

Prof. Dr. Janine Oelkers/Prof. Dr. Domenik Henning Wendt, LL.M.*

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Vermittlung von Bank- und Versicherungsprodukten – zur Zurechnung bei selbständigen Vermittlern –

I. Einführung

Aktuelles Verbraucherschutzrecht ist bekanntlich nach dem Informationsmodell konzipiert. Die Idee dahinter ist einfach: Ein gut informierter Verbraucher soll eine wohlabgewogene Entscheidung für oder gegen den Abschluss eines Vertrags treffen können. Konsequenz dieses Konzepts: Je komplexer ein Produkt ist und je größer die Unkenntnis des Kunden, desto umfangreicher müssen die vorvertraglichen Informationen sein. Daher treffen insbesondere Banken und Versicherungen eine Vielzahl unterschiedlicher Informationspflichten. Ob diese den Verbraucher tatsächlich schützen, bleibt zumindest zweifelhaft¹. Aktuelle legislative Entwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene zeigen, dass jedenfalls der Gesetzgeber weiterhin daran glaubt².

Beispiele aus der jüngeren höchstrichterlichen Entscheidungspraxis im Bank- und Versicherungsrecht in Deutschland³ und Öster-

reich⁴ legen nahe, dass vorvertragliche Informationen nicht allein entscheidungsrelevant sind. In den zitierten Fällen hatten die Verbraucher auf den Rat selbständiger Vermittler gehört. Als sich nach Vertragsabschluss die Anlageziele nicht realisierten, war u. a. zu klären, ob Aufklärungspflichten verletzt wurden und das Verhalten der Vermittler Bank und Versicherung zuzurechnen ist. BGH und OGH haben sich dafür ausgesprochen.⁵ Das ist beachtlich, denn bei selbständigen Vermittlern liegt eine Zurechnung bekanntlich nicht auf der Hand⁶. Die Gerichte sahen ihr Ergebnis aber in der umfassenden Aufgabenübertragung begründet⁷. Besonders bemerkenswert ist, dass der OGH zur Begründung seiner bankrechtlichen Entscheidung versicherungsrechtliche Bestimmungen sowie die

*) *Dr. Janine Oelkers* ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Technischen Universität Darmstadt im Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften; *Dr. Domenik Henning Wendt* ist Professor für Wirtschaftsprivatrecht an der Fachhochschule Frankfurt a. M., University of Applied Sciences im Fachbereich 3: Wirtschaft und Recht und Mitglied des Instituts für wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Forschung Frankfurt.

1) Kritisch auch etwa *Pfeiffer*, NJW 2012, 2609, 2612; *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160 ff.; *Clouth*, ZHR 177 (2013), 212 ff.; siehe auch *Schäfer/Schäfer*, ZBB 2013, 23 ff.; *Koch*, BKR 2012, 485 ff.; *Möllers/Kernchen*, ZGR 2011, 1 ff.
2) Siehe das Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Förderung der privaten Altersvorsorge (Altersvorsorge-Verbesserungsgesetz – AltvVerbG) v. 24. 6. 2013 – BGBl. I 2013 Nr. 31 v. 28. 6. 2013, S. 1667 (hier § 7 AltZertG) und den Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte v. 3. 7. 2012, COM(2012) 352 final.

3) BGH, Urt. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 sowie IV ZR 122/11, IV ZR 151/11, IV ZR 271/10 = WM 2012, 1577 und IV ZR 286/10 = WM 2012, 1579; ferner BGH, Beschl. v. 26. 9. 2012 – IV ZR 71/11; OLG Köln, Urt. v. 5. 10. 2012 – 20 U 71/11; OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 10. 2012 – 7 U 201/11; OLG Köln, Urt. v. 28. 11. 2012 – 5 U 157/12 = NZG 2013, 593 (Leitsatz); OLG Stuttgart, Urt. v. 8. 4. 2013 – 7 U 52/12; OLG Stuttgart, Urt. v. 27. 6. 2013 – 7 U 148/12.

4) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12; OGH, Beschl. v. 24. 1. 2013 – 8 Ob 104/12w; OGH, Beschl. v. 17. 6. 2013 – 2 Ob 24/13p.

5) BGH, Urt. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 sowie IV ZR 122/11, IV ZR 151/11, IV ZR 271/10 = WM 2012, 1577 und IV ZR 286/10 = WM 2012, 1579; vgl. auch BGH, Beschl. v. 26. 9. 2012 – IV ZR 71/11 = r+s 2013, 117; OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12; OGH, Beschl. v. 24. 1. 2013 – 8 Ob 104/12w; vgl. auch OGH, Beschl. v. 17. 6. 2013 – 2 Ob 24/13p.

6) Vgl. BGH, Urt. v. 22. 5. 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356; siehe auch BT-Drs. 16/1935, S. 22 f.; vgl. *Staudinger/Halm/Wendt/Baumann*, Fachanwaltskommentar Versicherungsrecht, 1. Aufl. 2013, § 59 RdNr. 25.

7) Vgl. insb. BGH, Urt. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39; OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12t.

Wertungen des BGH zur Vermittlung von Versicherungsverträgen herangezogen hat⁸.

Dieser Beitrag soll sich kritisch mit der aktuellen Rechtsprechungsentwicklung auseinandersetzen, auch unter rechtsvergleichender Perspektive. Zunächst werden die Erkenntnisse des BGH in der Sache Clerical Medical in Erinnerung gerufen (unter II.); diese bewegten auch den OGH. Seinen Beschlüssen widmet sich der darauf folgende Abschnitt (unter III.). Daran anschließend sollen aktuelle legislative Entwicklungen auf europäischer Ebene gewürdigt werden (unter IV.). Die wesentlichen Ergebnisse werden schließlich in einem Fazit zusammengefasst (unter V.).

II. Rechtsprechung in Deutschland

Der u. a. für das Versicherungsrecht zuständige IV. Zivilsenat des BGH hatte sich 2012 gleich mehrfach⁹ mit Sachverhalten zu befassen, in denen es um den Vertrieb von Produkten des englischen Versicherers Clerical Medical ging.

1. Sachverhalt

Der beklagte Versicherer bot fondsgebundene Lebensversicherungen zum Tarif „Wealthmaster Noble“ an. Gegen Einmalzahlung konnten Kunden Anteile an einem Pool erwerben. Hieraus wurde am Aktienmarkt investiert. Im Rahmen eines sog. smoothing-Verfahrens wurden Teile erzielter Renditen in Rückstellungen überführt. Verbleibende Teile wurden an die Kunden weitergegeben. Zudem war vorgesehen, dass Kunden ggf. an gebildeten Reserven beteiligt werden. Dieses Lebensversicherungsprodukt war im vom BGH zu entscheidenden Fall Bestandteil des Anlagemodells „Europlan“, das in Deutschland u. a. über die später insolvente E. AG als „Masterdistributorin“ sowie über von dieser beauftragte Untervermittler der inzwischen ebenfalls insolventen R. GmbH vertrieben wurde.

Das dem Kläger vermittelte Anlagemodell enthielt folgende Komponenten: Der Lebensversicherungsvertrag sah vierteljährliche Auszahlungen für die Dauer von insgesamt 40 Jahren vor. Der Einmalbetrag wurde mittels Bankdarlehen finanziert. Als Sicherheit dienten die Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag. Durch regelmäßige Auszahlungen aus der Lebensversicherung sollten die Darlehenszinsen abgetragen werden. Der Kläger investierte zudem in ein Wertpapierdepot, das bei Endfälligkeit zur Tilgung des Darlehens verwendet werden sollte.

Als aufgrund negativer Marktentwicklung der Wertzuwachs der dem Kläger zugeteilten Poolanteile nicht ausreichte, um die vierteljährlichen Auszahlungen vollumfänglich zu decken, reduzierte der Versicherer die Anzahl der Poolanteile. Damit sank auch der Vertragswert.

Mit der Klage verfolgte der Kläger u. a. Ersatz seines Vertrauensschadens wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten. Die von der beklagten Versicherung und dem Untervermittler prognostizierten Renditeerwartungen seien unrealistisch gewesen. Das Verhalten des Untervermittlers sei der Beklagten zuzurechnen. Er sei so zu stellen, als sei es zu der Beteiligung am Wertpapierdepot nicht gekommen. Die Beklagte wandte ein, sie habe das von unabhängigen Maklern vertriebene Wertpapierdepot weder entwickelt noch beworben oder angeboten. Von der Fremdfinanzierung habe sie keine Kenntnis gehabt. Ein etwaiges Verschulden des Vermittlers sei ihr nicht zuzurechnen.

Das LG Heilbronn hatte die Klage abgewiesen. Das OLG Stuttgart hatte auf die Berufung des Klägers festgestellt, dass die Beklagte zur Erfüllung des Auszahlungsplans verpflichtet ist, und die Klage im Übrigen unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgewiesen. Auf die Revision der Beklagten (Wiederher-

stellung des landgerichtlichen Urteils) und die Anschlussrevision des Klägers (Hauptantrag auf Schadenersatz) hat der BGH die Entscheidung des OLG aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückverwiesen.

2. Entscheidungsgründe

Der BGH bejahte den Anspruch des Klägers auf Schadenersatz. Die Beklagte habe im Rahmen der Vertragsverhandlungen ihre Aufklärungspflichten verletzt. Das Verhalten des Untervermittlers sei ihr über die Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 278 BGB zuzurechnen. „Übernimmt ein Vermittler mit Wissen und Wollen einer Vertragspartei Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, steht der Vermittler unabhängig von seiner etwaigen Selbständigkeit und einer Tätigkeit auch für den Vertragspartner in ihrem Lager, wird in ihrem Pflichtenkreis tätig und“ – so der BGH wörtlich – „ist als ihre Hilfsperson zu betrachten“¹⁰. Eine solch umfassende Aufgabenübertragung sei hier erfolgt. Die Beklagte habe ihr Lebensversicherungsprodukt unter Verzicht auf ein eigenes Vertriebssystem im Rahmen eines Strukturvertriebs über rechtlich selbständige Vermittler veräußert, die ihrerseits Untervermittler eingesetzt haben. Die Beklagte selbst sei nicht mit Kunden in Kontakt getreten. Sie habe es den Vermittlern überlassen, den Interessenten die Angebote der Beklagten nahezubringen, ihnen dabei die notwendigen Auskünfte zum Vertragsinhalt und zum angebotenen Versicherungsprodukt zu geben, auftauchende Fragen hierzu zu beantworten und die Verhandlungen bis zum Abschluss zu führen¹¹.

Nicht unerwähnt soll hier bleiben, dass der BGH den Abschluss der streitgegenständlichen Lebensversicherung wohl als Anlagegeschäft gewertet hat. Dies ergebe sich bei einer wirtschaftlichen Betrachtung. Die Versicherung des Todesfallrisikos sei gegenüber der Renditeerwartung von untergeordneter Bedeutung gewesen. Dies zeige sich schon daran, so der BGH, dass die garantierte Todesfallleistung nur „101,00% des Rücknahmewertes von Einheiten/Anteilen“ betrage¹². Daher – so der BGH weiter – sei die Beklagte nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Aufklärung bei Anlagegeschäften verpflichtet gewesen, den Kläger bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen über alle Umstände verständlich und vollständig zu informieren, die für seinen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung waren. Das gelte insbesondere für die mit der angebotenen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken¹³. Die Beklagte habe ein in

8) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12t; OGH, Beschl. v. 24. 1. 2013 – 8 Ob 104/12w.

9) BGH, Ur. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 sowie IV ZR 122/11, IV ZR 151/11, IV ZR 271/10 = WM 2012, 1577 und IV ZR 286/10 = WM 2012, 1579; ferner OLG Köln, Ur. v. 5. 10. 2012 – 20 U 71/11; OLG Stuttgart, Ur. v. 20. 10. 2012 – 7 U 201/11; OLG Köln, Ur. v. 28. 11. 2012 – 5 U 157/12 = NZG 2013, 593 (Leitsatz); OLG Stuttgart, Ur. v. 8. 4. 2013 – 7 U 52/12; OLG Stuttgart, Ur. v. 27. 6. 2013 – 7 U 148/12; zu BGH, Ur. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 siehe *Pode-wils*, EWIR 2012, 687 f.; *Grote/Schaaf*, GWR 2012, 477 ff.; *Wendt*, NJ 2013, 87 f.; *Börner*, VersR 2012, 1471 ff.; *Pilz*, VuR 2013, 72 f.; *Koch/von Kossak*, WuB IV F AVB-Lebensversicherung 1.12; *Grams*, FD-VersR 2012, 335 601; *Langheid/Müller-Frank*, NJW 2013, 435, 439 f.; *dies.*, NJW 2013, 2329; *Pielsticker*, BKR 2013, 368 ff.

10) BGH, Ur. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 unter Hinweis auf BGH, Ur. v. 14. 11. 2000 – XI ZR 336/99 = VersR 2001, 188; BGH, Ur. v. 9. 7. 1998 – III ZR 158/97 = VersR 1998, 1093; BGH VersR 1997, 877.

11) Langh, Ur. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39.

12) BGH, Ur. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39.

13) BGH, Ur. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 unter Hinweis auf BGH, Ur. v. 9. 7. 1998 – III ZR 158/97 = VersR 1998, 1093; BGH WM 2005, 833; BGH NJW-RR 2011, 910.

tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, zu positives Bild von der Renditeerwartung gegeben. Einer Aufklärungspflichtverletzung stehe nicht entgegen, dass dem Kläger bewusst war, dass die Rendite aus der Lebensversicherung nicht garantiert sei. Bei konkreten Aussagen über eine zu erwartende Wertentwicklung müssten diese ein realistisches Bild vermitteln. Zeichne sich bereits bei Vertragsschluss ab, dass diese Werte tatsächlich nicht erreicht werden können, sei der Interessent hierüber aufzuklären¹⁴. Daran habe es gefehlt.

3. Bewertung

a) Lebensversicherung als Anlagegeschäft

Der Feststellung des BGH, die streitgegenständliche kapitalbildende Lebensversicherung stelle sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Anlagegeschäft dar, hätte eine ausführlichere Begründung gutgetan¹⁵. Dies gilt umso mehr, als der BGH hiermit einen neuen, erweiterten Pflichtenkreis des Versicherers begründet. Der Hinweis, die Versicherung des Todesfallrisikos sei gegenüber der Renditeerwartung von untergeordneter Bedeutung gewesen und sich dies schon daran zeige, dass die garantierte Todesfallleistung nur „101,00% des Rücknahmewertes von Einheiten/Anteilen“ betrage, ist zumindest missverständlich¹⁶. Dass sich die im konkreten Einzelfall vom BGH vorgenommene Wertung auf alle Lebens- und Unfallversicherungsprodukte übertragen lassen solle¹⁷, ist keinesfalls klar¹⁸.

Die Gleichsetzung von Versicherungs- und Anlageprodukten ist problematisch¹⁹. Sie steht im Widerspruch zu den Vorgaben der § 7 Abs. 2 VAG, § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 4 KWG und § 2 a Abs. 1 Nr. 4 WpHG²⁰. Zu beachten ist zudem, dass für Versicherungs- und Anlageprodukte unterschiedliche Aufklärungspflichten gesetzlich normiert sind. Für Versicherungsprodukte gelten die Vorgaben des VVG, der VVG-InfoV sowie ferner der VersVermV, für Anlageprodukte die des WpHG; letztere sind gerade nicht auf Versicherungsunternehmen anzuwenden²¹.

Allein die Besonderheiten des vom Makler vermittelten Konzepts ließen daher eine Einordnung als „Anlagegeschäft“ zu. Dann ist jedoch unklar, warum sich der Pflichtenkreis des Versicherers erweitert haben soll. Der Versicherer ist nach den vom BGH getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt gerade nicht Urheber des vermittelten Anlagemodells; die Lebensversicherung ist nur ein Baustein des Konzepts. Die Wertpapier- und Fremdfinanzierungskomponenten sind erst durch die unabhängigen Makler hinzugekommen. Dass sich hierdurch per se der Pflichtenkreis des Versicherers erweitern soll, erschließt sich nicht. Eine Pflicht bzw. Haftung für deren Verletzung setzt regelmäßig Verantwortung voraus. So legt etwa auch das ProdHaftG fest, dass eine Ersatzpflicht des Herstellers eines Teilprodukts ausgeschlossen ist, wenn der Fehler durch die Konstruktion des Gesamtprodukts, in welches das Teilprodukt eingearbeitet wurde, verursacht worden ist, § 1 Abs. 3 Satz 1 ProdHaftG.

b) Zurechnung

Die Ausführungen des BGH zur Zurechnung bei Strukturvertriebsmodellen sind ebenfalls beachtlich. Im Ergebnis rechnet der BGH das Verhalten selbständiger Versicherungsmakler gem. § 278 BGB der Versicherung zu. Der Senat stützt sich insoweit auf frühere Entscheidungen, bei denen ebenfalls eine Zurechnung erfolgte.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass die den früheren Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle anders gelagert sind. In der Entscheidung des III. Zivilsenats vom 9. 7. 1998²² hatte ein Untervermittler einer mit der Beklagten laut Urteil „zusammenarbeitenden Anlagevermittlungsgesellschaft“ einen Fremdwährungskredit bei einer Schweizer Bank vermittelt, um eine Kapitallebensversicherung

zu finanzieren. Im Fall Clerical Medical hatte die Beklagte dagegen vorgetragen, sie habe das von unabhängigen Maklern vertriebene Wertpapierdepot weder entwickelt noch erworben oder angeboten. Auch von der Fremdfinanzierung habe sie keine Kenntnis gehabt.

In den Urteilen des XI. Zivilsenats vom 24. 9. 1996²³ und 14. 11. 2000²⁴ hatte jeweils eine Vermögensberatung (in einem Fall hochverschuldete) Eheleute durch arglistige Täuschung dazu gebracht, ein Vorausdarlehen der Bausparkasse für den Kauf einer Eigentumswohnung in Anspruch zu nehmen und zugleich einen Bausparvertrag abzuschließen. Die Vermögensberatung sei mit Wissen und Wollen der beklagten Bausparkasse tätig geworden. Zudem habe gerade bei der von der Bausparkasse angebotenen speziellen Finanzierungsmethode (Verbindung von Vorausdarlehen und Bausparverträgen) für Kunden ein erheblicher Aufklärungs- und Beratungsbedarf bestanden. Dies und dass die Vermittler diesen nicht erfüllen würden, habe der Bausparkasse klar sein müssen. Im Fall Clerical Medical steht weder eine arglistige Täuschung im Raum, noch bot der Versicherer das letztlich dem Kunden vermittelte Anlageprodukt an – die Lebensversicherungspolice war nur Teil des Anlagekonzepts.

Der BGH bestätigt also keine bereits getroffene Entscheidung, sondern erweitert seine Rechtsprechung zur Zurechnung nach den Grundsätzen der Erfüllungsgehilfenhaftung auf sog. „Strukturvertriebe“.

Ist der Vertrieb über Versicherungsmakler organisiert, begegnet diese Erweiterung jedoch rechtsdogmatischen Bedenken. Nach § 278 BGB hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Zugerechnet wird das Handeln des Erfüllungsgehilfen. Erfüllungsgehilfe ist bekanntlich, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners mit dessen Willen als dessen Hilfsperson tätig wird²⁵. Der Erfüllungsgehilfe muss im Pflichtenkreis des Schuldners tätig werden. Das lässt sich bei Versicherungsmaklern regelmäßig nicht begründen. Versicherungsmakler haben das Interesse des Kunden wahrzunehmen²⁶. Insoweit trifft sie ein

14) BGH, Urt. v. 11. 7. 2012 – IV ZR 164/11 = BGHZ 194, 39 unter Hinweis auf BGH VersR 2012, 601; BGH NJW 2008, 3059; OLG Düsseldorf VersR 2001, 705.

15) *Wendt*, NJ 2013, 87 f.

16) *Wendt*, NJ 2013, 87 f.

17) Vgl. *Börner* VersR 2012, 1471, 1475.

18) *Wendt*, NJ 2013, 87 f.

19) *Grote/Schaaf* GWR 2012, 477; *Wendt*, NJ 2013, 87 f.; ferner *Langheid/Müller-Frank*, NJW 2013, 435, 439 f.; *dies.*, NJW 2013, 2329.

20) *Assmann/Uwe H. Schneider/Assmann*, Kommentar zum WpHG, 6. Aufl. 2012, § 2 a RdNr. 22 f.; *Grote/Schaaf* GWR 2012, 477; *Wendt*, NJ 2013, 87 f.

21) BGH VersR 2005, 404; OLG Karlsruhe VersR 2004, 999; *Grote/Schaaf* GWR 2012, 477; *Wendt*, NJ 2013, 87 f.; vgl. auch *Langheid/Müller-Frank*, NJW 2013, 435, 439 f.; *dies.*, NJW 2013, 2329.

22) BGH, Urt. v. 9. 7. 1998 – III ZR 158/97 = VersR 1998, 1093.

23) BGH, Urt. v. 24. 9. 1996 – XI ZR 318/95 = VersR 1997, 877.

24) BGH, Urt. v. 14. 11. 2000 – XI ZR 336/99 = VersR 2001.

25) BGH Urt. v. 21. 4. 1954 – VI ZR 55/53, BGHZ 13, 111 = NJW 1954, 1193; *MüKoBGB/Grundmann*, 6. Aufl. 2012, § 278 BGB RdNr. 42; *BGB-HK/Schulze*, 7. Aufl. 2012, § 278 BGB RdNr. 5; zur Erfüllungsgehilfenstellung eines Vermittlers bei Sparkassen vgl. BGH, Urt. v. 24. 9. 1996 – XI ZR 318/95, NJW 1997, 155; zur Erfüllungsgehilfenstellung eines Maklers bei Mietwohnungen vgl. BGH, Urt. v. 24. 11. 1995 – V ZR 40/94, NJW 1996, 452.

26) Vgl. BGH, Urt. v. 22. 5. 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356; siehe auch *BT-Drs. 16/1935*, S. 227f.; vgl. auch *Staudinger/Halm/Wendt/Baumann*, Fachanwaltskommentar Versicherungsrecht, 1. Aufl. 2013, § 59 RdNr. 25.

eigener Pflichtenkreis, den die Rechtsprechung stets weit gezogen hat²⁷. Als Vertrauter und Berater des Versicherungsnehmers hat der Versicherungsmakler einen individuell passgenauen Versicherungsschutz zu verschaffen²⁸. Er untersucht von sich aus das Risiko und informiert den Versicherungsnehmer als seinen Auftraggeber ständig, unverzüglich und ungefragt über die für ihn wichtigen Zwischen- und Endergebnisse seiner Bemühungen. „Wegen dieser umfassenden Pflichten kann der Versicherungsmakler für den Bereich der Versicherungsverhältnisse des von ihm betreuten Versicherungsnehmers als dessen treuhänderähnlicher Sachwalter bezeichnet“²⁹ werden. Dass die Provision der Versicherungsmakler vom Versicherer getragen wird, ändert hieran nichts³⁰. Das VVG regelt die Pflichten des Versicherungsmaklers in den §§ 59 ff. VVG. Zugleich ordnet es an, dass die den Versicherer grundsätzlich nach § 6 VVG treffenden Beratungspflichten dann nicht greifen, wenn der Versicherungsvertrag über einen Versicherungsmakler vermittelt wird, § 6 Abs. 6 VVG. Wenn den Versicherer in diesem Fall aber keine Beratungspflichten treffen, dann kann auch kein Erfüllungsgehilfe insoweit tätig werden³¹. Voraussetzung für das Tätigwerden in einem Pflichtenkreis ist zunächst dessen Existenz, wie auch der XI. Zivilsenat des BGH zuletzt festgestellt hat³². Die Zurechnung nach den Grundsätzen der Erfüllungsgehilfenhaftung im Falle des Vertriebs über Versicherungsmakler lässt sich daher mit den Regelungen der §§ 6 Abs. 6, 59, 60 VVG nicht vereinbaren³³. Die vom IV. Zivilsenat pauschal getroffene Entscheidung zur Zurechnung bei Strukturvertrieben überzeugt insoweit nicht.

Zumindest missverständlich ist auch der im Nachgang zur hier erörterten Entscheidung am 26. 9. 2012 ergangene Hinweisbeschluss des IV. Zivilsenats³⁴. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Versicherungsnehmer im Dokument „Erklärung zum Beratungsgespräch“ (durch Ankreuzen der jeweiligen vorgedruckten Kästchen) bestätigt, dass er „über folgende Punkte und Risiken aufgeklärt wurde“³⁵. Im Kopf des Dokuments war auch das Logo des Versicherers aufgeführt. Damit – so der BGH – habe sich der Versicherer die vom Vermittler durchgeführte Risikoaufklärung im Beratungsgespräch zu Eigen gemacht. Der Versicherer habe sich für die Risikoaufklärung des Vermittlers bedient, der daher als Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB zu betrachten sei. Der Versicherer müsse sich deshalb „auch solche in diesem Gespräch abgegebenen Erklärungen zu Chancen und Risiken zurechnen lassen, die innerhalb der Grenzen ihrer eigenen Aufklärungspflicht nicht geschuldet waren.“³⁶ An der Zurechenbarkeit ändere es nichts, so der BGH, dass es sich um einen selbständigen Berater gehandelt habe, der als Untervermittler für eine Vermögensberatung tätig geworden sei. Es komme allein auf den Pflichtenkreis des Vermittlers im Einzelfall an. Nur dieser sei ausschlaggebend dafür, wann ein Vermittler, gleichgültig, ob selbständig oder nicht, als Hilfsperson des Versicherers anzusehen sei.

Tatsächlich kommt es auf den Pflichtenkreis des Versicherers an. Besteht er infolge gesetzlicher Bestimmungen nicht, kann eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Erfüllungsgehilfenhaftung nicht gelingen. Denkbar wäre allerdings eine Nebenpflichtverletzung aus Vertrag gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Versicherer zum Handeln verpflichten³⁷.

III. Rechtsprechung in Österreich

Auch der österreichische OGH war in der jüngeren Vergangenheit mit Fällen konfrontiert, in denen die Zurechnung haftungsbegründenden Verhaltens im arbeitsteiligen Vertrieb von Vermögensanlagen in Frage stand³⁸. Im Unterschied zu Deutschland

betrafen die Verfahren Wertpapiere, die von Banken über selbständige Vermittler vertrieben worden sind.

Ob und unter welchen Voraussetzungen die den Kundenauftrag ausführende Depotbank für eine fehlerhafte Beratung selbständiger Anlageberater nach der Erfüllungsgehilfenhaftung (§ 1313 a ABGB) einzustehen hat, war für Schadenersatzansprüche zuvor offen geblieben³⁹. Anders bei der irrtumsrechtlichen Anfechtung, über die in Österreich zahlreiche Anlegerprozesse geführt werden: Hier hatte der OGH die Zurechnung an die das Effektengeschäft ausführende Bank bei vergleichbarem Sachverhalten bejaht⁴⁰.

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung war die Zurechnung des selbständigen Anlageberaters für Schadenersatzansprüche regelmäßig abgelehnt worden⁴¹: Bei Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleister sei nur das kundennähere Unternehmen zu einer Beratung verpflichtet. Der selbständige Anlageberater werde nicht im Pflichtenkreis der Bank tätig. Ein allfälliges Fehlverhalten sei ihr daher nicht zuzurechnen.

Dieser Argumentation folgte am 13. 12. 2012 schließlich der 1. Senat des OGH⁴². Er verneinte die schadenersatzrechtliche Zurechnung selbständiger Anlageberater im ausgegliederten Vertrieb von Wertpapieren. Die Entscheidung wies allerdings kein Beharrungsvermögen auf: Nur vier Tage später nahm der 4. Senat des OGH einen überraschenden Rechtsprechungswechsel vor⁴³. Ihm haben sich mittlerweile der 8.⁴⁴ und der 2.⁴⁵ sowie der 9.⁴⁶ und

27) Vgl. BGH, Ur. v. 22. 5. 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356; vgl. auch OLG Karlsruhe, Ur. v. 29. 5. 2007, Az: 15 U 68/04; OLG Schleswig-Holstein, Ur. v. 16. 7. 1999, Az: 6 U 28/99 = VersR 2000, 1430; OLG Düsseldorf, Ur. v. 10. 11. 1995, Az: 7 U 81/94 = VersR 1996, 1104; OLG Hamm, 11. 5. 1995, Az: 18 U 57/94 = MedR 1997, 463; OLG Stuttgart, Ur. v. 28. 12. 1990, Az: 2 U 121/90 = VersR 1991, 883.

28) Vgl. BGH, Ur. v. 22. 5. 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356; siehe auch BT-Drs. 16/1935, S. 227f.; vgl. auch *Staudinger/Halm/Wendt/Baumann*, Fachanwaltskommentar Versicherungsrecht, 1. Aufl. 2013, § 59 RdNr. 25.

29) Vgl. BGH, Ur. v. 22. 5. 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356.

30) BGH, Ur. v. 22. 5. 1985 – IVa ZR 190/83 = BGHZ 94, 356.

31) Vgl. hierzu auch *Muschner*, VersR 2012, 701, 704f.

32) Vgl. hierzu BGH, Ur. v. 19. 3. 2013 – XI ZR 431/11 = NJW 2013, 3293 = BKR 2013, 248; vgl. hierzu *Weber*, NJW 2013, 2324, 2328.

33) Vgl. auch *Muschner*, VersR 2012, 701, 705.

34) BGH, Beschl. v. 26. 9. 2012 – IV ZR 71/11 = r+s 2013, 117.

35) Vgl. BGH, Beschl. v. 26. 9. 2012 – IV ZR 71/11 = r+s 2013, 117.

36) BGH, Beschl. v. 26. 9. 2012 – IV ZR 71/11 = r+s 2013, 117.

37) Vgl. BGH, Beschl. v. 26. 9. 2012 – IV ZR 71/11 = r+s 2013, 117.

38) *Bydlinski*, ÖBA 2013, 463; *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445.

39) OGH, Beschl. v. 28. 9. 2011 – 7 Ob 107/11 b = RdW 2012, 215; OGH, Beschl. v. 23. 3. 2011 – 4 Ob 20/11 m = EvBl 2011/119 = ÖBA 2012, 57; OGH, Beschl. v. 29. 9. 2011 – 1 Ob 132/11k = ZFR 2012/11, 29.

40) OGH, Beschl. v. 30. 6. 1994 – 6 Ob 600/94 = ÖBA 1995, 51; OGH, Beschl. v. 21. 11. 1995 – 4 Ob 586/95 = JBl 1996, 385; OGH, Beschl. v. 2. 7. 2009 – 6 Ob 109/09 m = eclex 2009, 764; OGH, Beschl. v. 18. 2. 2010 – 6 Ob 24/10p = JBl 2010, 442; OGH, Beschl. v. 31. 1. 2007 – 3 Ob 283/06y = ÖBA 2007, 744; OGH, Beschl. v. 15. 3. 2012 – 6 Ob 13/12y = eclex 2012, 383. Maßgebend war in den letztgenannten irrtumsrechtlichen Entscheidungen, dass der selbständige Vermittler „im Auftrag“ der Bank tätig geworden war, sodass er nicht als Dritter (i. S. d. § 875 ABGB) angesehen werden konnte.

41) OLG Wien, Ur. v. 21. 2. 2011 – 5 R 262/10 a; OLG Wien, Ur. v. 27. 4. 2012 – 5 R 295/11 f; OLG Wien, Ur. v. 29. 9. 2010 – 15 R 155/10i; Ur. v. 29. 9. 2010 – 15 R 153/10w; anders, soweit ersichtlich, nur OLG Wien, Ur. v. 21. 2. 2011 – 4 R 276/10 b.

42) OGH, Beschl. v. 13. 12. 2012 – 1 Ob 48/12 h.

43) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12 t.

44) OGH, Beschl. v. 24. 1. 2013 – 8 Ob 104/12 w.

45) OGH, Beschl. v. 17. 6. 2013 – 2 Ob 24/13 p.

46) OGH, Beschl. v. 29. 10. 2013 – 9 Ob 46/13 z.

der 10.⁴⁷ Senat angeschlossen⁴⁸. Der Beschluss des 4. Senats sowie die ersten beiden Folgeentscheidungen sollen im Folgenden kurz vorgestellt und bewertet werden.

1. Beschluss vom 17. 12. 2012

Die erste, die Zurechnung bejahende Entscheidung traf der 4. Senat des OGH am 17. 12. 2012. Gegenstand des Beschlusses 4 Ob 129/12t war die an sich bereits hinlänglich ausjudizierte Frage nach der Irreführungseignung eines Werbefolders zu einem Währungszertifikat der Emittentin Lehman Brothers Treasury Co. BV. Die beklagte Bank hatte die Schuldverschreibung über selbständige Wertpapierdienstleistungsunternehmen vertrieben. Daher hatte sich der – primär lauterkeitsrechtliche – Senat des OGH auch damit auseinander zu setzen, ob ein haftungsbegründendes Verhalten des Anlageberaters über die Erfüllungsgehilfenhaftung jener Bank zugerechnet werden kann, die das nachfolgende Erwerbs- und Depotgeschäft ausführt.

a) Sachverhalt

Vermittelt über einen selbständigen Anlageberater erwarben die Kläger von der beklagten Bank Asien-Währungszertifikate. Beworben wurde das Produkt „Dragon FX Garant“ über einen Folder der Beklagten, der „100% Kapitalgarantie“ versprach. Die Kläger machten geltend, dass sich ihr Kaufentschluss auf die tatsächenswidrige Zusicherung des Beraters gründete, Garantin sei die beklagte Bank. Tatsächliche Garantin war die Emittentin Lehman Brothers Treasury Co. BV. Im Zuge der Insolvenz der Lehman Brothers Gruppe wurden die Kapitalgarantie und das Anlageprodukt als solches wertlos.

Die Kläger begeherten den Kaufpreis samt Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Wertpapiere. Die Beklagte habe für die mangelhafte Aufklärung durch den externen Anlageberater einzustehen. Die Beklagte wandte ein, mit dem selbständigen Wertpapierdienstleister eine Vertriebsvereinbarung geschlossen zu haben, nach der dessen Mitarbeiter die Kundenberatung eigenverantwortlich durchführen. Die Arbeitsteilung sei offen gelegt worden. Die Abwicklung des Wertpapierkaufs durch die Beklagte selbst erfolgte „beratungsfrei“. Eine Verdoppelung der Beratungspflichten sei von den Klägern weder gewünscht noch gesetzlich gefordert gewesen. Die Vertriebspartner der Beklagten seien nicht als Erfüllungsgehilfen der Beklagten tätig geworden, sondern standen mit einem eigenen Pflichtenkreis in einem Vertragsverhältnis zu den Kunden.

Das Handelsgericht Wien hatte die Klage abgewiesen⁴⁹. Das OLG Wien hatte diese Entscheidung bestätigt⁵⁰. Der 4. Senat des OGH hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies an das Erstgericht zurück.

b) Entscheidungsgründe

Der OGH rechnete das Fehlverhalten des Anlageberaters der beklagten Bank zu. Zwar sei eine Bank, die von ihrem Vertriebspartner den Auftrag erhält, im Namen des Kunden ein Effekten- und Depotgeschäft vorzunehmen, nach dem – hier noch anwendbaren – Wertpapieraufsichtsgesetz von 1997 (WAG 1997) zu keiner Beratung des Kunden verpflichtet. Nur das kundennähere Unternehmen, also der selbständige Berater, habe anleger- und objektgerecht zu beraten. Er handle hierbei nicht im Pflichtenkreis der Bank⁵¹. Die Bank treffe eine Aufklärungspflicht nur dann, wenn sie konkrete Anhaltspunkte oder sogar positive Kenntnis davon habe, dass der Berater seine Pflichten verletzt⁵².

Dieses Ergebnis, das sich zunächst noch mit der Entscheidung des 1. Senats deckt, setze – so der 4. Senat – allerdings voraus,

dass der Anlageberater „tatsächlich unabhängig von der Bank“⁵³ agiert. Diese neue wesentliche Bedingung übernahm der 4. Senat aus den gesetzlichen Regelungen zur Vermittlung von Versicherungsverträgen:

Ein Versicherer hafte jedenfalls für das Verschulden eines Versicherungsagenten, also einer Person, die von ihm ständig betraut ist, Versicherungsverträge zu vermitteln (§ 43 Abs. 1 VersVG). Ob der Agent für mehrere Versicherungen parallel tätig wird, sei nicht von Belang⁵⁴. Nach § 43a VersVG habe der Versicherer zudem für das Verschulden eines Vermittlers einzustehen, der zwar kein Agent, sondern Makler ist, der zum Versicherer aber in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis stehe (sog. Pseudomakler).

Die Regelung des Versicherungsvertragsgesetzes zum Pseudomakler zog der 4. Senat für das Bankrecht heran. Er kam zu dem Schluss, dass einer Bank der selbständige Anlageberater zuzurechnen ist, wenn diese ihn „ständig mit der Vermittlung von bestimmten Anlageprodukten betraut“ und hierdurch ein wirtschaftliches Naheverhältnis entsteht. „Denn diese ständige Betrauung begründet zusammen mit der regelmäßig produkt- und umsatzabhängigen Provision die Gefahr, dass der Vermittler nicht mehr ausschließlich oder doch überwiegend im Interesse des Kunden tätig wird, sondern auch andere Erwägungen – insbesondere die Maximierung des eigenen Gewinns – in seine Tätigkeit einfließen lässt“⁵⁵. Liegt eine solche Einbindung in die Interessenverfolgung der Bank vor, dürfe diese nicht länger auf eine einwandfreie Beratung durch den Anlageberater vertrauen.

An dieser Stelle verweist der OGH auf die Entscheidung des BGH in Sachen Clerical Medical: „Denn auch dort steht ein Vermittler, der mit Wissen und Wollen einer Vertragspartei Aufgaben übernimmt, die typischerweise ihr obliegen, im Lager dieser Vertragspartei, wird in deren Pflichtenkreis tätig und ist als deren Hilfsperson zu betrachten, dies unabhängig von einer etwaigen Selbständigkeit des Vermittlers und einer Tätigkeit (als Makler) auch für den anderen Vertragspartner.“⁵⁶

c) Bewertung

Der Rückgriff des OGH auf das österreichische Versicherungsvertragsgesetz und die Rechtsprechung des BGH in der Sache Clerical Medical im bankrechtlichen Kontext ist bemerkenswert.

47) OGH, Beschl. v. 4. 11. 2013 – 10 Ob 34/13t.

48) Das Schrifttum war zu der Frage, ob die Bank auch bei Einschaltung eines Vermittlers zu einer Beratungsleistung verpflichtet ist und der Vermittler bei Beratung der Kunden Pflichten der Bank wahrnehme, bereits seit Jahren zu uneinheitlichen Ergebnissen gekommen. Für eine Zurechnung: Graf, ÖBA 2012, 229; Vonkilch, RdW 2010, 324; Riedler, ÖJZ 2010, 849; dagegen: Knobl/Gasser, ÖBA 2012, 352; Schopper, ÖBA 2012, 57; Krejci, ÖJZ 2010/10, 63; Baum, ÖBA 2010, 285; Knobl/Grafenhofer, GesRZ 2010, 41.

49) HG Wien, Urt. v. 28. 11. 2011 – 48 Cg 25/11b-11.

50) OLG Wien, Urt. v. 29. 3. 2012 – 15 R 26/12x-16.

51) Knobl/Grafenhofer, GesRZ 2010, 41 ff.; Baum, ÖBA 2010, 285, 288; Krejci, ÖJZ 2010, 63; Schopper, ÖBA 2012, 62; Knobl/Gasser, ÖBA 2012, 358 ff.

52) OGH, Beschl. v. 9. 8. 2011 – 4 Ob 50/11y = ÖBA 2011, 898; OGH, Beschl. v. 8. 11. 2011 – 10 Ob 69/11 m = ÖBA 2012, 621; ebenso die Lehre zum WAG 1997, siehe exempl. Gumpoldsberger, ecolex 2005, 682 ff.; Knobl/Grafenhofer, GesRZ 2010, 36 ff.; Baum, ÖBA 2010, 285; Schopper, 4 Ob 20/11 m, ÖBA 2012, 62; Knobl/Gasser, ÖBA 2012, 362 ff.; anders wohl nur Graf, ÖBA 2012, 232 ff.

53) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12t.

54) OGH, Beschl. v. 29. 4. 2009 – 7 Ob 58/09v.

55) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12t.

56) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob 129/12t.

Entsprechend groß ist die Resonanz des Schrifttums auf die Entscheidung⁵⁷. Die Lehre äußerte sich kritisch zu der Rechtsprechungswende⁵⁸. Nur im Ergebnis erfuhr der Beschluss des 4. Senats vereinzelt Zustimmung⁵⁹.

Aufgezeigt wird zunächst der Widerspruch zu der Entscheidung 1 Ob 48/12 h, die unmittelbar zuvor vom 1. Senat getroffen worden war⁶⁰. Zwar stimmen beide Senate überein, dass der selbständige Anlageberater grundsätzlich kein Erfüllungsgehilfe der Depotbank ist⁶¹. Der 4. Senat macht dieses Ergebnis allerdings von einer gewichtigen zusätzlichen Bedingung abhängig, nämlich von der Voraussetzung, dass er tatsächlich unabhängig von der Bank agiert⁶². Das soll dann nicht zutreffen, wenn ein Anlageberater mit der Bank nicht nur sporadisch, sondern regelmäßig zusammenarbeitet und sein wirtschaftlicher Erfolg damit auch vom Ausmaß der Vermittlung ihrer Produkte abhängt.

Eine derart gegliederte Vertriebskette, die Beratung und Erwerbsgeschäft trennt, ist im Bankgeschäft (ebenso wie in anderen Wirtschaftsbereichen) durchaus üblich⁶³: Der Kunde lässt sich von einem selbständigen Anlageberater beraten. Auf Grundlage der Beratung entscheidet er sich zum Kauf bestimmter Wertpapiere. Das Erwerbsgeschäft sowie – sofern noch nicht vorhanden – die Eröffnung des Depots erfolgt über eine von dem Berater namhaft gemachte Bank.

Kommt es nun zu einem Schaden durch fehlerhafte Beratung, setzt die solidarische Haftung der Bank voraus, dass ihr das Verschulden des Anlageberaters zuzurechnen ist oder dass auch die Bank zu einer eigenen Beratung verpflichtet war und dieser Pflicht nicht entsprach.

Betrachten wir zunächst die Zurechnung: Die rechtliche Grundlage liefert die Erfüllungsgehilfenhaftung des § 1313 a ABGB: „Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden [...] der Personen, derer er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.“ Die Norm findet nicht nur Anwendung, wenn vertragliche Hauptpflichten durch einen Gehilfen erfüllt werden, sondern auch dann, wenn sich jemand in contrahendo eines Gehilfen bedient und dieser vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt⁶⁴. Jedenfalls muss der Gehilfe mit Willen des Schuldners im Rahmen der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeiten tätig werden⁶⁵. Die Zurechnung setzt damit ein Tätigwerden des Beraters im Pflichtenkreis der Bank voraus.

Zudem prüfte der 4. Senat, ob die Bank einen Kunden, der bereits von seinem Berater eine Anlageberatung erhielt, erneut zu beraten hat. Dies wurde in Übereinstimmung mit dem 1. Senat⁶⁶ verneint. Als kundenfernere Unternehmen ist die Bank zu keiner Beratung verpflichtet, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der selbständige Berater seine Verpflichtung nicht erfüllt.

Auf den ersten Blick hält damit auch der 4. Senat daran fest, dass nur den kundennäheren Vermittler Beratungspflichten treffen. Zugleich aber weicht er diesen Grundsatz bis zur Bedeutungslosigkeit auf. Schließlich verpflichtet er eine Bank dann eben doch zu einer eigenen Beratung, wenn sie einen Anlageberater ständig mit dem Vertrieb ihrer Produkte betraut. Die ständige Betrauung begründe angesichts der regelmäßig produkt- und umsatzabhängigen Provision die Gefahr, dass der Berater nicht mehr ausschließlich oder überwiegend im Interesse des Kunden tätig wird.

Folgt man dem 4. Senat, ist die Bank in aller Regel also doch zu einer eigenständigen Beratung verpflichtet. Dies führt zu einer zweifachen Aufklärung des Kunden, die dem Konzept des Wertpapieraufsichtsgesetzes⁶⁷ widerspricht. Schließlich soll das Ausmaß der Beratungspflichten von der individuellen Informationsbedürftigkeit des Kunden abhängen. Eine Verdoppelung der Beratung um ihrer selbst willen entspricht nicht dem Wunsch des Kunden nach

rascher Umsetzung einer bereits gefassten Anlageentscheidung⁶⁸. Die Auffassung des 4. Senats muss daher bereits deshalb als zu weitgehend abgelehnt werden⁶⁹.

In rechtsdogmatischer Hinsicht ist fraglich, ob die Rechtsfortbildung durch Übernahme von Wertungen aus dem Versicherungsvertragsrecht zum Pseudomakler zu Recht erfolgte. Der 4. Senat hat seinen „methodischen Weg nicht offengelegt“⁷⁰. Er führt lediglich aus, die Überlegungen zum Versicherungsrecht „können auf die Vermittlung von (anderen) Anlageprodukten übertragen werden“. Damit nimmt der OGH wohl eine Analogie vor⁷¹. Wo die planwidrige Lücke auszumachen ist, die eine Wirkung des § 43 a VersVG außerhalb seines sachlichen Anwendungsbereichs rechtfertigt, klärt der 4. Senat jedoch nicht⁷². Eine rechtsdogmatische Grundlage für die Rechtsfortbildung fehlt.

Zu prüfen ist auch, ob die Zuhilfenahme des § 43 a VersVG, der von der Literatur bekanntlich als auf einem Irrtum beruhender „legistischer Betriebsunfall“ und „schwere Anomalie“⁷³ betrachtet wird, tatsächlich zu dem vom 4. Senat gewünschten Ergebnis führt.

Die Auffassung des Gerichts, dass die Vertriebsstrukturen im Versicherungs- und Bankbereich vergleichbar sind, hat noch Zustimmung erfahren⁷⁴. Sowohl der Versicherungsvermittler als auch der Anlageberater sind selbständige Unternehmer, die zwischen den Parteien einen (u. U. schadenauslösenden) Vertrag vermitteln⁷⁵. Die Gleichsetzung von Versicherungs- und Anlageprodukten ist jedoch nicht unproblematisch. Beruhend auf Art. 2 Abs. 1 lit. a MiFID schließt auch das österreichische Wertpapieraufsichtsgesetz von 2007 (WAG 2007) Versicherungsunternehmen gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 1 WAG aus seinem Anwendungsbereich (weitgehend) aus⁷⁶.

57) Siehe etwa Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2013, 319; Bydlinski, ÖBA 2013, 463; Leupold/Ramharter, RdW 2013, 445; Rabl, ÖBA 2013, 433.

58) Siehe nur Bydlinski, ÖBA 2013, 463; Rabl, ÖBA 2013, 433; Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2013, 319.

59) Leupold/Ramharter, RdW 2013, 445, zustimmend wohl auch Wilhelm, ecoloex 2013, 774.

60) Steinmair, ZFR 2013, 88; vgl. auch OGH, Beschl. v. 9. 8. 2011 – 4 Ob 50/11y sowie OGH, Beschl. v. 8. 11. 2011 – 10 Ob 69/11m.

61) Rabl, ÖBA 2013, 433.

62) Rabl, ÖBA 2013, 433.

63) Rabl nennt als Auswahl weiterer Wirtschaftsbereiche Immobilienmakler, welche die Liegenschaft eines Verkäufers empfehlen; Architekten, die sich für einen bestimmten Baustoff aussprechen und Softwareexperten, die eine konkrete Software empfehlen, ÖBA 2013, 434.

64) Kletečka/Schauer/Schacherreiter, Kommentar zum ABGB-ON, Aufl. 1.01., 2013, § 1313 a RdNr. 10.

65) Rummel/Reischauer, Kommentar zum ABGB, 3. Aufl. 2007, § 1313 a RdNr. 1; Kletečka/Schauer/Schacherreiter, Kommentar zum ABGB-ON, Aufl. 1.01., 2013, § 1313 a RdNr. 30.

66) OGH, Beschl. v. 17. 12. 2012 – 4 Ob129/12t.

67) Der Widerspruch besteht insb. zu dem in § 27 WAG 2007 zum Ausdruck kommenden Prinzip der „reliance on others“; so auch Rabl, ÖBA 2013, 433, 435.

68) So Brenn/Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2013, 319.

69) Brenn/Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2013, 319, enger auch Trenker, Zak 2012, 365 f.

70) Bydlinski, ÖBA 2013, 463, 466.

71) Bydlinski, ÖBA 2013, 463, 466; Steinmair, ZFR 2013, 88.

72) Rabl, ÖBA 2013, 433, 438.

73) Rabl, ÖBA 2013, 433, 437, 438 unter Bezugnahme auf Fenyves: in FS Baumann 65 m. w. Nachw.

74) Rabl, ÖBA 2013, 433, 435; zuvor bereits Riedler, ecoloex 2011, 194, 196; Vonkilch, ÖJZ 2011, 989, 993; Trenker, Zak 2012, 365.

75) Rabl, ÖBA 2013, 433, 435.

76) Vgl. Brandl/Saria, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2010, § 2 RdNr. 2.

Im Unterschied zum selbständigen Anlageberater kennt das österreichische Versicherungsvertragsrecht – ebenso wie das deutsche – zudem zwei Typen des selbständigen Vermittlers: den Agenten und den Makler. Der Versicherungsagent wird von der Versicherung ständig oder bedarfsweise mit der Vermittlung von Produkten betraut (§ 43 Abs. 1 VersVG). Zu dem Versicherungsnehmer steht er in keiner vertraglichen Beziehung. Der Versicherungsmakler hingegen ist regelmäßig als zulässiger Doppelmakler tätig. Er schließt sowohl mit dem Versicherungsunternehmen als auch mit dem Versicherungsnehmer einen Vertrag⁷⁷.

Durchbrochen wird die klare Typisierung durch die Mischform des sog. Pseudomaklers, der zwar kein Agent, sondern Makler ist, zu dem Versicherer aber in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis steht, das eine Zurechnung rechtfertigt. § 43 a VersVG lautet: „Fällt ein Vermittler zwar nicht unter § 43 Abs. 1, steht er aber zum Versicherer in einem solchen wirtschaftlichen Naheverhältnis, das es zweifelhaft erscheinen läßt, ob er in der Lage ist, überwiegend die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren, so haftet der Versicherer dem Versicherungsnehmer für das Verschulden eines solchen Vermittlers wie für sein eigenes.“ Diese Regelung wendete der OGH auf den selbständigen Anlageberater an.

Das Naheverhältnis, das § 43 a VersVG anspricht, soll sich vorrangig aus betrieblichen Kennzahlen ergeben. Die Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung werden damit durch objektive wirtschaftliche Kennzahlen ersetzt⁷⁸. Basierend auf den Materialien⁷⁹ hat die Lehre die Zurechnung zusätzlich an die Voraussetzung der Erkennbarkeit des Naheverhältnisses für den Versicherer geknüpft: Ein Fehlverhalten des Maklers soll dem Versicherer nur dann zugerechnet werden, wenn er dieses positiv kennt und bewusst zur Steigerung seiner Erwerbchancen ausnutzt⁸⁰.

Bei der Bezugnahme auf § 43 a VersVG hätte der OGH damit nicht nur die objektiven wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern zusätzlich den Versuch der missbräuchlichen Umgehung der Erfüllungsgehilfenhaftung prüfen müssen. Als weitere Tatbestandselemente wären somit zu fordern gewesen, dass die depotführende Bank um das problematische Naheverhältnis zum selbständigen Anlageberater weiß und sich dieses durch den Verzicht auf eine eigene Vertriebsorganisation missbräuchlich zu Nutze macht, um die gesetzlichen Haftungsregeln zu umgehen.

Das Abstellen auf diese zusätzlichen Kriterien hätte der früheren Judikatur des OGH entsprochen, welche die Zurechnung des kundennäheren Anlageberaters zur Bank von der bewussten Instrumentalisierung abhängig gemacht hat⁸¹.

Dass der OGH darauf verzichtete, lässt darauf schließen, dass er – wie der BGH in der Sache *Clerical Medical* – für den arbeitsteiligen Strukturvertrieb auch im Bankensektor eine eigene Fallgruppe eröffnet. Der OGH scheint der Ansicht zu sein, dass dem Strukturvertrieb die Instrumentalisierung selbständiger Wertpapierdienstleister unabhängig von deren Tätigkeit auch für andere Vertragspartner derart wesensimmanent ist, dass eine gesonderte Prüfung nicht lohnt.

Zu bedenken ist aber, dass der Gesetzgeber mit § 43a VersVG auf eine einmalige Weise von den allgemeinen Kriterien der Erfüllungsgehilfenzurechnung abgegangen ist⁸² und diese durch ein schlichtes Abstellen auf wirtschaftliche Kennzahlen ersetzt hat⁸³. Dies führt bei einem typischen Geschehensablauf schon im Versicherungsvertragsrecht zu einer „gefährlichen Erodierung“⁸⁴ der Erfüllungsgehilfenhaftung. Zu Recht ist daher bereits angemerkt worden, dass eine derart kritikwürdige, uneingepasste Norm nicht auch außerhalb ihres sachlichen Anwendungsbereichs Wirkung entfalten sollte.

2. Erste Folgeentscheidungen aus 2013

a) Beschlüsse vom 24. 1. und 17. 6. 2013

Bestätigung fand die Rechtsprechungswende zunächst durch den 8. und den 2. Senat des OGH. Der Sachverhalt der Beschlüsse deckt sich weitgehend. Sie werden daher gemeinsam erläutert.

aa) Sachverhalt zu 8 Ob 104/12w und 2 Ob 24/13p

Die Kläger erwarben von der beklagten Bank Aktien von Immobiliengesellschaften. Die Beklagte hielt selbst in größerem Ausmaß Anteile an den Gesellschaften. Zudem bestanden personelle Verflechtungen in den Vorständen. Vermittelt wurden die Aktienkäufe über einen Strukturvertrieb, der auch die Beratung übernahm.

Die Anlageberater rieten den Klägern davon ab, die Anteile 2007 bei ersten Kursverlusten zu veräußern. Der Kurs verfiel gänzlich. Die Kläger begehrten Schadenersatz bzw. Vertragsaufhebung wegen Irrtums Zug um Zug gegen Rückgabe der Aktien. Der Vermögensschaden sei durch die bewusst unterlassene Aufklärung über bevorstehende Verluste entstanden. Über Beteiligungsgesellschaften sei zudem eine künstliche Kursstützung erfolgt. Die Beklagte bestritt die Kursmanipulation. Der Aktienkurs sei im Zuge der allgemeinen Finanzkrise gefallen. Die Beratungspflichten seien nicht von ihr zu erbringen gewesen.

In dem zu der Entscheidung 8 Ob 104/12w führenden Fall wies das Handelsgericht Wien die Klage ab. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Der 8. Senat des OGH hob die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Im Fall zu 2 Ob 24/13p gab das Handelsgericht Wien der Klage statt. Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Der 2. Senat des OGH stellte das erstgerichtliche Urteil wieder her.

bb) Entscheidungsgründe

Der 8. Senat führte aus, dass die Wertungen des 4. Senats auch für den Zeitraum nach Abwicklung der Kaufverträge greifen können: Das Verbot der Marktmanipulation⁸⁵ sei als Schutzgesetz zu qualifizieren. In den Schutzbereich seien alle Kunden der Bank einzubeziehen, die über einen von ihr vorgesehenen Vertriebsweg betreut werden. Dies gelte, sofern der selbständige Vermittler derart in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden ist, dass sie nicht auf seine objektive Beratung vertrauen darf.

Der 2. Senat ergänzte, dass die Verfolgung der eigenen Interessen der beklagten Bank im Vordergrund stand. Sie hatte aufgrund der engen Verflechtung mit der Emittentin ein Interesse an der Veräußerung gerade dieser Aktien. Dafür instrumentalisierte sie die Berater, denen sie die zur Fehlberatung führenden Unterlagen

77) *Bollenberger/Kellner*, ÖBA 2013, 435.

78) *Rabl*, ÖBA 2013, 433, 437.

79) JAB 1722 BlgNR 18. GP 6.

80) Siehe nur *Fenyves*, in: FS Baumann 65, 75.

81) Siehe etwa OGH, Beschl. v. 27. 6. 2006 – 3 Ob 75/06k = GesRZ 2006, 332.

82) Entsprechend argumentieren *Leupold/Ramharter*, dass der Geltungsgrund der Zurechnung nicht in der Übernahme fremder Pflichten besteht, sondern dass durch das Setzen entsprechender Anreize die Gefahr einer Fehlberatung geschaffen wurde. Die Bank haftet für die Schaffung einer Gefahrenquelle (Ingerenzprinzip); siehe *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 449 sowie allg. *Rummell/Reischauer*, Kommentar zum ABGB, 3. Aufl. 2007, § 1294 RdNr. 64 ff.

83) Die Abhängigkeit kann aus einer Beteiligung, einem besonders hohen Prämienvolumen oder einer sonstigen Beherrschung resultieren, vgl. *Bydlinski*, ÖBA 2013, 463, 467.

84) *Rabl*, ÖBA 2013, 433, 437.

85) § 48 a Abs 1 Z 2 BörseG.

zur Verfügung stellte. Die beklagte Bank konnte unter den hier gegebenen Umständen nicht erwarten, dass die Aufklärung der Kunden sachgerecht erfolge. Dies führe zur Zurechnung. Das Gericht stütze sich auf die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten und auf schuldhaft verursachten Irrtum.

c) Bewertung

Beide Entscheidungen nahmen Bezug auf den vorausgegangenen Beschluss des 4. Senats. Diesem wurde im Schrifttum bekanntlich mangelnde Differenzierung vorgeworfen⁸⁶. In der Tat ist die Argumentation, dass die Pflichten aus dem Beratungsvertrag bereits dann auch die Bank treffen sollen, wenn der Berater mit ihr in einer ständigen Geschäftsbeziehung steht, zu pauschal. Aus dem Interessengleichlauf zwischen Bank und Berater kann nicht zugleich auf eine nicht gesetzmäßige Beratung geschlossen werden⁸⁷. Um das an sich legitime Vertrauen der Bank auf eine objektive Beratung durch den Vertriebspartner auszuschließen, müssen zusätzliche, besondere belastende Umstände hinzukommen⁸⁸.

Von diesen die Bank belastenden Sonderaspekten sind die Entscheidungen 8 Ob 104/12w und 2 Ob 24/13p geprägt: Das Element der wirtschaftlichen Abhängigkeit, das der 4. Senat seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, tritt hier deutlich zugespitzt auf. In beiden Fällen bestand zwischen der beklagten Bank und dem selbständigen Anlageberater nicht nur eine Vertriebspartnerschaft. Vielmehr hatte die Bank angesichts einer personellen Verknüpfung mit der Emittentin ein vorrangiges Interesse an dem Verkauf gerade ihrer Wertpapiere. Dieses Interesse setzte sie mit Hilfe externer Berater durch, die von ihr die Fehlberatung auslösende Werbematerialien, Schulungsunterlagen und Produktpräsentationen erhielten. Die Bank wusste also, dass die Berater primär, wenn nicht ausschließlich von ihr stammende Anlageprodukte anboten, also offenkundig nicht vom Kundenwunsch ausgehend unterschiedliche Produkte bereithielten⁸⁹.

Unter diesen Voraussetzungen durfte die Bank nicht davon ausgehen, dass eine korrekte Beratung durch den kundennäheren Berater erfolgte. Stattdessen bestanden konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Vertriebspartner seiner Aufklärungspflicht nicht im gesetzmäßigen Umfang nachkam. Dies aktualisiert zu Recht eine eigene Beratungspflicht samt (Solidar-)Haftung der Bank⁹⁰. Ihr Pflichtenkreis erweitert sich, sobald die Bank Beratungsfehler im Vertrieb erkennt bzw. fahrlässig verkennt. Auch der XI. Zivilsenat des BGH kommt nach dem vergleichbaren deutschen Recht zu dem Ergebnis, dass eine Warnpflicht der Bank dann besteht, wenn diese von einer Fehlberatung weiß oder zumindest massive Verdachtsmomente bestehen⁹¹.

Eine dauerhafte Geschäftsbeziehung zwischen einer Bank und einem externen Anlageberater (samt üblichem Provisionsmodell) allein kann hingegen nicht zu einer Solidarhaftung für etwaige Fehlberatungen durch selbständige Vertriebspartner führen.

3. Zwischenergebnis

Der Blick auf deutsche und österreichische Rechtsprechungsentwicklungen offenbart verblüffende Parallelen. In den aufgezeigten Fällen wurde jeweils das Verhalten unabhängiger Berater bzw. Vermittler der Bank bzw. dem Versicherer zugerechnet. In Deutschland erfolgte die Zurechnung über § 278 BGB, in Österreich über § 1313 a ABGB. Problematisch ist jeweils, dass sowohl deutsches als auch österreichisches Recht für die Erfüllungsgehilfenhaftung ein Tätigwerden im Pflichtenkreis des Schuldners erfordern. Ein solcher Pflichtenkreis kann aber kaum begründet werden.

Letztlich dogmatisch nachvollziehbarer wäre es, den Anleger über Ersatzansprüche aus Nebenpflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bzw. vorvertraglicher Haftung i. S. d. § 1295 ABGB

zu schützen, wenn besondere Umstände dies erfordern. Diese wären etwa anzunehmen, wenn die Bank bzw. der Versicherer um die nicht gesetzmäßige Beratung durch den selbständigen Vermittler bzw. Berater weiß und sie zudem an dem Verkauf des konkret vermittelten Anlageprodukts interessiert ist. Dem Wissen um die Fehlberatung kann eine fahrlässige Unkenntnis gleich gestellt werden.

IV. Aktuelle rechtspolitische Diskussion auf EU-Ebene

Auf EU-Ebene werden derzeit eine Reihe umfangreicher Vorhaben diskutiert, deren Ziel der Verbraucherschutz im Finanzdienstleistungsbereich ist⁹². Die EU-Kommission hat am 3. 7. 2012 ihren Vorschlag für eine Richtlinie über Versicherungsvermittlung (IMD II-Richtlinienentwurf) vorgelegt⁹³. Der Entwurf ist Teil eines Legislativpakets, das u. a.⁹⁴ auch den Verordnungsvorschlag über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte (PRIPs-Verordnungsentwurf)⁹⁵ enthält. Er ist zudem im Zusammenhang mit dem bereits am 20. 10. 2011 vorgelegten Vorschlag zur Revision der Finanzmarkttrichtlinie (MiFID II-Richtlinienentwurf) zu sehen⁹⁶. Die Vorschläge eint das Ziel, den Verbraucher durch Information und Beratung vor Fehlvertragsabschlüssen zu bewahren.

1. MiFID II-Richtlinienentwurf

Der MiFID II-Richtlinienentwurf sieht neue Vorgaben im Bereich der Wertpapierdienstleistungen bei allen Finanzinstrumenten vor. Der Vorschlag soll insbesondere den Wettbewerb und die Handelstransparenz erhöhen. Der Entwurf wird den europäischen Wertpapiermarkt grundlegend ändern⁹⁷.

Der Richtlinienentwurf verschärft den rechtlichen Rahmen für die Anlageberatung. Die Möglichkeit von Wertpapierfirmen, Anreize von Drittparteien anzunehmen, wird eingeschränkt. Daneben stärkt der Vorschlag die Anforderungen an den Umgang mit Geldern, die Kunden gehören, durch Wertpapierfirmen und ihre Vermittler. Dem Ziel des Anlegerschutzes soll zudem die geplante Vereinheitlichung der Anforderungen an den Vertrieb von Finanzprodukten dienen: Der MiFID II-Richtlinienentwurf weitert die Wohlverhaltensregeln sowie die Regeln über den Umgang mit Interessenkonflikten auf den Verkauf strukturierter Einlagen von Kreditinstituten mit und ohne Beratung aus⁹⁸. Er legt fest, dass die MiFID-Anforderungen auch für Wertpapiere von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten

86) *Bydliński*, ÖBA 2013, 463, 466.

87) So auch *Bydliński*, ÖBA 2013, 463, 465.

88) *Bydliński*, ÖBA 2013, 463, 465.

89) *Bydliński*, ÖBA 2013, 463, 465; ähnlich *Trenker*, Zak 2012, 365.

90) *Wilhelm*, *ecolex* 2013, 773, 774; *Bydliński*, ÖBA 2013, 463, 464.

91) BGH, Urt. v. 19. 3. 2013 – XI ZR 431/11, WM 2013, 789.

92) Hierzu *Sasserath-Alberti*, *EuZW* 2012, 641 f.

93) Vorschlag für eine RiL des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung (Neufassung), COM(2012) 360 final.

94) Siehe auch den Vorschlag für eine RiL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RiL 2009/65/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen, COM(2012) 350 final., der nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist.

95) Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte, COM(2012) 352 final; PRIIP = Packaged Retail Investment Product.

96) Vorschlag für eine RiL des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente zur Aufhebung der RiL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Neufassung), KOM(2011) 656 endgültig; vgl. hierzu etwa ausführlich *Veil/Lerch*, WM 2012, 1565 ff. und 1605 ff.; *Weber*, *NJW* 2014, 272, 274.

97) So auch *Weber*, *NJW* 2013, 2324, 2325.

98) *Parmentier*, *EuZW* 2014, 50, 52.

gelten, die ihre eigenen Wertpapiere verkaufen, ohne eine Beratung zu leisten. Beachtenswert sind nicht zuletzt auch die vorgeschlagenen Regelungen zur unabhängigen Beratung bzw. zur Honorarberatung⁹⁹; diese hat sich freilich nur in wenigen Staaten bereits etabliert. Regelungen, nach denen das Verhalten unabhängiger Berater dem Kreditinstitut in bestimmten Fällen zuzurechnen sind, finden sich in dem MiFID II-Richtlinienentwurf nicht.

2. IMD II-Richtlinienentwurf

Der IMD II-Richtlinienentwurf soll für alle am Vertrieb von Versicherungsprodukten beteiligten Akteure gleiche Wettbewerbsbedingungen sichern¹⁰⁰. Der Entwurf behält die Regelungsstruktur der ersten Vermittlerrichtlinie (IMD I)¹⁰¹ grundsätzlich bei. Eine Vielzahl neuer Vorgaben erhöht die Regelungsdichte jedoch merklich. Auch hier ist daher die Bezeichnung als „Neufassung“ angebracht. Der Entwurf sieht ebenfalls Regelungen zur Offenlegung von Vermittlerprovisionen¹⁰² sowie zur Honorarberatung vor¹⁰³. Sie bedürfen einer eingehenden rechtspolitischen Diskussion. Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit bereits Vorgaben getroffen. Am 7. 6. 2013 hat das Gesetz zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente den Bundesrat passiert¹⁰⁴. Der IMD II-Richtlinienentwurf hält ein differenzierendes Regelungskonzept zur Frage der Beratung vor¹⁰⁵. Unterschieden wird zwischen Produkten, die eine Beratung erfordern¹⁰⁶ und beratungsfrei vertriebenen Produkten¹⁰⁷. Besondere Regeln zur Beratung finden sich zudem für Versicherungsanlageprodukte.¹⁰⁸ Die Regelungen nehmen zwar sowohl Versicherungsvermittler als auch Versicherungsunternehmen in Bezug, Regelungen zur Zurechnung finden sich allerdings nicht.

3. PRIPs-Verordnungsentwurf

Der PRIPs-Verordnungsentwurf folgt dem Ziel klarerer vorvertraglicher Informationen. Er sieht u. a. die Einführung eines Produktinformationsblatts (Key Information Dokument, kurz „PRIP-KID“) auf europäischer Ebene vor¹⁰⁹. Es soll die Vergleichbarkeit von Finanzprodukten erleichtern. Für den deutschen Markt ist insoweit bereits das neue Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Förderung der privaten Altersvorsorge (Altersvorsorge-Verbesserungsgesetz – AltVergG) zu beachten¹¹⁰. Nach dem PRIPs-Verordnungsvorschlag ist der Produktanbieter für die korrekte Abfassung¹¹¹ sowie die regelmäßige Überprüfung und Überarbeitung¹¹² des PRIP-KIDs verantwortlich. Zur Ausgestaltung des PRIP-KIDs finden sich nur Rahmenvorgaben¹¹³. Sie sollen durch delegierte Rechtsakte konkretisiert werden¹¹⁴. Das ist bedenklich. Einem Rechtsakt, der die Informationspflichten auf europäischer Ebene harmonisieren soll, hätte es gut gestanden, die maßgeblichen Informationspflichten auch konkret zu regeln.

Der Verordnungsvorschlag enthält zudem Regelungen zur zivilrechtlichen Haftung des Anlageproduktanbieters¹¹⁵. Weist der Kleinanleger nach, dass ihm aufgrund der Informationen im PRIP-KID Verluste entstanden sind, hat der Anlageproduktanbieter nachzuweisen, dass das PRIP-KID den Anforderungen der Verordnung entspricht. Die Regelung ist zu Recht kritisiert worden¹¹⁶. Zivilrechtliche Vorgaben, die im Rahmen einer europäischen Verordnung eine Beweislastumkehr nicht nur für Verschulden, sondern auch für die Rechtswidrigkeit vorsehen¹¹⁷, werden ein Fremdkörper im nationalen Privatrecht sein.

V. Fazit

Folgende Thesen lassen sich aus dem Voranstehenden ableiten:

1. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in Deutschland und Österreich soll eine Zurechnung des Fehlverhaltens selbständiger Vermittler bzw. Berater in bestimmten Konstellationen mög-

lich sein. Zu beachten ist jedoch, dass sowohl deutsches als auch österreichisches Recht für die Erfüllungsgehilfenhaftung ein Tätigwerden im Pflichtenkreis des Schuldners erfordern. Ein solcher Pflichtenkreis kann nicht immer begründet werden.

2. Dogmatisch nachvollziehbarer wäre es, den Anleger über Ersatzansprüche aus Nebenpflichtverletzung bzw. vorvertraglicher Haftung zu schützen, wenn besondere Umstände dies erfordern.
3. Allein der Interessengleichlauf zwischen Bank und Berater bzw. Versicherer und Vermittler kann keine Vermutung für eine rechtswidrige Beratung begründen. Um das an sich legitime Vertrauen der Bank bzw. Versicherung auf eine gesetzmäßige Beratung durch den Vertriebspartner auszuschließen, müssen zusätzliche, belastende Umstände hinzukommen.
4. Umstände in diesem Sinne können vorliegen, wenn die Bank bzw. der Versicherer um die nicht gesetzmäßige Beratung durch den selbständigen Vermittler bzw. Berater weiß und sie zudem an dem Verkauf des konkret vermittelten Anlageprodukts interessiert ist.
5. Dem Wissen um die Fehlberatung kann in diesen Fällen eine fahrlässige Unkenntnis gleich gestellt werden.
6. Aktuelle Legislativvorschläge auf EU-Ebene – namentlich der MiFID II-Richtlinienentwurf, der IMD II-Richtlinienentwurf und der PRIPs-Verordnungsentwurf – eint das Ziel, den Verbraucher durch Information und Beratung vor Fehlvertragsabschlüssen zu bewahren.
7. Indessen halten die Vorschläge keine Regelungen vor, nach denen das Verhalten selbständiger Vermittler und Berater zukünftig stets Bank oder Versicherung zuzurechnen sind.
8. Die höchsten Zivilgerichte dürfen Recht fortbilden. Die darin liegende Verantwortung ist freilich immens. Der Richterspruch prägt rechtliche Leitgedanken und vermag sogar ein vollständiges parlamentarisches Verfahren zu ersetzen. Umso größer ist das Bedürfnis nach rechtsdogmatisch nachvollziehbaren Wertungen.

99) *Parmantier*, EuZW 2014, 50, 52.

100) Vgl. *Armbrüster*, EuZW 2013, 686, 688.

101) RIL 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung, ABl. L 9 v. 15. 1. 2003, S. 3.

102) Art. 17 IMD II-Richtlinienentwurf; vgl. hierzu *Armbrüster*, EuZW 2013, 686, 688; *Görsdorf-Kegel* VW 2012, 996.

103) Vgl. hierzu etwa *Beenken/Brühl/Wende* VW 2011, 200; *Friedrich* VW 2012, 650; *Schuld* VW 2012, 786; *Görsdorf-Kegel* VW 2012, 996; zu Vergütungssystemen allgemein *Winkenbach* VW 2012, 1214.

104) BGBl. I 2013, 2390; siehe auch BT-Drs. 17/12 295; BT-Drs. 17/13 131; die Vorgaben orientieren sich an denen des MiFID II-Richtlinienentwurfs; vgl. hierzu *Weber*, NJW 2013, 2324, 2327; siehe ferner die Regelungen für den bankenunabhängigen Vertrieb (§ 34 f GewO), die Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV), BGBl. 2012, 1006 sowie das Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagevermittler- und Vermögensanlagenrechts, BGBl. I 2012, 2481.

105) Vgl. hierzu auch *Werber*, VersR 2012, 1467, 1469.

106) Art. 18 Abs. 1-3 IMD II-Richtlinienentwurf.

107) Art. 18 Abs. 4 IMD II-Richtlinienentwurf; hierzu *Werber*, VersR 2012, 1467, 1469.

108) Art. 25 Abs. 4 IMD II-Richtlinienentwurf.

109) Vgl. hierzu *Seitz/Juhnke/Seibold*, BKR 2013, 1 ff.

110) Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Förderung der privaten Altersvorsorge (Altersvorsorge-Verbesserungsgesetz – AltVergG) vom 24. 6. 2013 – BGBl. I 2013 Nr. 31 vom 28. 6. 2013, S. 1667 (hier § 7 AltZertG); hierzu *Rudkowski*, VersR 2013, 1504 ff.

111) Art. 5 PRIPs-Verordnungsentwurf.

112) Art. 10 PRIPs-Verordnungsentwurf.

113) Vgl. Art. 6 und Art. 8 PRIPs-Verordnungsentwurf.

114) Art. 8 Abs. 5 PRIPs-Verordnungsentwurf.

115) Art. 11 PRIPs-Verordnungsentwurf.

116) Vgl. hierzu *Seitz/Juhnke/Seibold*, BKR 2013, 1, 6 f.

117) Ähnlich auch *Seitz/Juhnke/Seibold*, BKR 2013, 1, 7.