Aktuelle Entwicklungen im Online-Broker-Bereich

Wolfgang Freund

Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH
Rotenturmstraße 13, 1010 Wien
wolfgang.freund@dla.com

Schlagworte: Online-Brokering, Konzessionspflicht, Prospektpflicht, Internet

Abstract: Dieser Beitrag greift ausgewählte Problembereiche des Online-Brokerings auf und beleuchtet zunächst zwei grundlegende Fragen der rechtlichen Stellung von im Ausland tätigen Online-Brokern. Einerseits stellt sich die Frage einer Lizenzpflicht in Österreich, andererseits, ob für eine solche Tätigkeit, bei entsprechender Ausgestaltung, aufgrund eines öffentlichen Angebots ein Prospekt zu erstellen wäre. Letztlich sollen anhand von Beispielen Haftungsfälle von Online-Banken demonstriert werden.

1. Einleitung

Online-Broking oder Online-Brokerage ist eine Entwicklung, die auch in letzter Zeit verstärkt Zulauf gefunden hat.

Dennoch sind einige rechtliche Fragen auch im Bereich des Online-Brokings bislang nicht endgültig gelöst. Hierzu zählen einerseits lizenzrechtliche Fragen, andererseits auch Fragen des Kapitalmarktrechtes. Diese sind bisher in der österreichischen Judikatur und auch in der Literatur nur vereinzelt behandelt worden. Daneben stellen sich in der Rechtsprechung insbesondere Haftungsfragen von Online-Brokern. Diese sollen anhand von einigen kurzen Beispielen angerissen werden.

2. Lizenzrecht

Auf die Tätigkeit eines Online-Brokers sind aus der österreichischen Rechtsordnung insbesondere die Regelungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG) und des Bankwesengesetzes (BWG) anzuwenden. Betreibt der Broker den Kommissions- oder Eigenhandel, so wird ein im Inland ansässiger Online-Broker im Regelfall eine Bankkonzession benötigen.[1] Übt er diese Tätigkeit nicht aus, so wird seine Tätigkeit regelmäßig unter

[1] *Knobl,* Rechtsfragen des Online-Broking in: Graf/Gruber (Hrsg), Rechtsfragen des Internetbanking (2002) 147, Bank-Verl, Wien.

§ 1 Abs 1 Z 19 BWG, nämlich Vermögensberatung, Vermögensverwaltung oder insbesondere Vermögensvermittlung fallen.

Viele im Internet tätige Online-Broker haben aber ihren Sitz nicht in Österreich. Hier stellt sich die Frage, wann deren Tätigkeit der Lizenzpflicht nach österreichischem Recht unterliegt. *Knobl* führt dazu aus, dass der bloße Internetauftritt keiner Konzession bedarf, wenn keine wesentliche Teilleistung im Internet erbracht wird.[2] Seiner Ansicht nach genügt es zur Begründung der Lizenzpflichtigkeit in Österreich, wenn eine Abrechnung im Inland vorgenommen wird. Im Gegensatz dazu sieht er die bloße Zusendung der im Ausland vorgenommenen Abrechnung als unproblematisch an. Auch die bloße vorvertragliche Information, Werbung oder Aufklärung führt seines Erachtens nicht zu einer Konzessionspflicht.[3] Insgesamt sieht er die Konzessionsvorschriften des BWG und WAG am Territorialitätsprinzip orientiert.[4]

Ähnlich prüft auch *Rhomberg*[5] als Anknüpfungspunkt für die Konzessionspflicht im Inland, ob Finanzdienstleistungen im Inland erbracht werden. Er knüpft hierfür einerseits an den vertraglichen Erfüllungsort, andererseits an die tatsächliche Leistungserbringung an. Zu bemerken ist hierbei, dass eine Beratung aus dem Ausland seiner Ansicht nach nicht im Inland erfolgt. Auch im Bereich der Vermögensvermittlung sieht er typischerweise die Tätigkeit eines im Ausland angesiedelten Finanzdienstleisters als im Ausland erbracht an. Demgegenüber wäre seiner Ansicht nach die Verwaltung von im Inland gelegenen Vermögen ein Anknüpfungspunkt für eine inländische Konzessionspflicht. Allerdings sieht er bereits das qualifizierte Bewerben (Anbieten von Finanzdienstleistungen durch ausländische Dienstleister) als Auslöser einer Konzessionspflicht in Österreich an.[6]

Diese Meinung steht im Gegensatz zur Ansicht des UVS Kärnten, der in einer Entscheidung vom Juni 2002 festgehalten hat, dass Beratungsleistungen als dort erbracht gelten, wo sich der Kunde zum Zeitpunkt der Beratung aufhält, unabhängig davon, ob die Beratung vom Inland oder vom Ausland aus über Telefon, Telefax, Briefverkehr, e-Mail etc erfolgt.[7]

Kürzlich haben nun zwei Mitarbeiter der Finanzmarktaufsicht ihre Meinung zu grenzüberschreitenden Bankgeschäften dargetan.[8] Sie sehen

---

[2] *Knobl,* aaO, 147.

[3] *Knobl,* aaO, 149.

[4] *Knobl,* aaO, 150.

[5] *Rhomberg,* Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen – Anwendungsbereich des WAG, ecolex 2002, 934.

[6] *Rhomberg,* aaO, 936.

[7] UVS Kärnten 26.6.2002, KUVS-K1-696/8/2002, ecolex 2002, 781.

[8] *Gapp/Gfall,* Grenzüberschreitende Bankgeschäfte ohne inländische Niederlassung – internationale Anknüpfung und Konzessionspflicht, ecolex 2003, 244.

als wesentlichen Anknüpfungspunkt den Gläubigerschutz[9]. Insbesondere aufgrund der Hereinnahme von Publikumsgeldern ist ein strenger Maßstab anzulegen, so dass sie zum Schluss kommen, dass bereits ein via Internet zur Verfügung gestellter Konto- bzw Depoteröffnungsantrag ausreicht, um in Österreich konzessionspflichtig zu werden.

Auf europarechtlicher Ebene hat die Kommission bereits vor längerer Zeit in einer Mitteilung[10] als Anknüpfungspunkt den Ort der Verwaltung eines Depots, den Ort der Entgegennahme oder der Zuzählung von Geldern, der Ort der Kontoführung und einiges mehr angeführt.

Insgesamt dürfte eindeutig sein, dass die bloße Tatsache der Tätigkeit im Internet und damit Verfügbarkeit in Österreich nicht ausreicht, um einen Konzessionstatbestand zu erfüllen. Darüber hinaus muss eine gewisse nicht unerhebliche Beziehung zu Österreich bestehen.

Obgleich somit noch keine eindeutige Linie erkennbar ist, scheint doch die Mehrheit von territorialen Gedanken auszugehen und eine Anknüpfung insofern vorzunehmen, als Leistungen im Inland erbracht werden. Meines Erachtens ist daher auch die Auffassung des UVS Kärnten, der jegliche Tätigkeit, die sich an Kunden in Österreich richtet, als tatbestandsmäßig auffasst, abzulehnen.

3. Kapitalmarktrecht

Eine andere ungelöste Frage ist, ob die Tätigkeit eines Online-Brokers allenfalls ein öffentliches Angebot darstellt, welches nach dem Kapitalmarktgesetz (KMG) eine Prospektpflicht auslösen würde.

§ 1 Abs 1 Z 1 KMG definiert ein öffentliches Angebot als „eine sich nicht an bestimmte Personen wendende auf die Veräußerung von Wertpapieren oder Veranlagungen gerichtete Willenserklärung". Gemäß § 1 Abs 2 KMG ist dem öffentlichen Angebot eine sich nicht an bestimmte Personen wendende Aufforderung, auf den Erwerb von Wertpapieren oder Veranlagungen gerichtete Angebote zu stellen, gleich zu halten. Ein erstmaliges öffentliches Angebot darf im Inland nur erfolgen, wenn ein gemäß den Bestimmungen des KMG erstellter und kontrollierter Prospekt veröffentlicht wurde. Wesentlich ist somit zunächst, dass ein unbestimmter Personenkreis angesprochen wird. Das Gesetz selbst geht bei mehr als 250 Adressaten von der Vermutung der Öffentlichkeit aus.

Selbstverständlich kann ein solches Angebot auch mittels elektronischer Medien, etwa dem Internet, vorgenommen werden.[11] Gleichermaßen

---

[9] *Gapp/Gfall,* aaO, 246.

[10] Mitteilung der Kommission über den freien Dienstleistungsverkehr und das allgemeine Interesse in der zweiten Bankenrechtlinie, ABL 95/C 209/04.

[11] *Kalss,* Ist eine Unternehmensinformation im Internet ein öffentliches Angebot nach dem KMG? JBl 2003, 702.

sieht auch *Knobl*[12] ein erstmaliges öffentliches Angebot im Inland als Auslöser der Prospektpflicht nach dem KMG an.

Ein Online-Broker, der somit im Internet Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet, könnte der Prospektpflicht unterliegen. Eine Möglichkeit besteht allerdings darin, im Internet entsprechende Maßnahmen zu setzen, um das Kriterium der Öffentlichkeit nicht zu erfüllen. Eine solche Maßnahme wäre die Zugangsbeschränkung der entsprechenden Seite, etwa durch ein Passwort.[13]

Andernfalls bleibt zu fragen, ob jedes Anbieten eines Wertpapiers im Internet sofort eine Prospektpflicht in Österreich auslöst. In der Literatur[14] hat sich dabei das so genannte Zielmarktkonzept durchgesetzt. Zur Abgrenzung wird geprüft, ob sich das Angebot augenscheinlich (auch) an Interessenten im Inland richtet, obwohl es im Ausland abgegeben wird oder ob sich das Angebot erkennbar auf ausländische Investoren beschränkt. *Knobl* fasst zusammen, dass eine Internetwerbung ausländischer Broker für in Österreich bisher nicht öffentlich angebotene Wertpapiere dann keine Prospektpflicht auslöst, wenn sie erkennbar nicht auf österreichische Anleger zugeschnitten ist und entsprechende Vorkehrungen gegen den Erwerb durch österreichische Anleger getroffen sind.[15]

Abgrenzungskriterien nach diesem Zielmarktkonzept sind Inhalt und Sprache des Internetauftrittes, Informationen allenfalls über österreichische Ansprechpartner oder Vertriebsstellen in Österreich sowie die Erklärung der steuerlichen Behandlung in Österreich.[16] Auch die Währung kann meines Erachtens allenfalls als Abgrenzungskriterium herangezogen werden. Darüber hinaus wird in der Literatur[17] ein entsprechender textlicher Hinweis („Disclaimer") verlangt, mit dem darauf aufmerksam gemacht wird, dass sich dieses Angebot nicht an bestimmte Personenkreise richtet bzw nur an bestimmte Investoren. Auch werden technische Vorkehrungen verlangt, die über Abfragen, etwa über die Postleitzahl einer physischen Adresse oder über die IP-Adresse, verhindern sollen, dass Anleger, an die das Angebot nicht gerichtet ist, Zugang erlangen.

Eine verbindliche Hilfestellung der berufenen Behörden ist zu dieser Thematik bislang leider nicht ergangen.

Parallel zu der oben behandelten Problemstellung des Lizenzrechts zeigt sich auch bei diesem Problemkreis, dass über den bloßen Internet-

---

[12] *Knobl*, aaO, 150.
[13] *Kalss*, aaO.
[14] Knobl, aaO, 150; Kalss, aaO.
[15] *Knobl*, aaO, 151.
[16] *Kalss*, aaO; 150 f.
[17] Knobl, aaO, 151; Kalss, aaO.

Auftritt hinaus ein gewisser Konnex zu Österreich gegeben sein muss, um in Österreich rechtliche Folgen auszulösen. Andererseits lässt sich nach dem derzeitigen Meinungsstand eine Verbindung zu Österreich und damit eine Unterwerfung unter österreichisches Recht mit entsprechender Gestaltung vermeiden.

4. Haftungsfragen

In Österreich hat sich bisher der Oberste Gerichtshof nicht mit Fragen zum Thema der Haftung eines Online-Brokers oder einer Online-Bank im Rahmen des Erwerbs, des Verkaufs oder der Vermittlung von Wertpapieren auseinandergesetzt. In Deutschland liegen hingegen bereits einige einschlägige Entscheidungen vor.[18]

4.1. Irrtümliche Eingabe

In einem dem Landgericht Nürnberg-Fürth[19] vorgelegten Fall unterhielt der Kläger bei der Online-Bank ein Konto und Wertpapierdepot. Anstelle einer Kauforder für Wertpapiere um einen Betrag von DM 5000, dieser Betrag entsprach seinem Guthaben auf dem Konto, gab er irrtümlich die Zahl 5000 in das Feld „Stückzahl Nominale" ein und erteilte damit den Auftrag zum Erwerb von 5000 Anteilen zu einem Kurswert von etwa DM 1 Mio. Aufgrund der bestätigenden E-Mail der beklagten Bank stornierte der Kläger am nächsten Tag den Auftrag. Da ein Storno nicht möglich war, wurden die erworbenen Wertpapiere unverzüglich wieder verkauft. Dadurch kam es aufgrund der Kursänderungen zu einem negativen Saldo in Höhe von etwa DM 15.000. Mit der Klage beantragte der Kläger seine Buchungen im Wesentlichen rückgängig zu machen und den entstandenen Schaden, der von einem weiteren Konto des Klägers einbezogen wurde, wieder auszugleichen.

Das Gericht kam schließlich zu der Auffassung, dass – wie in diesem Fall augenscheinlich – ein kleiner Irrtum eines Kunden zu einem enormen Schaden führen kann. Dies sei „die Kehrseite der Medaille" des technischen Systems zur schnelleren Abwicklung der Wertpapiergeschäfte. Binnen weniger Augenblicke könne sich hier der Kunde in einem enormen Betrag verschulden. Das Gericht führt weiters aus, dass die Beklagte durch eine einfache und zumutbare Maßnahme hätte verhindern können, dass dies geschieht, nämlich in dem der Kauf schlicht nicht ausgeführt wird, wenn kein entsprechendes Guthaben oder eine entsprechende Kreditlinie

[18] Die hier angeführten Entscheidungen sind nicht repräsentativ und stellen keine systematische Aufarbeitung dieses Sachgebiets dar, sondern dienen lediglich als Beispiele.

[19] Geschäftsnummer 10 O 8034/01, JurPC Web-Dok. 242/2003 (www.jurpc.de).

vorhanden ist. Diesen Umstand wertete das Gericht als positive Vertragsverletzung der Bank gegenüber dem Kunden, aufgrund welcher die Bank zum Ersatz des jeweils entstandenen Schadens verpflichtet ist. Auch im Vergleich mit einem persönlich abgewickelten Verkaufsgespräch sieht das Gericht eine Aufklärungspflicht der Bank, denn der leibhaftige Mitarbeiter hätte von einem Kunden keinen Auftrag über DM 1 Mio angenommen.

4.2. Irrtümliche Eingabe II

In einem ähnlichen Fall des OLG Nürnberg[20] haben die Kläger einen Auftrag zum Erwerb von 150 Anteilen an einem Fonds abgegeben. Am Tag danach erteilten sie hierfür ein Limit. Allerdings wurde bereits einige Zeit davor von der Bank mitgeteilt, dass limitierte Fondsaufträge nicht möglich seien, so dass der Auftrag ohne Limit durchgeführt wurde. Der Wert des Auftrags überstieg das Guthaben der Kläger, die Schadenersatz geltend machen.

Das Gericht kam zur Auffassung, dass eine Verpflichtung der Bank, einen nicht durch ein Guthaben des Auftraggebers gedeckten Auftrag zurückzuweisen, gerade nicht besteht. Auch ein Hinweis in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, dass die Bank nicht verpflichtet sei, Kaufaufträge ohne ausreichende Deckung auszuführen, sei nicht ausreichend. Hieraus ergibt sich lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, allerdings keine Verpflichtung auf Abstandnahme von der Ausführung. Letztlich verneint das Gericht auch die Verpflichtung der Bank, im Internet erteilte Aufträge auf ihre Plausibilität zu prüfen und zu verhindern, dass Kunden irrtümlich Aufträge erteilen, die das Volumen ihres Kontos erheblich übersteigen. Der Kunde sei sich dessen bewusst, dass online abgegebene Aufträge eben nicht individuell überprüft werden. Dies schlägt sich auch in niedrigeren Gebühren und schnellerer Auftragsausführung nieder.

Diese Begründung steht in Widerspruch zur oben angeführten Entscheidung Irrtümliche Eingabe I, eine Lösung dieser Frage, ob nun eine entsprechende Pflicht der Bank besteht oder nicht, ist bislang leider nicht erfolgt. Argumente lassen sich, wie die Entscheidungen selbst zeigen, für beide Sichtweisen anführen.

4.3. Doppelverkauf

In diesem Fall[21] erteilte der Kläger einen Verkaufsauftrag für 840 Stück Aktien. Am nächsten Tag erfolgte aufgrund eines Versehens der beklagten Bank lediglich ein Verkauf von 100 Aktien. In Folge der telefonischen

[20] 12 U 1346/02, Computer und Recht 2003, 769.
[21] Schleswig-Holstein, 5 U 171/00, Computer und Recht 2003, 135.

Reklamation des Klägers wurde ihm zugesichert, dass alle Aktien verkauft würden und ihm der entsprechende Kurswert gutgeschrieben würde. Nach Einsicht am nächsten Tag per Internet stellte der Kläger fest, dass weiter ein Restbestand von 740 Aktien angeführt war. Er gab daraufhin eine weitere Verkaufsorder über die restlichen 740 Aktien. Dadurch kam es zu einem Doppelverkauf dieser 740 Aktien aufgrund der verspäteten Durchführung der Erstorder sowie der Durchführung der zweiten Order. Als etwa zwei Wochen später der Doppelverkauf auffiel, führte die Bank einen Deckungskauf über 740 Aktien durch. Aufgrund der Kurssteigerungen kam es zu einem Negativsaldo. Mit der Klage begehrte der Kläger nun diese Kursverluste zu ersetzen.

Das Gericht war der Ansicht, dass der Kläger aufgrund der unstreitig inkorrekt ausgeführten Verkaufsorder den Weg der Reklamation gewählt hat. Durch seine weitere Ordererteilung hat er aber unzulässig und einseitig in den Ablauf der Reklamation eingegriffen und dadurch seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt und sich somit gegenüber der beklagten Bank schadenersatzpflichtig gemacht. Der beklagten Bank ist allerdings insoweit ein erhebliches Mitverschulden zuzurechnen, als einerseits keine Vorsorge getroffen war, einen solchen doppelten Aktienverkauf überhaupt zuzulassen, andererseits als sie mit dem Deckungskauf gut zwei Wochen zuwartete. Damit wurde die Schadensminderungspflicht verletzt. Insgesamt steht dem Beklagten damit ein deutlich geringerer Betrag als das Negativsaldo zu.

4.4. Bedeutung der Judikatur in Haftungsfragen

Obgleich diese Urteile für den deutschen Rechtsraum ergangen sind, haben sie meines Erachtens in ihrer Grundaussage durchaus auch überzeugende Wirkung für österreichische Online-Broker und deren Sorgfalts- und Schutzpflichten gegenüber ihren Kunden, so dass sie auch in Österreich Beachtung finden sollten.

5. Zusammenfassung

Wie sich zeigt, ist die Beurteilung einiger Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Online-Broking, insbesondere in Konstellationen mit Auslandsbezug, noch nicht endgültig gelöst. Aus den bisherigen Stellungnahmen in der Literatur zeigen sich zwar für die Praxis einige brauchbare Hinweise ab, die viele Einzelaspekte aber nicht eindeutig klären können. Die nächste Zeit wird daher zeigen (müssen), ob Entscheidungen der Behörden hier Klarheit bringen bzw ob auch in Österreich wie in Deutschland eine Klärung der Schutz- und Sorgfaltspflichten der Online-Broker gegenüber ihren Kunden näher ausdifferenziert werden kann.