieraufsichtsrecht und Zivilrecht mit dem Vertrieb von Veranlagungen über einen „Tippgeber“. Nach einem Überblick über die etwas unübersichtlichen aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen analysiert der Beitrag die Haftung des Tippgebers nach § 1313a ABGB für Fehlberatungen trotz internen Beratungsverbots. Abschließend werden, losgelöst von den Anlassfällen, noch mögliche Ansprüche gegen den Vermögensverwalter beleuchtet, der sich des Tippgebers bedient.

## Bankvertragsrecht; Wertpapieraufsichtsrecht; Zivilrecht

§§ 1295 ff, 1300, 1313 a ABGB; §§ 136 a, 376 GewO 1994; §§ 1, 3, 35, 36 WAG 2018  
OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23 k; 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23 y  
ÖJZ 2024/36



PD Dr. BERNHARD BURTSCHER ist Vertretungsprofessor für Bank- und Finanzmarktrecht an der Universität Liechtenstein.

Dr. PATRICK RASCHNER ist Universitätsassistent (Postdoc) am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck und Associated Researcher am European Banking Institute.

## Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
- B. Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen
  - 1. Tippgeber – Vermögensberater – Anlageberater
  - 2. Beurteilung in den Anlassfällen
- C. Haftung der Tippgeberin
- D. Haftung des Vermögensverwalters
  - 1. Haftung für zugerechnetes Verschulden
  - 2. „Eigenhaftung“ des Vermögensverwalters
- E. Fazit

## A. Problemaufriss

Der Vertrieb von Finanzprodukten wirft immer wieder schwierige Zurechnungsfragen auf,<sup>1</sup> weil Finanzprodukte meist im Weg einer regelrechten „Retailkaskade“<sup>2</sup> über verschiedene Vertriebsstufen an den Endkunden gebracht werden.<sup>3</sup> Eine solche „komplexe Vertriebsstruktur“<sup>4</sup> zeigt sich auch in zwei jüngeren Entscheidungen des OGH (17 Ob 8/23 k und 5 Ob 84/23 y<sup>5</sup>). Beide Entscheidungen betreffen denselben Sachverhaltskomplex, der auch den folgenden Ausführungen zugrunde liegt: Die liechtensteinische I-AG bietet Vermögensverwaltungsdienstleistungen an. Im Vertrieb setzt sie eine sogenannte „Tippgeberin“ ein, die sich ihrerseits weiterer Geschäftspartner bedient. Einer dieser „Sub-Tippgeber“ rät den späteren Kl zu einer Anlage bei I. Als sich diese Anlage nicht wie gewünscht entwickelt, machen die Kl einen Beratungsfehler geltend und verlangen Ersatz. Der Sub-Tippgeber habe ua das Totalverlustrisiko verschwiegen. Die Kl klagen aber nicht ihren unmittelbaren Vertragspartner I (dazu unter D.), sondern die „Tippgeberin“, in deren Namen der Sub-Tippgeber den Kl den mutmaßlich falschen Rat erteilte.

## B. Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen

### 1. Tippgeber – Vermögensberater – Anlageberater

Um die Frage nach einer Haftung der beklagten Tippgeberin beantworten zu können, muss man zunächst wissen, was ein Tippgeber überhaupt ist und welche Handlungen er setzen darf. Die aufsichtsrechtlichen Vorgaben dazu sind freilich etwas unübersichtlich.

Ausdrückliche gesetzliche Regeln zum Tippbergergeschäft existieren nur für den Versicherungsvertrieb. In Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben<sup>6</sup> enthält § 376 Z 18 Abs 8 GewO 1994 eine gesetzliche (Negativ-)Umschreibung der Tippgebertätigkeit in Abgrenzung zur „Versicherungsvermittlung“.<sup>7</sup> Die Tätigkeit des Tippgebers in Bezug auf Versicherungsprodukte besteht hier nach darin, Personen, die an der Vermittlung von Versicherungsverträgen interessiert sind, an Versicherungsvermittler oder Versicherungsunternehmen zu verweisen.<sup>8</sup> Wenngleich vergleichbare Vorgaben im Wertpapieraufsichtsrecht fehlen,<sup>9</sup> erscheint eine Orientierung an diesen Vorgaben auch für den Vertrieb von Vermögensanlagen sinnvoll. Das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft spricht in diesem Zusammenhang von der „Namhaftmachung von Personen, die an der Beratung und Vermittlung von

<sup>1</sup> Statt aller *Lamplmayr*, Der arbeitsteilige Vertrieb von Wertpapieren (2015) 222 ff.

<sup>2</sup> *Russ*, Prospektverwendung in der „Retailkaskade“ – Wertpapiervertrieb nach § 3 Abs 3 KMG, in FS Torggler (2013) 1051 (1055 f).

<sup>3</sup> *Baum*, Pflichten und Haftung im arbeitsteiligen Vertrieb von Finanzprodukten, ÖBA 2010, 278.

<sup>4</sup> *Dullinger*, Zur Eigenverantwortung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung, in FS Reischauer (2010) 101 (104).

<sup>5</sup> Dazu schon *Schmid*, Vermögensverwalter, Tippgeber und zugerechnete Gehilfen oder: Eine Konzessionszurücklegung und ihre Folgen, ZFR 2023, 546 (546).

<sup>6</sup> Siehe Art 2 Abs 2 lit c und d der IDD.

<sup>7</sup> Dazu näher *Brandl*, Der Vertrieb von Versicherungen im Internet, VbR 2015, 16 (18); *Raschauer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO (2015) § 376 Rz 39.

<sup>8</sup> *Gruber*, Der Tippgeber, ZFR 2014, 356 (356).

<sup>9</sup> Vgl zB auch *Zahradnik/Repic*, Grundlagen der Wertpapieraufsicht: Entwicklung und Anwendungsbereich, in *Dämon* (Hrsg), Handbuch WAG (2023) 1 (24).

Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten [...] interessiert sind“<sup>10</sup>

Die Aufgabe eines Tippgebers erschöpft sich somit darin, Kontaktdaten interessierter Kunden an den jeweiligen Dienstleister oder umgekehrt Kontaktdaten des Dienstleisters an interessierte Kunden (meist gegen eine Provisionszahlung im Erfolgsfall) zu übermitteln. Ein Tippgeber soll dabei nur abstrakt in Frage kommende Kontrahenten namhaft machen, aber keine konkreten Vertragsschlüsse vermitteln. Er ist daher nach der gesetzlichen Grundkonzeption weniger als ein Vermittler oder Berater,<sup>11</sup> was sich auch in den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an das Tippbergeschäft niederschlägt. Der Tippgeber übt ein freies Gewerbe aus.<sup>12</sup> Er muss seine Tätigkeit daher nur anmelden, bedarf aber keines Befähigungsnachweises.

Damit ist das Gewerbe des Tippgebers scharf von anderen – durchaus artverwandten – Gewerben abzugrenzen, deren Ausübung einer Gewerbeberechtigung oder sogar einer oftmals prohibitiv wirkenden Konzession nach § 1 BWG oder § 3 WAG 2018 bedarf.<sup>13</sup> So übt etwa der „gewerbliche Vermögensberater“ nach § 136a GewO 1994 ein reglementiertes Gewerbe aus.<sup>14</sup> Der gewerbliche Vermögensberater ist – wie schon sein Name nahelegt – ganz allgemein zur Beratung in finanziellen Angelegenheiten berechtigt, namentlich zur „Beratung bei Aufbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung“ (§ 136a Z 1 GewO 1994). Die Gewerbeberechtigung umfasst auch die Vermittlung von „non-financial instruments“ (vgl. genauer § 136a Z 2 GewO 1994). Nicht berechtigt ist der gewerbliche Vermögensberater hingegen zur Beratung über Finanzinstrumente iSd § 3 Abs 2 Z 1 WAG 2018 (§ 136a Abs 1 Z 1 GewO 1994).

Damit grenzt sich der gewerbliche Vermögensberater wiederum vom „Anlageberater“ nach WAG 2018 ab. Wer nämlich über Finanzinstrumente berät, übt eine Wertpapierdienstleistung aus, wofür es einer Konzession als Wertpapierfirma oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem §§ 3f WAG 2018 bedarf. Die Anlageberatung wird in § 1 Z 3 lit e WAG 2018 definiert als „Abgabe persönlicher Empfehlungen [...] über Geschäfte mit Finanzinstrumenten an einen Kunden, sei es auf dessen Aufforderung oder auf Initiative des Erbringers der Dienstleistung“. Von der oben beschriebenen Tippgebertätigkeit unterscheidet sich der Tatbestand schon dadurch, dass sich die Empfehlungen des Anlageberaters auf ein konkretes Geschäft oder mehrere konkrete Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen.

Die Teleologie hinter der eben skizzierten Dreiteilung zwischen (1.) freiem Gewerbe (Tippgeber), (2.) Erfordernis einer Gewerbeberechtigung (gewerblicher Vermögensberater) und (3.) Erfordernis einer WAG-Konzession (Anlageberater) liegt auf der Hand. Wer als Tippgeber bloß abstrakt abschlusswillige Kontrahenten namhaft macht, ist für den potentiellen Kunden idealtypisch ungefährlich; eine Einwirkung auf den Willensentschluss des Kunden erfolgt nicht und der eigentliche (potentiell „gefährliche“) Vertragsschluss erfolgt erst später. Wer allgemein in Vermögensangelegenheiten berät, ist schon „etwas gefährlicher“, darf aber gerade in „besonders gefährlichen“ Angelegenheiten (Finanzinstrumente) nicht beraten. Und wer über konkrete Finanzinstrumente berät, übt eine für den Kunden besonders gefährliche Dienstleistung aus.

Freilich verwischt das Aufsichtsrecht selbst die scheinbar scharfe Dreiteilung. So dürfen gewerbliche Vermögensberater zwar im eigenen Namen keine Wertpapierdienstleistungen erbringen, sie dürfen dies aber sehr wohl im Namen und auf Rechnung konzessionierter Wertpapierdienstleister tun.<sup>15</sup> Gewerbliche Vermögensberater sind nämlich gem § 136a Abs 3 und 8

GewO 1994 auch zu den Tätigkeiten als „vertraglich gebundene Vermittler“ (vgV) oder als „Wertpapiervermittler“ (WPV) berechtigt.<sup>16</sup> Damit können sie entweder ganz allgemein Kundenaufträge annehmen und übermitteln, Finanzinstrumente platzieren und Anlageberatungen hinsichtlich Finanzinstrumente erbringen (vgV) oder zumindest eine Anlageberatung sowie Abschlussvermittlung in Bezug auf übertragbare Wertpapiere und Investmentfondsanteile vornehmen (WPV).<sup>17</sup> Konsequenz ist freilich eine Gehilfenzurechnung an den konzessionierten Dienstleister, sodass dem Anleger, der eine Anlageberatung in Anspruch nimmt, auch ein Haftungsadressat zur Verfügung steht, der über die notwendigen aufsichtsrechtlichen Bewilligungen verfügt (s ausdrücklich § 36 Abs 2; § 37 Abs 2 WAG 2018).

## 2. Beurteilung in den Anlassfällen

Während somit die aufsichtsrechtliche Ausgangslage schon kompliziert genug erscheint, wurden die skizzierten rechtlichen Kategorien in den Anlassfällen offenbar noch weiter vermischt. Sowohl die Bekl („Tippgeberin“) als auch die Sub-Tippgeber waren jeweils gewerbliche Vermögensberater. Sie durften somit aufsichtsrechtlich Vermögensberatung iSd der GewO anbieten. Darüber hinaus durften die Sub-Tippgeber unter dem „Haftungsdach“ eines konzessionierten Wertpapierdienstleisters – offenbar als vgV oder WPV – aufsichtsrechtlich auch über Finanzinstrumente beraten und jene Produkte vermitteln, welche die Bekl mangels eigener Wertpapierkonzession nicht vertreiben durfte (§§ 36f WAG 2018).<sup>18</sup>

Gerade hinsichtlich der streitgegenständlichen „I-Produkte“ wurden die gewerblichen Vermögensberater indessen zu bloßen Tippgebern degradiert. I untersagte der Bekl im Rahmen einer „Tippgebervereinbarung“, Kunden hinsichtlich der „I-Produkte“ zu beraten. Dieses vertragliche „Beratungsverbot“ überband die Bekl ihrerseits im Rahmen einer „Organisationsrichtlinie“ an den Sub-Tippgeber. Dieser setzte sich aber – in beiden Anlassfällen – gerade über dieses vertragliche Beratungsverbot hinweg, indem er den Kl dazu riet, die Dienste der liechtensteinischen I-AG in Anspruch zu nehmen.

Etwas dunkel ist nun, zu welcher konkreten Wertpapierdienstleistung der I-AG der Sub-Tippgeber den Kl riet. Der in den Feststellungen immer wieder verwendete Begriff „Vermögensverwaltung“ ist im liechtensteinischen Vermögensverwaltungsgesetz (fVVG)<sup>19</sup> nämlich der Überbegriff für eine Reihe von Wertpapier(neben)dienstleistungen iSd MiFID II (s Art 3 fVVG) und geht über den „klassischen“ Vermögensverwaltungsbegriff hi-

<sup>10</sup> Siehe *BMAW*, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe, 21, <https://www.bmaw.gv.at/Services/Publikationen/Bundeseinheitliche-Liste-der-freien-Gewerbe.html> (abgefragt 3. 1. 2024).

<sup>11</sup> *Majcen*, Tippgeberprovisionen im Lichte von MiFID II, ÖBA 2019, 895 (896).

<sup>12</sup> Siehe dazu *BMAW*, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe 21; zum Versicherungsvertrieb s § 376 Z 18 Abs 8 GewO 1994.

<sup>13</sup> *BVwG* 7. 12. 2017, W148 2140531-1/14E ZFR 2018, 143 (*Wolfbauer*).

<sup>14</sup> *ZB Bohrn/Moth in Bohrn/Habsburg-Lothringen/Just/Kammel/Lenhard/Leustek/Moth/Samhaber/Zahradnik*, Praxishandbuch MiFID II (2021) Kap I.8.

<sup>15</sup> Dazu *ZB Bohrn/Moth in Bohrn et al*, Praxishandbuch MiFID II Kap I.8; vgl auch *Zahradnik/Repic in Dämon*, Handbuch WAG 1 (5).

<sup>16</sup> Siehe dazu die Definitionen in § 1 Z 44 und 45 WAG 2018.

<sup>17</sup> Vgl auch noch §§ 36f WAG 2018; näher dazu jeweils *Bohrn/Moth in Bohrn et al*, Praxishandbuch MiFID II Kap I.6 und I.7.

<sup>18</sup> OGH 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23y Rz 2. Vgl auch *FMA*, Pressemitteilung vom 10. 8. 2009, <https://www.fma.gv.at/ertrag-sicherheit-investmentfondsberatung-ges-m-b-h-legt-konzession-zurueck/> (abgefragt 3. 1. 2024). Eher dunkel OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 12, 27. Zur Zulässigkeit *Gruber/Paliego-Barfuß*, *GewO* 7 (2022) § 136a Rz 2.

<sup>19</sup> Gesetz v 25. 11. 2005 über die Vermögensverwaltung, LGBl 2005/278.

naus.<sup>20</sup> An anderer Stelle spricht der OGH indessen ziemlich deutlich von einer diskretionären Portfolioverwaltung iSd § 1 Z 3 lit d WAG 2018.<sup>21</sup> An wieder anderer Stelle spricht er aber davon, dass I „Vermögensverwaltungsmandate oder Wertpapiere“<sup>22</sup> angeboten habe, was auch Raum für die Annahme lässt, dass es um die Annahme, Übermittlung oder Ausführung von Aufträgen des Kunden iSd § 1 Z 3 lit a oder b WAG 2018 ging.

Aufsichtsrechtlich macht dies einen Unterschied, weil es für den Ratschlag, einen Portfolioverwaltungsvertrag mit einem bestimmten Wertpapierdienstleister abzuschließen, keiner Konzession nach WAG 2018 bedarf. Nach Ansicht der ESMA ist nämlich die Vermittlung des Abschlusses eines Portfolioverwaltungsvertrags keine konzessionspflichtige Anlageberatung, sofern sich der „Tipp“ nicht gleichzeitig auf ein oder mehrere bestimmte Finanzinstrumente bezieht.<sup>23</sup> Der EuGH hat überdies klargestellt, dass auch keine „Annahme und Übermittlung von Aufträgen, sofern diese Tätigkeiten ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben“ iSv Anh I Abschn A Nr 1 MiFID II (= § 1 Z 3 lit a WAG 2018) vorliegt.<sup>24</sup> Diese Bestimmung beziehe sich nämlich nur auf Finanzinstrumente, nicht aber auf Finanzdienstleistungen wie die Portfolioverwaltung.<sup>25</sup> Wenn der Sub-Tippgeber in den Anlässen also den Kl bloß zum Abschluss eines Portfolioverwaltungsvertrags mit I riet, war ihm dies aufsichtsrechtlich als gewerblicher Vermögensberater erlaubt.

Wenn der Sub-Tippgeber hingegen zum Erwerb eines konkreten Finanzinstruments über I riet, war ihm dies aufsichtsrechtlich untersagt; denn darin liegt eine „Anlageberatung“ iS des WAG 2018. Zwar durfte der Sub-Tippgeber unter dem „Haftungsdach“ einer anderen konzessionierten Wertpapierfirma auch Anlageberatung iS des WAG 2018 vornehmen (§§ 36f WAG 2018). Dies setzt aber voraus, dass er im Namen und auf Rechnung bzw als Erfüllungsgehilfe eines konzessionierten Rechtsträgers tätig wird (§ 1 Z 44 und 45 WAG 2018). Aus dem Sachverhalt ergibt sich aber, dass der Sub-Tippgeber gerade nicht im Namen von I, sondern im Namen der Bekl tätig wurde, die selbst keine Konzession nach WAG hatte. Anlageberatung hinsichtlich etwaiger über I erworbener Finanzinstrumente war ihm und der Bekl daher aufsichtsrechtlich untersagt.

Dass der OGH darauf nicht näher eingeht, zeigt, dass er die aufsichtsrechtliche Zulässigkeit der Handlungen des Sub-Tippgebers offenbar nicht für entscheidungswesentlich hielt. Der OGH stellt vielmehr darauf ab, dass die Bekl (Tippgeberin) dem Sub-Tippgeber das, was dieser letztlich tat (Beratung hinsichtlich der „I-Produkte“), jedenfalls vertraglich untersagt hatte. Für die Zurechnung des Sub-Tippgebers an die Bekl ist freilich auf die aufsichtsrechtlichen Vorgaben noch einmal zurückzukommen (dazu sogleich C.).

### C. Haftung der Tippgeberin

Der OGH rechnet der beklagten Tippgeberin den Sub-Tippgeber nach § 1313a ABGB zu, weil ihn die Bekl in ihr „Interessenverfolgungsprogramm gegenüber den Kl einbezogen habe“ und das Verhalten des Gehilfen „aus dem Aufgabenbereich des Gehilfen nicht herausgefallen sei.“<sup>26</sup> Während die Zurechnung im Ergebnis Zustimmung verdient, bedarf diese Begründung einer Präzisierung.

Die Einbeziehung in das Interessenverfolgungsprogramm verdeutlicht nämlich nur die Ratio des § 1313a ABGB, begründet aber nicht dessen Anwendbarkeit im konkreten Fall.<sup>27</sup> Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmung ist vielmehr eine rechtliche Sonderbeziehung zwischen dem Geschäftsherrn

(der Bekl) und dem Geschädigten (den Kl).<sup>28</sup> Dass diese Voraussetzung im Anlassfall erfüllt ist, ist aber keineswegs evident. Die Bekl war über eine „Tippgebervereinbarung“ zwar mit I vertraglich verbunden. Eine Vertragsbeziehung zwischen der Bekl und den Kl war hingegen von keiner Seite gewünscht. Zu Recht haben die Unterinstanzen das Vorliegen eines Beratungsvertrags verneint. Umso erstaunlicher ist, dass sich der OGH zum Vorliegen einer Sonderbeziehung gar nicht äußert.

Um im Anlassfall dennoch eine Gehilfenzurechnung begründen zu können, muss man daher etwas weiter ausholen. Dazu kann man sich zunächst der Einfachheit halber vorstellen, dass die Bekl selbst den Kl zu einer (unterstellt ungeeigneten) Anlage bei I rät. Die Annahme eines konkludenten Beratungs- oder Auskunftsvertrags zwischen der Bekl und den Kl würde zwar wohl auch unter diesen Umständen die rechtsgeschäftlichen Regeln überspannen.<sup>29</sup> Gut begründen ließe sich aber eine vertragsähnliche Sonderbeziehung. Dafür genügt nach hA ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse des „Vermittlers“ am Zustandekommen des (Haupt-)Vertrags oder die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens.<sup>30</sup> Das ist bei einem Eigenhandeln der Bekl plausibel: Als selbständige „gewerbliche Vermögensberaterin“ reklamiert die Bekl gegenüber potentiellen Kunden besondere Sachkunde für sich und nimmt damit entsprechendes Vertrauen in Anspruch. In Form einer Provisionszahlung wird sie erfolgsabhängig entlohnt, wobei die Provisionshöhe in den Anlässen mit mutmaßlichen 15% des vermittelten Volumens durchaus stattlich war.<sup>31</sup> Die Bekl hat daher ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vermögensverwaltungsvertrags zwischen den Kl und I.<sup>32</sup> Beriete die Bekl selbst die Kl schlecht, würde sie somit nicht nur deliktisch für eine wissenschaftliche Fehlberatung (§ 1300 Satz 2 ABGB),<sup>33</sup> sondern quasi-vertraglich schon für eine leicht fahrlässige Fehlberatung haften (§ 1300 Satz 1 ABGB).

<sup>20</sup> Näher Schopper/Raschner/Walch, Liechtenstein, in Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg), Handbuch der Vermögensverwaltung<sup>3</sup> (2022) § 62 Rz 10.

<sup>21</sup> OGH 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23y Rz 1. Von einem „gemanagte[n] Fondsportfolio“ ist in OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 5, die Rede.

<sup>22</sup> OGH 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23y Rz 5. Von einem Vertrieb eines Investmentfondsanteils offenbar ausgehend Lenz, OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k: Gehilfenhaftung für Fehlberatung eines Tippgebers, <https://brandtlos.com/insight/ogh-27-4-2023-17-ob-8-23k-gehilfenhaftung-fuer-fehlberatung-eines-tippgebers/> (abgefragt 3. 1. 2024).

<sup>23</sup> Vgl ESMA, Supervisory briefing on understanding the definition of advice under MiFID II, ESMA35-43-3861 Rz 59, [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2023-07/ESMA35-43-3861\\_Supervisory\\_briefing\\_on\\_understanding\\_the\\_definition\\_of\\_advice\\_under\\_MiFID\\_II.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2023-07/ESMA35-43-3861_Supervisory_briefing_on_understanding_the_definition_of_advice_under_MiFID_II.pdf) (abgefragt 3. 1. 2024).

<sup>24</sup> EuGH C-678/15, Khorassani, ECLI:EU:C:2017:451.

<sup>25</sup> Siehe auch Zahradnik/Repic in Dämon, Handbuch WAG 1 (24). Vgl ferner zur Abgrenzung Versicherungsvermittler und Tippgeber Gruber, ZFR 2014, 356 (356).

<sup>26</sup> Vgl OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 25; bestätigt in OGH 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23y Rz 33.

<sup>27</sup> Karner, EvBl 2014/46 (314).

<sup>28</sup> Statt aller Koziol, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> (2018) Rz D/2/4ff.

<sup>29</sup> Schobel, Auskunftshaftung, Vertragsfiktionen und Eigenhaftung des Gehilfen, ÖBA 2001, 752 (752ff mwN).

<sup>30</sup> Brunner, EvBl 2011/54 (369); Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB<sup>7</sup> (2023) § 1300 Rz 5 mwN (Stand 1. 1. 2023, rdb.at); Schacherreiter in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.09</sup> § 1313a Rz 82 mwN; s schon Dullinger in FS Reischauer 101 (106ff).

<sup>31</sup> Siehe OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 5.

<sup>32</sup> Dullinger in FS Reischauer 101 (112f); Kepplinger, Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016) 189ff, 240ff.

<sup>33</sup> I. Vonkilch, Informationshaftung gegenüber Dritten (2022) 45ff, bejaht eine Haftung für bloße Vermögensschäden ex delicto auch bei leichter Fahrlässigkeit. Das würde den Kl freilich in den Anlässen nicht weiterhelfen, weil deliktisch eine Gehilfenzurechnung nach § 1313a auch nach dieser Ansicht nicht in Frage kommt (I. Vonkilch, Informationshaftung 55).

Wenngleich eine Sonderbeziehung somit begründbar ist, ist die Gehilfenzurechnung dennoch kein Selbstläufer. § 1313a ABGB hat nämlich Fälle vor Augen, in denen der Geschäftsherr den Gehilfen zur Erfüllung einer bestehenden Sonderbeziehung heranzieht. Diese Situation ist im Anlassfall nicht gegeben, weil vor der Fehlberatung keine Sonderbeziehung zwischen der Bekl und den Kl bestand. Die Bekl traf keinerlei Pflicht, die Kl richtig zu beraten. Vielmehr traf sie nur die Pflicht, die Kl nicht aktiv falsch zu beraten. Erst die Fehlberatung selbst kann daher ein Schuldverhältnis zwischen der Bekl und den Kl begründen.<sup>34</sup> Die Fehlberatung erfolgte aber in den Anlassfällen nicht durch die Bekl, sondern durch den Sub-Tippgeber.

Damit stellt sich die Frage, ob eine Sonderbeziehung zwischen dem Beratenen und dem Geschäftsherrn auch durch den Rat einer „Hilfsperson“ (konkret: durch den Rat des Sub-Tippgebers) begründet werden kann. Diese Frage wird in der Lehre grundsätzlich bejaht, wobei konstruktiv zwei Begründungswege angeboten werden, die materiell als gleichwertig erachtet werden. Einerseits könne man die Hilfsperson dem Geschäftsherrn quasi-rechtsgeschäftlich analog den Regeln des Vollmachtrechts zurechnen; andererseits könne man den Gehilfen schadenersatzrechtlich entsprechend § 1313a ABGB zurechnen.<sup>35</sup>

Die Rechtsfolge (Ersatz des im Vertrauen auf den falschen Rat erlittenen Schadens) spricht eher für eine schadenersatzrechtliche Zurechnung. Der Umstand, dass das Handeln der Hilfsperson zuvor nicht bestehende Pflichten des Geschäftsherrn erst begründen soll, spricht hingegen eher für eine rechtsgeschäftliche Zurechnung.<sup>36</sup> Denkbar ist daher, beide Ansätze zu kombinieren: Die Hilfsperson begründet durch ihren Rat als „Quasi-Bevollmächtigte“ des Geschäftsherrn die Sonderbeziehung, die sie (gleichzeitig) durch den unrichtigen Rat als Gehilfin des Geschäftsherrn schlecht erfüllt.<sup>37</sup>

Die Krux im Anlassfall liegt nun aber darin, dass der Sub-Tippgeber, welcher der geschäftlichen Kontakt zu den Kl herstellte, zur Beratung namens der Bekl gerade nicht berechtigt war.<sup>38</sup> Vielmehr hatte ihm die Bekl im Rahmen einer „Organisationsrichtlinie“ die Beratung hinsichtlich der „I-Produkte“ explizit verboten.<sup>39</sup> Für eine quasi-rechtsgeschäftliche Zurechnung an die Bekl fehlt es dem Sub-Tippgeber somit an der nötigen „Vollmacht“. Für eine schadenersatzrechtliche Zurechnung nach § 1313a ABGB fehlt es an der Voraussetzung, dass der Sub-Tippgeber „mit Willen des Schuldners“ (der Bekl) bei der Erfüllung von dessen Pflichten tätig war.<sup>40</sup>

Eine Zurechnung der Hilfsperson kann nach der Lehre aber auch auf Rechtsscheinerwägungen gestützt werden.<sup>41</sup> Der Sub-Tippgeber legte laut Sachverhalt offen, im Namen der Bekl zu handeln.<sup>42</sup> Die Redlichkeit der Kl ziehen die Feststellungen nicht in Zweifel (vgl auch § 328 ABGB). Wenn der Sub-Tippgeber den Kl zu einer Portfolioverwaltung bei I riet, bestand für redliche Anleger auch kein Grund, an der Berechtigung des Sub-Tippgebers zur Beratung namens der Bekl zu zweifeln. Der Rechtschein wird dann darin liegen, dass ein „gewerblicher Vermögensberater“ namens eines anderen „gewerblichen Vermögensberaters“ genau das tut, wozu ein gewerblicher Vermögensberater aufsichtsrechtlich berechtigt ist.

Der „Knackpunkt“ ist aber die Zurechnung des Rechtsscheins an die Bekl. Dass die Kl vom Auftreten des Sub-Tippgebers auf dessen Befugnis zur Beratung schließen, genügt für die Zurechnung nämlich noch nicht. Voraussetzung für eine Zurechnung ist vielmehr, dass die Bekl selbst den Anschein erweckt, der Sub-Tippgeber dürfe in ihrem Namen beraten. Dagegen könnte sprechen, dass die Bekl dem Sub-Tippgeber die Beratung „hinsichtlich

der I-Produkte“ explizit untersagt hat. Freilich musste der Bekl bewusst sein, dass sie einen „gewerblichen Vermögensberater“ einsetzte, der aufsichtsrechtlich sehr wohl zur Portfolioverwaltung bei I raten durfte. Dann darf sie sich nicht darüber wundern, dass dieser Berater genau das tut, was er aufsichtsrechtlich tun darf. Der gleiche Gedanke liegt § 1029 ABGB zugrunde: Wer jemandem eine Verwaltung einräumt, darf sich nicht wundern, wenn der Verwalter Verwaltungsaufgaben wahrnimmt. Vielmehr darf sich der Dritte darauf verlassen, dass der Geschäftsherr dem Verwalter die typischen Verwaltungsbefugnisse eingeräumt hat.<sup>43</sup> Jedenfalls wäre es in dieser Situation an der Bekl gelegen, die interne (vertragliche) Beschränkung des Aufgabenkreises des Sub-Tippgebers nach außen zu kommunizieren (vgl auch § 1026 ABGB).

Schwieriger zu begründen wäre eine Zurechnung des Sub-Tippgebers an die Bekl wohl, wenn der Sub-Tippgeber – was nach den Feststellungen nicht ganz ausgeschlossen werden kann – zum Erwerb eines konkreten Finanzinstruments über I riet. Dazu ist der Sub-Tippgeber als gewerblicher Vermögensberater iSd § 136a GewO 1994 nämlich aufsichtsrechtlich nicht berechtigt, weil eine Anlageberatung iS des WAG 2018 vorliegt (B.1.). Das Aufsichtsrecht nimmt offenbar in Kauf, dass ein Dienstleister als „gewerblicher Vermögensberater“ auftritt, ohne zur Anlageberatung berechtigt zu sein. Dann kann man der Bekl schwer vorwerfen, sie habe allein durch Einsatz eines gewerblichen Vermögensberaters den Anschein geschaffen, dieser dürfe eine Anlageberatung vornehmen.

Die Feststellungen verraten freilich auch, dass die Bekl „in Kooperation mit einem Wertpapierunternehmen als „Haftungsdach“ [stand], damit die für sie selbständig tätig werdenden gewerblichen Vermögensberater [etwa der Sub-Tippgeber] auch Produkte vermitteln konnten, die die Beklagte mangels eigener Wertpapierkonzession nicht vertreiben durfte.“<sup>44</sup> Die Bekl nahm somit bewusst an einer Vertriebsstruktur teil, die sämtliche aufsichtsrechtlichen Kategorien vermengte. Die von ihr eingesetzten Geschäftspartner verfügten über eine Gewerbeberechtigung als „gewerbliche Vermögensberater“. Durch die Unterstellung unter ein „Haftungsdach“ iSd §§ 36f WAG 2018 durften sie aber (im Namen des „Haftungsdachs“) aufsichtsrechtlich auch Anlageberatung iS des WAG 2018 betreiben (B.2.). Hinsichtlich der „I-Produkte“ wurden sie hingegen vertraglich zu bloßen (Sub-)Tippge-

<sup>34</sup> Vgl Graf, Unautorisierte Eigenwerbung mit fehlerhaften Ratings – Haftet die Ratingagentur? JBl 2012, 210 (216); krit I. Vonkilch, Informationshaftung 54f.

<sup>35</sup> Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 68 f mwN; Koziol, Bankauskunft, in Bollenberger/Oppitz (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>3</sup> (2019) Rz 3/16.

<sup>36</sup> Siehe Koziol in BVR<sup>3</sup> Rz 3/16.

<sup>37</sup> Krit I. Vonkilch, Informationshaftung 54f, wonach die Erteilung des falschen Rats nicht gleichzeitig pflichtenbegründend und pflichtenverletzend wirken könne. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass pflichtenbegründend der Umstand wirkt, dass bei Erteilung des Rats besonderes Vertrauen in Anspruch genommen und/oder ein besonderes eigenwirtschaftliches Interesse verfolgt wird, während pflichtenverletzend die Fehlberatung wirkt. Man kann somit konstruktiv durchaus zwischen dem (pflichtenbegründenden) Entschluss, im eigenwirtschaftlichen Interesse überhaupt einen für das Vermögen des Empfängers gefährlichen Rat zu erteilen, und dem (pflichtenverletzenden) Umstand, dass dieser Rat falsch erteilt wurde, unterscheiden.

<sup>38</sup> Vgl P. Bydliński, Die „Beraterhaftung“ der Banken im österreichischen Recht, in FS Hadding (2004) 759 (774).

<sup>39</sup> Dazu oben unter B.2.

<sup>40</sup> Dazu Karner in KBB<sup>7</sup> § 1313a Rz 3 mwN; Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1313a Rz 8.

<sup>41</sup> P. Bydliński in FS Hadding 759 (774); Koziol in BVR<sup>3</sup> Rz 3/16; Welser, Haftung 69.

<sup>42</sup> Vgl OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 12.

<sup>43</sup> Vgl OGH 4 Ob 365/97y ÖBA 1998, 556 (Iro): Haftung einer Bank für einen als „Investment Adviser“ angestellten Bankmitarbeiter.

<sup>44</sup> OGH 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23y Rz 2.

bern degradiert, die weder Anlageberatung noch Vermögensberatung betreiben durften.

Der typische Kunde wird diese Abstufungen nicht überblicken können. Er wird sich darauf verlassen, dass der Dienstleister, der zum Erwerb der Finanzinstrumente A, B und C raten darf, auch zum Erwerb des Finanzinstruments D (oder im Anlassfall eben: I) raten darf.<sup>45</sup> Genauso darf sich ja der Kunde in einem Einzelhandelsgeschäft darauf verlassen, dass der an der Kassa sitzende Verkaufsgangestellte nicht nur Müsliriegel, sondern auch Schokoriegel verkaufen darf (§ 56 UGB).

Schwierige Zurechnungsfragen wirft aber der Umstand auf, dass der Sub-Tippgeber bloß im fremden Namen (im Namen des „Haftungsdachs“), aber gerade nicht im Namen der Bekl Anlageberatung betreiben durfte. Die Zurechnung müsste somit darauf gestützt werden, dass die von der Bekl „organisierte“ Erlaubnis, im Namen des Haftungsdachs hinsichtlich der Produkte A, B und C Anlageberatung zu betreiben, die Gefahr dafür erhöhte, dass der Sub-Tippgeber auch im Namen der Bekl hinsichtlich des Produkts I Anlageberatung betreibt. Geht man davon aus, lässt sich eine Haftung der Bekl selbst dann begründen, wenn der Sub-Tippgeber zum Erwerb konkreter Finanzinstrumente über I rät und damit seine rechtlichen Befugnisse überschreitet (B.2.).

Über Rechtsscheinerwägungen ist somit in den Anlassfällen eine Zurechnung des Sub-Tippgebers an die Bekl begründbar.<sup>46</sup> Ob man die Rechtsscheinzurechnung konstruktiv auf das Schadenersatzrecht oder auf die Rechtsgeschäftslehre stützt, erscheint dann zweitrangig.<sup>47</sup> Schließlich ist anerkannt, dass es sowohl Anscheinsbevollmächtigte als auch „Anscheinsgehilfen“ gibt.<sup>48</sup> Zweckmäßig erscheint es freilich wiederum, beide Ansätze zu kombinieren: Indem der Sub-Tippgeber den Kl namens der Bekl zu einer Anlage bei I riet (und damit namens der Bekl besonderes Vertrauen der Kl in Anspruch nahm und das Provisionsinteresse der Bekl förderte), begründete er als „Anscheinsbevollmächtigter“ eine Sonderbeziehung zwischen der Bekl und den Kl, die er (gleichzeitig) als „Anscheinsgehilfe“ der Bekl durch die (mutmaßliche) Fehlberatung schlecht erfüllte.<sup>49</sup> Daher haftet die Bekl schadenersatzrechtlich auf den Vertrauensschaden der Kl.

Die vom OGH angeschnittene Frage, ob der Sub-Tippgeber durch die Fehlberatung „bei“ oder nur „gelegentlich“ der Erfüllung tätig geworden ist,<sup>50</sup> stellt sich dann zwar grundsätzlich immer noch, weil der Geschäftsherr für den Anscheinsgehilfen nicht strenger haftet als für den „wirklichen“ Gehilfen. Bejaht man aber einen zurechenbaren Anschein, wonach die Beratung zum Aufgabenbereich des Sub-Tippgebers zählt, spricht alles dafür, dass die Fehlberatung „bei“ Erfüllung des Rechtsverhältnisses zwischen Kl und Bekl erfolgte. Beide Prüfschritte werden somit in der Regel parallel laufen.<sup>51</sup>

Der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass an der Haftung der Bekl auch der Umstand nichts ändert, dass auch ihr selbst (seitens der Vermögensverwaltungsgesellschaft I-AG) vertraglich die Beratung verboten war. Es kommt nämlich nicht darauf an, was der Schuldner tun darf, sondern was er zu tun versprochen hat.<sup>52</sup> Wenn die Bekl selbst schlecht beraten hätte, würde sie den Kl nach vertraglichen Grundsätzen haften, weil sie sich als Beraterin geriert hätte. Wenn sie nunmehr den Anschein erweckt, der Sub-Tippgeber dürfe in ihrem Namen beraten, gilt nichts anderes.

## D. Haftung des Vermögensverwalters

Nach dem bisher Gesagten haftet die Bekl somit den Kl für Beratungsfehler des Sub-Tippgebers. Die Haftung richtet sich auf den Vertrauensschaden, weil die Kl im Vertrauen auf den Rat

des Sub-Tippgebers einen mutmaßlich unpassenden Vermögensverwaltungsvertrag mit I geschlossen haben.

Mit Ansprüchen gegen die Vermögensverwaltungsgesellschaft I musste sich der OGH zwar nicht befassen. Muss sich die Bekl (Tippgeberin) den Sub-Tippgeber als (Anscheins-)Gehilfen nach § 1313a ABGB zurechnen lassen, stellt sich aber unweigerlich die Frage, ob sich I ihrerseits die Bekl und den Sub-Tippgeber (allenfalls im Weg einer Gehilfenkette) zurechnen lassen muss. Schließlich ist ein Vermögensverwaltungsvertrag zwischen I und den Kl zustande gekommen, sodass die Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1313a ABGB schon einmal vorliegt. Im Folgenden sollen daher der Vollständigkeit halber noch die Gehilfenhaftung (D.1) sowie die „Eigenhaftung“ des Vermögensverwalters (D.2) beleuchtet werden; eine Haftung aufgrund verlustbringender Anlageentscheidungen im Rahmen des laufenden Portfoliomanagements wird hingegen nicht weiter untersucht,<sup>53</sup> weil sich hierfür aus dem Sachverhalt nichts entnehmen lässt.

## 1. Haftung für zugerechnetes Verschulden

Entscheidend für die Gehilfenzurechnung ist nun, ob sich die Geschäftsherrin (I) zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten gegenüber den Kl der Bekl oder des Sub-Tippgebers bedient hat.<sup>54</sup> Daher ist in einem ersten Schritt zu prüfen, welche vertraglichen Pflichten die Geschäftsherrin (I) treffen, ehe in einem zweiten Schritt zu klären ist, ob sich die Geschäftsherrin (I) zur Erfüllung gerade dieser Pflichten eines Gehilfen bedient hat.<sup>55</sup>

Die Pflichtenlage der Geschäftsherrin (I) hängt freilich wiederum von der Art der erbrachten Wertpapierdienstleistung ab. Führt I lediglich Aufträge von Kunden aus oder nimmt solche Aufträge an oder übermittelt sie, trifft sie keine Beratungspflicht (§ 58 WAG 2018). Nimmt sie hingegen eine Portfolioverwaltung vor, trifft sie schon nach allgemeinen Regeln eine Beratungspflicht (§ 1009 ABGB).<sup>56</sup> § 56 WAG 2018 (§ 44 WAG 2007) verpflichtet den Portfolioverwalter ausdrücklich zur Einholung von Informationen,<sup>57</sup> um eine anleger- und objektgerechte Beratung bzw Portfolioverwaltung zu gewährleisten.<sup>58</sup> So muss er nach Art 47 Abs 3 Satz 1 lit d und e DelVO (EU) 2017/565 jedenfalls über das Risikoniveau der Anlage aufklären.<sup>59</sup> Anders als der Tippgeber ist der Portfolioverwalter daher nicht nur verpflichtet, nicht falsch zu beraten. Er ist vielmehr schon in contrahendo

<sup>45</sup> Vgl iE auch Schmid, ZFR 2023, 546 (548).

<sup>46</sup> Eine Haftung der Bekl verneinen muss hingegen wohl, wer § 1300 Satz 1 ABGB als deliktische Haftungsnorm versteht, weil Gehilfen dann nur nach § 1315 ABGB zuzurechnen sind (so I. Vonkilch, Informationshaftung 55).

<sup>47</sup> Welser, Haftung 69; Koziol in BVR I<sup>3</sup> Rz 3/16.

<sup>48</sup> Dazu grundlegend Kletečka, Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84; Karner in KBB<sup>7</sup> § 1313a Rz 3; s auch OGH 10 Ob 528/94 ecolex 1997, 151 (Wilhelm); OGH 4 Ob 365/97y ÖBA 1998, 556 (Iro).

<sup>49</sup> Vgl zu diesem Zusammenhang auch Kletečka, JBl 1996, 84 (91).

<sup>50</sup> Dazu Karner in KBB<sup>7</sup> § 1313a Rz 8.

<sup>51</sup> Kletečka, JBl 1996, 84 (97f, FN 106).

<sup>52</sup> Siehe Burtscher, EvBl 2018/80 (554).

<sup>53</sup> Zu dieser Problematik aus Schopper, Haftung für Veranlagungsentscheidungen bei Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis, ÖBA 2013, 17.

<sup>54</sup> F. Bydlinski, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, JBl 1995, 479 (479ff) und 560 (560ff); anders aber Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1313a Rz 8, der nur auf das Interessenverfolgungsprogramm abstellen will.

<sup>55</sup> Burtscher, Der Erfüllungsgehilfenbegriff im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, ÖJZ 2014, 1056 (1057).

<sup>56</sup> Graf in Gruber/Raschauer (Hrsg), WAG (2011) § 44 Rz 31ff.

<sup>57</sup> Dazu zB Kalss/Oppitz, Explorationspflichten, in Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg), Handbuch der Vermögensverwaltung<sup>3</sup> (2022) § 45 Rz 4ff.

<sup>58</sup> Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht<sup>5</sup> (2022) § 8 Rz 38ff; dazu näher Baum, ÖBA 2010, 278 (283, 284f).

<sup>59</sup> F. Schäfer, Informations- und Beratungspflichten, in Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg), Handbuch der Vermögensverwaltung<sup>3</sup> (2022) § 8 Rz 15.

verpflichtet, aktiv richtig zu beraten. Vor diesem Hintergrund ist auch verständlich, warum der EuGH die Empfehlung zum Abschluss eines Portfolioverwaltungsvertrags nicht als konzessionspflichtige Wertpapierdienstleistung betrachtet (dazu B.2): Der Portfolioverwalter muss den Kunden ohnehin noch hinsichtlich des Risikos beraten.

Ein Verstoß gegen diese vorvertragliche Beratungspflicht macht den Portfolioverwalter schadenersatzpflichtig.<sup>60</sup> Setzt der Portfolioverwalter zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Beratungspflicht nun einen Gehilfen ein, muss er sich diesen Gehilfen nach § 1313a ABGB zurechnen lassen (s ausdrücklich §§ 36f WAG 2018).

Im entscheidenden zweiten Schritt ist daher zu fragen, ob I die Bekl oder den Sub-Tippgeber zur Erfüllung ihrer vorvertraglichen Pflichten als (Verhandlungs-)Gehilfen „eingesetzt“ hat. Dem scheint entgegenzustehen, dass I der Bekl die Beratung hinsichtlich der I-Produkte explizit untersagt hat. Man kann daher kaum davon sprechen, dass die Bekl oder der Sub-Tippgeber „mit Willen des Schuldners“ (I) bei Erfüllung der vorvertraglichen Beratungspflicht des Schuldners tätig geworden sei.

In Betracht kommt aber wiederum eine Zurechnung nach Rechtsscheingrundsätzen, wobei sich freilich gewisse Unterschiede zwischen der bereits bejahten Rechtsscheinzurechnung des Sub-Tippgebers an die Bekl und der Zurechnung der Bekl an I zeigen. Während die Bekl dem Sub-Tippgeber über ihr Vertriebsnetz hinsichtlich gewisser anderer Finanzprodukte (mit Ausnahme der „I-Produkte“) die Beratung ermöglicht hat, fehlt dieses Zurechnungselement mit Blick auf I. I wird die Bekl nur zum Aufspüren potentieller Kunden hinsichtlich der „I-Produkte“ eingesetzt haben, hat ihr aber hinsichtlich dieser Produkte die Beratung explizit verboten. Das scheint für den OGH einen Unterschied zu machen. Der OGH betont nämlich obiter, dass eine Zurechnung scheitern würde, wenn sich die Tätigkeit des Tippgebers auf I-Produkte beschränkte, über die er nicht beraten durfte.<sup>61</sup>

Dieser Einschränkung ist freilich entgegenzuhalten, dass es nach Rechtsscheingrundsätzen nicht allein auf die internen Befugnisse des Sub-Tippgebers ankommen kann, sondern darauf, wie die Kl das dem Portfolioverwalter zuzurechnende Auftreten des Sub-Tippgebers verstehen dürfen. Dabei dürfen die Kl wiederum darauf vertrauen, dass ein „gewerblicher Vermögensberater“ zum Abschluss eines Portfolioverwaltungsvertrags bei I raten darf, weil er dazu aufsichtsrechtlich berechtigt ist. Wer bewusst einen gewerblichen Vermögensberater anstellt, kann nicht vom Kunden verlangen, dass er diesen als bloßen Tippgeber entlarvt. Vielmehr läge es an der Geschäftsherrin (I) klarzustellen, dass sie dem professionellen Ratgeber im konkreten Fall die Beratung (intern) verboten hat (vgl §§ 1026, 1029 ABGB).

In den Anlassfällen zeigen sich noch weitere Zurechnungsmomente. In 17 Ob 8/23k setzte I einen weiteren „Sub-Tippgeber“ als Boten ein, um die Unterschrift der Kl unter den Vermögensverwaltungsvertrag einzuholen.<sup>62</sup> Eine solche Tätigkeit ist einem bloßen Tippgeber aufsichtsrechtlich untersagt.<sup>63</sup> Wenn nun aber I selbst den Unterschied zwischen Tippgebern und Anlagevermittlern verwischte, kann sie von den Kl nicht verlangen, dass diese den „Tippgeber“ noch vom „Vermittler“ oder „Berater“ unterscheiden können. Noch deutlicher wird dies in 5 Ob 84/23y, wo eine ständige Praxis festgestellt wurde, wonach die Sub-Tippgeber die Kunden bereits soweit beraten und überzeugt hatten, dass diese in den meisten Fällen unterschriftsreif zum Beratungstermin mit einem Mitarbeiter der I eintrafen.<sup>64</sup> Alle diese Sachverhaltelemente legen nahe, dass der Sub-Tippgeber nicht nur der Bekl, sondern auch I als Gehilfe zuzurechnen gewesen wäre.

Ob man die Zurechnung direkt oder im Weg einer Gehilfenkette vornimmt, ist dabei zweitrangig.

Durch die Zurechnung der Bekl an I ändert sich an der Haftung der Bekl gegenüber den Kl freilich nichts. Zwar haften Vertragsgehilfen den Gläubigern ihres Geschäftsherrn grundsätzlich nicht für bloße Vermögensschäden.<sup>65</sup> Anderes gilt aber eben gerade, wo – wie in den Anlassfällen – zwischen der Vertragsgehilfin (der Bekl) und dem geschädigten Gläubiger (den Kl) eine eigene quasi-vertragliche Sonderbeziehung besteht, die eine Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB rechtfertigt. Dann haften Geschäftsherrin (I) und Gehilfin (Bekl) solidarisch, weil bei beiden eigenständige Haftungsgründe vorliegen.<sup>66</sup> Dass solche parallelen Schadenersatzansprüche gerade im Vertrieb von Finanzanlagen gar nicht so selten vorkommen, kann angesichts der regelmäßigen „komplexe[n] Vertriebsstruktur“ nicht überraschen.<sup>67</sup>

## 2. „Eigenhaftung“ des Vermögensverwalters

Neben der Haftung für das zugerechnete Verschulden des Tippgebers bzw Sub-Tippgebers kommt freilich auch eine „Eigenhaftung“, die Vermögensverwalterin (I), in Betracht. Da die Vermögensverwalterin im Anlassfall eine juristische Person war (I-AG), die selbst nicht handlungsfähig ist, geht es freilich auch hier nicht um ein Eigenverschulden im rechtstechnischen Sinn, sondern um eine Haftung von I für das zugerechnete Verschulden ihrer eigenen Organe, Machthaber und Gehilfen.

Dazu verraten die Feststellungen nichts; dennoch sollen die denkbaren Szenarien hier kurz durchgespielt werden. Berät zB ein Angestellter von I die Kl falsch, haftet I schon aus diesem Grund. Aber auch wenn I gar nicht beraten hat, haftet sie, wenn und weil sie als Portfolioverwalterin eine Pflicht zur Beratung ihrer Kunden trifft (s D.1). Zwar kann ein Portfolioverwalter grundsätzlich seine Beratungspflicht mit der Folge delegieren, dass er sich auf die ordnungsgemäße Beratung durch den Delegaten verlassen kann (§ 35 Abs 2 WAG 2018).<sup>68</sup> Das setzt aber eine Delegation der Beratungspflicht an einen konzessionierten Rechtsträger iS des WAG 2018 voraus. Nicht zulässig ist hingegen die Delegation der Beratungspflicht an einen gewerblichen Vermögensberater iS der GewO. Jedenfalls ist eine Delegation dann unzulässig, wenn dem Delegaten die Beratung explizit verboten wird. Sonst könnte sich der Portfolioverwalter seiner Beratungspflicht allzu einfach entledigen. Wenn I daher weder selbst beraten noch einen Dritten wirksam mit der Beratung betraut hat, haftet sie schon aus diesem Grund wegen der unterlassenen Beratung.

Damit bleibt der Fall, dass zwar der Sub-Tippgeber falsch, I selbst hingegen richtig beraten hat. Umgemünzt auf den Anlassfall: Der Sub-Tippgeber verschweigt das Totalverlustisiko; I klärt darüber hingegen richtig auf. Beauftragen die Kl hierauf I mit der Vermögensverwaltung, wird weder I noch der Sub-Tippgeber haften. I hat nicht rechtswidrig gehandelt; und für einen Scha-

<sup>60</sup> Vgl 4 Ob 28/10m ecolex 2010, 664 (Graf); Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG 2018<sup>2</sup> (2018) § 56 Rz 59; s auch Graf in Gruber/Raschauer, WAG § 44 Rz 55; Nw auch bei Schopper, ÖBA 2013, 17 (17).

<sup>61</sup> OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 27.

<sup>62</sup> Siehe OGH 27. 4. 2023, 17 Ob 8/23k Rz 13.

<sup>63</sup> Siehe ausdrücklich § 376 Z 18 Abs 8 GewO 1994; dazu auch Gruber, ZFR 2014, 356 (356).

<sup>64</sup> OGH 29. 8. 2023, 5 Ob 84/23y Rz 9.

<sup>65</sup> Koziol, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> Rz D/2/69.

<sup>66</sup> Zur parallelen Haftung des Geschäftsherrn und des falsus procurator s etwa Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 106.

<sup>67</sup> Vgl Dullinger in FS Reischauer 101 (104).

<sup>68</sup> Brandl/Klausberger in Brandl/Saria (Hrsg), WAG 2018<sup>2</sup> (2020) § 35 Rz 41.

denersatzanspruch gegen den (Sub-)Tippgeber wird es an der Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden der Kl mangeln.

**E. Fazit**

Damit lässt sich ein kurzes Fazit ziehen. Der Vertrieb von Finanzprodukten wirft immer wieder schwierige Zurechnungsfragen auf. Das gilt auch für die Beteiligung sogenannter „Tippgeber“. Diese haben zwar sehr niedrigschwelligen Zugang zum Finanzvertrieb, weil das Tippbergeschäft aufsichtsrechtlich ein freies Gewerbe ist. Dennoch kann die Tätigkeit als Tippgeber risikoträchtig sein. Ein Haftungsrisiko besteht insb dann, wenn die Grenzen zur Vermittlung oder Beratung verwischt werden. Wer etwa als gewerblicher Vermögensberater auftritt, kann sich nicht beschweren, als solcher behandelt zu werden.

Ein Vermögensberater, der Kunden berät, kann sich daher nicht auf seine Rolle als Tippgeber zurückziehen, sondern haftet für eine Fehlberatung. Gleiches gilt, wenn er einen weiteren gewerblichen Vermögensberater als Gehilfen einsetzt, der entgegen seinen vertraglichen Pflichten einen Kunden berät. Damit entfaltet das Haftungsrecht die richtige Steuerungswirkung, weil ein Anreiz zur Rollentransparenz im (manchmal ohnehin etwas schwer durchschaubaren) Vertrieb von Finanzinstrumenten geschaffen wird.

**Plus**

**ÜBER DIE AUTOREN**

E-Mail: bernhard.burtscher@uni.li; patrick.raschner@uibk.ac.at

# Umbruch im (österreichischen) Anti-Doping-Recht?

Anmerkungen zum Schlussantrag der Generalanwältin *Ćapenta* 14. 9. 2023, C-115/22

**Der Beitrag schnell gelesen**

Der EuGH befasst sich zum wiederholten Mal mit sportrechtlichen Fragestellungen. Im Kern geht es darum, ob die allgemein zugängliche und nicht anonymisierte Veröffentlichung von Dopingsperren im Internet der DSGVO widerspricht. Mit dieser Fragestellung sind Auswirkungen auf das völkerrechtlich geprägte Anti-Dopingrecht, das europäische Sportrecht und den österr Rechtsschutz in Dopingverfahren verbunden. Im September 2023 hat Generalanwältin *Ćapenta*

den Schlussantrag gestellt, der mehr Fragen aufwirft als Antworten liefert.

**Anti-Doping-Recht; Datenschutzrecht; Öffentliches Wirtschaftsrecht; Unionsrecht**

Art 6, 10 DSGVO; § 4 DSG; §§ 5, 6, 8, 21, 23 ADBG; Art 19 EUV; Art 165, 267 AEUV

ÖJZ 2024/37



Dr. SEBASTIAN LENDL, BSc, ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der WU Wien.

**Inhaltsübersicht:**

- A. Einleitung
- B. Der Schlussantrag der Generalanwältin
- C. Unionsrechtliche Fragestellungen
  - 1. Gerichtsbegriff des Art 267 AEUV
  - 2. Anti-Doping-Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts?
- D. Auswirkungen auf den WADA-Code?
- E. Nationale Konsequenzen
- F. Ausblick

**A. Einleitung**

Mit der Ausübung von professionellem Sport sind rechtliche Fragestellungen verbunden, denen Regelungen nationaler, kontinentaler und internationaler Verbände zugrunde liegen. Den Verbänden kommt aufgrund ihrer pyramidenartigen (monopo-

listischen) Ausgestaltung und dem Recht auf Vereinigungsfreiheit ein erheblicher Gestaltungsspielraum bei der Festlegung von sportrechtlichen Regelungen zu.<sup>1</sup> Dies hat zur *lex sportiva* geführt, die staatliche und supranationale Einflüsse hintanhaltet. Eine Trennung von sportverbandsrechtlichen Regelungen und staatlichen Rechtsgrundlagen besteht allerdings nicht.<sup>2</sup> Langjährig entwickelte Strukturen und Organisationsformen der Sportverbände unterliegen immer öfter Veränderungen durch den unionsrechtlichen Einfluss der Grundfreiheiten<sup>3</sup> und des Wettbewerbsrechts.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Rössner/Adolphsen, Einführung, Der Sport im Recht, in Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Hrsg), Sportrecht in der Praxis (2011) Rz 8ff.

<sup>2</sup> Bechtel/Nolte, Lex Sportiva. Private Regelgebung im Sport und Wechselwirkungen zum sportrelevanten (zwischen-)staatlichen Recht, in Frank/Lendl/Lienbacher (Hrsg), Sport im öffentlichen Recht (2023) 1 (4).

<sup>3</sup> Siehe insb EuGH C-415/93, *Bosman*; aus österreichischer Sicht zuletzt Lendl, Ausländerklauseln und ähnliche Modelle im österreichischen Profisport und die EU-Grundfreiheiten, *SpoPrax* 2023, 21 (22ff).

<sup>4</sup> GA Rantos C-333/21, *European Superleague Company SL*.