

Finanzdienstleistungsassistent – deleted or reloaded?

Im Zuge der Turbulenzen auf den Finanzmärkten der letzten Monate wurde auch die Rolle der Vermittler von Finanzmarktprodukten kritisch hinterfragt. In der politischen Debatte wurden dabei insbesondere die Finanzdienstleistungsassistenten, zum Teil polemisch als kaum ausgebildete „Keiler“ dargestellt, als Problem ausgemacht und unter anderem die Forderung erhoben, diese Berufsgruppe gänzlich abzuschaffen. Der folgende Beitrag stellt zu Beginn die derzeit geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen für Finanzdienstleistungsassistenten dar und korrigiert dabei einige der in der öffentlichen Debatte vorgetragenen Vorurteile gegen diese Berufsgruppe, untersucht dann in weiterer Folge die (verfassungs-)rechtlichen und wirtschaftlichen Implikationen einer solchen Abschaffung eines gesamten Berufsstands und zeigt schließlich mögliche Alternativen zu dieser radikalen und – wie im Beitrag aufgezeigt wird – rechtlich und wirtschaftlich höchst problematischen Maßnahme auf.

1. Ausgangssituation

Mit Entschließung vom 10. 12. 2008 richtete der Nationalrat (NR) an die Bundesregierung das Ersuchen, einen Gesetzesvorschlag vorzulegen, mit dem *das System der Anlageberatungs-*

berufe umfassend reformiert werden möge. Insbesondere soll – so die Entschließung – das Berufsbild des Finanzdienstleistungsassistenten (FDLA) nach § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007 iVm § 2 Abs 1 Z 14 GewO 1994 geprüft werden, *was allenfalls bis zur Streichung führen kann.*

Der zitierten Entschließung¹⁾ gingen zwei parlamentarische Anfragen von Abgeordneten der Parlamentsfraktion der Grünen vom 13. 11. 2008, gerichtet an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) und den Bundesminister für Finanzen (BMF), voraus.²⁾ Unter Verweis auf Fälle fehlerhafter Beratung, die überwiegend dem Berufsstand der FDLA zugeordnet wurden, wird die Reformierung des Gewerbes der FDLA bis hin zu dessen ersatzlosen Abschaffung gefordert.³⁾ Im Rahmen dieser Abhandlung wird der Frage nachgegangen, welche Folgen mit der Abschaffung des FDLA aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten verbunden wären.

2. Allgemeines zum Finanzdienstleistungsassistenten

Seit der WAG-Nov 1999⁴⁾ können sich Wertpapierfirmen⁵⁾ und Wertpapierdienstleistungsunternehmen⁶⁾ ebenso wie die anderen im WAG 2007 genannten inländischen Rechtsträger⁷⁾ bei der Erbringung von bestimmten Wertpapierdienstleistungen und -nebenleistungen eines gesetzlich vertypen Erfüllungsgehilfen⁸⁾ in der Ausübungsform des FDLA bedienen.⁹⁾ Entsprechend der Verwaltungspraxis der Finanzmarktaufsicht (FMA) war der FDLA von jenen Unternehmen, für welche er tätig war, zu dem bei der FMA geführten Register zu melden.

Das in den parlamentarischen Anfragen namentlich angesprochene Unternehmen¹⁰⁾ fällt wie zahlreiche andere im Finanzdienstleistungsbereich tätige Unternehmen¹¹⁾ als Wertpapierfirma gem § 3 WAG 2007 unter die Aufsicht und Kontrolle der FMA.

Neben dem bereits erwähnten FDLA können sich Kreditinstitute und Wertpapierfirmen bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen auch des mit dem WAG 2007 eingeführten vertraglich gebundenen Vermittlers (vgV) bedienen. Im Gegensatz zum vgV, der über die Gewerbeberechtigung des gewerblichen Vermögensberaters¹²⁾ verfügen muss, benötigt der FDLA als freies Gewerbe keinen Befähigungsnachweis. Ein

großer Teil der FDLA übt seine Tätigkeit allerdings aufgrund der den gewerblichen Vermögensberatern¹³⁾ und Versicherungsvermittlern¹⁴⁾ eingeräumten Legalkonzession aus.¹⁵⁾

Der FDLA erbringt entsprechend dem gesetzlichen Berechtigungsumfang die Wertpapierdienstleistungen der Anlageberatung und/oder der Annahme und Übermittlung von Aufträgen über übertragbare Wertpapiere¹⁶⁾ oder über Anteile an Kapitalanlage- oder Immobilienfonds.¹⁷⁾ Diese Dienstleistungen des FDLA, der als Erfüllungsgehilfe des Rechtsträgers auftritt und unter dessen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung fällt, unterliegen der ausschließlichen Kontrolle der FMA.

Die Gewerbeaufsicht hat hingegen die Einhaltung der gewerbeberechtigten Bestimmungen durch den FDLA zu überwachen. Dies betrifft einerseits das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes¹⁸⁾ und die Einhaltung der gewerbeberechtigten Bestimmungen bei Ausübung der gewerblichen Tätigkeit,¹⁹⁾ soweit diese nicht bereits der Aufsicht durch eine andere Aufsichtsbehörde unterliegt. Die Einhaltung der Wohlverhaltensregeln, sohin die Einhaltung jener Informations- und sonstigen Schutzpflichten, die das WAG den Rechtsträgern bei Erbringung der Wertpapierdienstleistungen vorschreibt, unterliegt der Aufsicht der FMA. Die Grenzziehung zwischen diesen Bereichen ist nicht immer ganz einfach.²⁰⁾

Wie bereits erwähnt, unterliegen die von den Rechtsträgern erbrachten Wertpapierdienstleistungen – seien diese durch Angestellte oder selbstständige Erfüllungsgehilfen wie vgV und FDLA erbracht – der Aufsicht und Kontrolle durch die FMA. Diese Kontrolle wird etwa im Rahmen von Managementgesprächen, Company Visits und von angekündigten oder nicht angekündigten Vor-Ort-Prüfungen ausgeübt. Vor allem im Rahmen von Vor-Ort-Prüfungen wird die Rechtskonformität der erbrachten Wertpapierdienstleistungen anhand von stichprobenartig ausgewählten Kundenakten überprüft. In diesem Sinn erfolgt eine Kontrolle der Rechtsträger und damit indirekt auch der für diese tätigen FDLA.

3. Zur Ausbildung und Vergütung des Finanzdienstleistungsassistenten

In den erwähnten parlamentarischen Anfragen wird der Vorwurf erhoben, die von den Wertpapierfirmen eingesetzten FDLA seien unzureichend ausgebildet.

Dazu ist zunächst vorzuschicken, dass der FDLA in die gesetzlich normierte Verantwortung²¹⁾ des jeweiligen Rechtsträgers fällt, der wiederum zur Aus- und Fortbildung der FDLA verpflichtet ist. Dies ergibt sich etwa daraus, dass jedes Unter-

1) 1/E/24.GP.

2) 259/J und 261/J der 24. GP.

3) Die im Finanzausschuss des NR zur Sprache gebrachte Häufung von Fällen behaupteter Beratungsfehler stehen im Zusammenhang mit den bekannten Turbulenzen auf den Finanzmärkten, zumal das Thema bis zu diesem Zeitpunkt nicht in einer solchen Massivität aufgetreten war. Der Wunsch nach einer Neuregelung der „Anlageberatungsberufe“ ist daher dem Vorwurf einer Anlassgesetzgebung ausgesetzt.

4) § 19 Abs 2a WAG aF wurde durch einen Abänderungsantrag mehrerer Abgeordneter zum NR in der 162. NR-Sitzung der 20. GP (AA-419) in das WAG eingefügt.

5) § 3 WAG 2007.

6) § 4 WAG 2007; vgl allgemein zur Wertpapierfirma und zum Wertpapierdienstleistungsunternehmen *Winternitz/Aigner*, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, 5 f.

7) Zu den Rechtsträgern gem § 15 WAG 2007 zählen neben den Wertpapierfirmen auch die Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen sowie Wertpapierfirmen und Kreditinstitute aus Mitgliedstaaten, wobei nur die im Inland ansässigen Rechtsträger sich des FDLA bedienen dürfen.

8) Erfüllungsgehilfe iSd § 1313 a ABGB.

9) In § 19 Abs 2a WAG aF war erstmals mit der WAGNov 1999 der FDLA als sog „selbständiger Vertreter“ eingeführt worden, von der FMA wurde er stets als „freier Mitarbeiter“ bezeichnet; zur Rechtslage nach dem WAG 2007 siehe *Winternitz/Steinmair*, Vertriebsstrukturen nach WAG 2007, ZFR 2008, 164.

10) Im speziellen Fall richteten sich die Vorwürfe gegen die AWD Gesellschaft für Wirtschaftsberatung GmbH.

11) Dazu gehören etwa die OVB Allfinanzvermittlungs GmbH, Ariconsec Investment GmbH, Ertrag & Sicherheit Investmentfondsberatung GesmbH und eine Reihe weitere Unternehmen. Sämtliche Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen können auf der Homepage der FMA (www.fma.gv.at) abgerufen werden.

12) Das reglementierte Gewerbe des gewerblichen Vermögensberaters ist in § 136a GewO geregelt.

13) § 136 a Abs 3 GewO.

14) § 138 Abs 4 GewO.

15) Gemäß den letzten zur Verfügung stehenden Zahlen (vom August 2008) haben etwa 5.400 Personen das freie Gewerbe des FDLA angemeldet, weiters ungefähr 5.200 Personen das Gewerbe des gewerblichen Vermögensberaters. Für die Zurverfügungstellung der diesbezüglichen Angaben geht unser Dank an Mag. *Philipp Bohrn*, Referent des Fachverbandes der Finanzdienstleister in der Wirtschaftskammer Österreich.

16) Dabei handelt es sich um übertragbare Finanzinstrumente gem § 1 Z 4 WAG 2007.

17) Erfasst sind hievon die in § 1 Z 6 lit c WAG 2007 genannten in- und ausländischen Kapitalanlage- und Immobilienfonds oder ähnliche Einrichtungen, die Vermögenswerte mit Risikostreuung zusammenfassen.

18) §§ 8 bis 15 GewO.

19) §§ 38 bis 93 GewO soweit für die Berufsgruppe der FDLA überhaupt anwendbar.

20) *Bernhard Raschauer*, Zum Verhältnis von GewO, BWG und WAG, in: Von der MiFID zum WAG 2007, ZFR – Spezial 2007.

21) Siehe § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007 letzter Satz.

nehmen, das sich eines FDLA bedient, für die Einhaltung der Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 durch den FDLA haftet und für dessen Handlungen und Unterlassungen als Erfüllungsgelhilfe vollumfänglich verantwortlich ist. Die Unternehmen haben daher geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die eine rechtskonforme Tätigkeit des Erfüllungsgelhilfen sicherstellt. Dazu gehört insbesondere eine sorgfältige Aus- und Weiterbildung der gegenüber den Kunden auftretenden Personen. Die FMA hat diese Verpflichtung schon hinsichtlich der alten Rechtslage festgeschrieben und diese gilt auch nach dem WAG 2007.²²⁾

In den parlamentarischen Anfragen wird weiters das insbesondere bei überregional tätigen Finanzdienstleistern gebräuchliche Vergütungssystem kritisiert. Typisch für dieses Vergütungssystem ist, dass der einzelne Vermittler²³⁾ eine erfolgs- und somit vertragsabschlussorientierte Vergütung erhält. Im Rahmen der Organisation des Unternehmens gibt es regelmäßig selbstständige Vermittler, die auch Leitungs- und Führungsfunktionen übernehmen.²⁴⁾ Für die Übernahme dieser Aufgaben erhält der mit solchen Leitungsaufgaben befasste Vermittler eine gesonderte Vergütung, die sich an den Abschlüssen der ihm zugeordneten (Sub-)Vermittler orientiert.

Dieses Vergütungssystem besteht am österreichischen Markt seit etwa 20 Jahren. Vergütungssysteme, wie die beschriebenen, waren daher wiederholte Male Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen und daher auch Entscheidungen des OGH.²⁵⁾ In keinem der Verfahren wurde, obzwar die Tätigkeit der mit Führungsaufgaben befassten Vermittlern und deren auch aus den Vertragsabschlüssen ihre Subvermittler resultierende Entgelt klagsgegenständlich war, ein Hinweis auf eine Rechtswidrigkeit auch nur im Ansatz geäußert.²⁶⁾ Erfolgsorientierte Vergütungssysteme dieser Art sind daher unbedenklich und stehen mit der österreichischen Rechtsordnung im Einklang.

4. Rechtliche und wirtschaftliche Folgen einer Abschaffung des Finanzdienstleistungsassistenten

4.1. Verfassungsrechtliche Aspekte

4.1.1. Allgemeines

Soweit ersichtlich, war die Abschaffung eines Gewerbes oder eines Berufsstandes noch nie Gegenstand eines Verfahrens vor dem VfGH. Durch die Abschaffung des freien Gewerbes des FDLA würden in erster Linie das Recht der Erwerbsfreiheit,²⁷⁾ weiters auch der Gleichheitssatz,²⁸⁾ insbesondere der daraus abgeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes berührt.

22) Siehe Rundschreiben der FMA vom 17. 5. 2004; vgl. *Kreisl in Brandl/Saria*, Praxiskommentar zum WAG (2007) § 28 RZ 5.

23) Dabei kann es sich sowohl um einen vgV als auch einen FDLA handeln.

24) Unter solchen Leitungs- und Führungsaufgaben sind etwa die regelmäßige Schulung, Überwachung der Qualität der Dienstleistung und Gewährung der Hilfestellung in einzelnen Beratungsfällen zu verstehen.

25) Beispielfhaft seien an dieser Stelle die Entscheidungen OGH 9 ObA 44/98 j oder 9 ObA 185/07g erwähnt.

26) Der in der parlamentarischen Anfrage geäußerte Vorwurf einer Parallellität zum Straftatbestand des § 168 a StGB, der durch das BGBl 1996/762 in das Strafgesetzbuch eingefügt und mit 1. 3. 1997 in Kraft getreten ist, wurde im Zuge der Einführung dieses Straftatbestands auch nicht ansatzweise releviert. Auch aus dem Bericht des Justizausschusses (409 dB der 20. GP) lässt sich nicht erkennen, dass der Gesetzgeber Vergütungssysteme, wie das angesprochene, bei der Verabschiedung des Gesetzes vor Augen hatte.

27) Art 6 StGG.

28) Art 7 B-VG, Art 2 StGG.

4.1.2. Grundrecht der Erwerbsfreiheit

Art 6 Abs 1 StGG garantiert jeder inländischen natürlichen oder juristischen Person unter anderem das Recht der freien Erwerbstätigkeit. Der Kernbereich dieses Grundrechts liegt in einer verfassungsrechtlichen Verbürgung des freien Wettbewerbs mit dem ein Konkurrenzkampf der Wettbewerber verbunden ist.²⁹⁾ Die Einschätzung der Marktchancen und Ertragsaussichten obliegt dem Grundrechtsträger und darf eine solche vom Gesetzgeber nicht vorweggenommen werden.³⁰⁾

Das Grundrecht der Erwerbsfreiheit steht allerdings – wie fast alle Grundrechte – unter einem Gesetzesvorbehalt, sodass nicht jeder Eingriff in die Erwerbsfreiheit eine Grundrechtsverletzung darstellt. Der Gesetzgeber ist aufgrund des Gesetzesvorbehalts des Art 6 StGG nach der ständigen Judikatur des VfGH³¹⁾ ermächtigt, die Ausübung der Berufe so zu regeln, dass sie unter gewissen Voraussetzungen erlaubt oder unter bestimmten Umständen verboten sind. Daneben kann er auch den Erwerbsantritt reglementierende Vorschriften erlassen. Der Wesensgehalt des Grundrechts darf allerdings nicht verletzt und die Regelung auch sonst nicht verfassungswidrig sein.

Nach der Grundrechtsformel ist *eine gesetzliche Regelung, die die Gewerbsausübungsfreiheit beschränkt, nur dann zulässig, wenn die Regelung im öffentlichen Interesse liegt, sie zur Zielerreichung geeignet und adäquat und sie auch sonst sachlich gerechtfertigt ist.*³²⁾ Bei der Entscheidung, welche öffentlichen Interessen verfolgt werden, hat der Gesetzgeber einen weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum.³³⁾

Eine gesetzliche Regelung, die eine Abschaffung der FDLA vorsieht, wird sohin dieser Grundrechtsformel zu entsprechen haben. Hierbei ist zu beachten, dass die Judikatur zwischen Beschränkungen des Erwerbsantritts und solchen der Gewerbausübung³⁴⁾ unterscheidet. Daher ist auch die Fortsetzung eines befugterweise angetretenen Berufes vom Schutzbereich erfasst.³⁵⁾ Schranken, die den Erwerbsantritt, sohin den Zugang zum Beruf überhaupt behindern, stellen schwerere Eingriffe dar, und bedürfen daher einer besonderen Rechtfertigung. Dies gilt insbesondere für solche Beschränkungen, die der Betroffene aus eigener Kraft nicht überwinden kann.³⁶⁾ Der Spielraum des Gesetzgebers bei der Beschränkung des Erwerbsantritts ist enger als bei den Regelungen über die Berufsausübung, was der VfGH auch aus dem Recht der freien Berufswahl,³⁷⁾ ein Recht, das unter keinem Gesetzesvorbehalt steht, ableitet.³⁸⁾ Die Freiheit der Berufswahl wäre ohne das Recht, den gewählten Beruf auch anzutreten, ja nicht gegeben.³⁹⁾ Da die Abschaffung der FDLA die weitere Ausübung dieses Gewerbes an sich für unzulässig erklären und nicht bloß die Ausübung dieses Gewerbes näher regeln würde, wären hier die strengeren Grundsätze der Judikatur hinsichtlich der den Erwerbsantritt betreffenden Schranken heranzuziehen.

Weiters ist zu beachten, dass nur Maßnahmen, die die Erwerbstätigkeit unmittelbar betreffen, sohin intentional sind,

29) VfSlg 11.483/1987, 11.749/1988, 12.643/1991, 13.023/1992.

30) VfSlg 11.276/1987, 12.098/1989, 12.677/1991, 14.611/1996. Vgl. auch Mayer, B-VG Art 6 StGG C.I.1.

31) VfSlg 3968/61, 4011/61, 5871/68, 9233/81.

32) VfSlg 11.276/1987, 12.098/1989, 12.677/1991 ua.

33) VfSlg 11.558/1987 mwH, 11.853/1988, 12.379/1990, 12.481/1990.

34) VfSlg 11.558/1987 mwH, 11.853/1988, 12.379/1990, 12.481/1990.

35) VfSlg 13.177/1992.

36) Dazu zählt etwa eine Bedarfsprüfung.

37) Art 18 StGG.

38) Mayer, B-VG Art 6 StGG C.III.1.

39) Der VfGH sieht dies im Zusammenhang zwischen den Art 6 und 18 StGG: VfSlg 11.625.

in das Grundrecht eingreifen. Ist eine Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit hingegen bloß eine *faktische Verhinderung*⁴⁰⁾ oder eine *Nebenwirkung*⁴¹⁾ einer Maßnahme, die andere Zwecke verfolgt, so liegt ein Grundrechtseingriff nicht vor. Im gegenständlichen Fall würde durch die Abschaffung des Gewerbes des FDLA jedenfalls intentional in die Grundrechte der betroffenen Gewerbeinhaber eingegriffen werden, da man dieser Personengruppe die Möglichkeit zu nehmen beabsichtigt, ihren Beruf künftig auszuüben. Es liegt sohin ein Grundrechtseingriff vor.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit einer beschränkten Maßnahme ist insbesondere auch zu prüfen, ob Alternativen bestehen, die den angestrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise erreichen lassen.⁴²⁾ Für die Verfassungsmäßigkeit ist somit entscheidend, dass eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe *verhältnismäßig* sein muss.⁴³⁾ Eingriffe in den *Kernbereich* unternehmerischer Entscheidungen wiegen schwer und bedürfen besonders gewichtiger Gründe.⁴⁴⁾

Bei einem Eingriff in das Grundrecht ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zunächst der Frage nachzugehen, ob ein öffentliches Interesse besteht, das diesen Eingriff rechtfertigen könnte. Ein solches Interesse könnte im gegenständlichen Fall im Konsumenten- bzw. Anlegererschutz gesehen werden. In den eingangs erwähnten parlamentarischen Anfragen wurde dazu angeführt, dass vom Gewerbe des FDLA eine Gefahr für die Anleger ausginge.

Damit die in Aussicht genommene Maßnahme der Abschaffung des FDLA zulässig ist, muss seitens des Gesetzgebers weiters gewährleistet sein, dass die Abschaffung auch das zur Zielerreichung geeignete und adäquate Mittel darstellt, um den Schutz der Konsumenten sicherzustellen. Die beiden parlamentarischen Anfragen lassen ebenso wie die Entschließung selbst einen solchen Abwägungsprozess nicht ansatzweise erkennen.

Prima vista bestehen ernste Zweifel, ob die geplante Maßnahme einer Abschaffung des FDLA der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den VfGH standhalten würde, zumal andere weniger eingreifende Maßnahmen durchaus im Raum stehen bzw. sich anbieten. Zu denken wäre hier an Qualifikationsanforderungen in Form eines besonderen Befähigungsnachweises für die Erlangung der Gewerbeberechtigung sowie eine verpflichtende Ablegung von Prüfungen für Gewerbeinhaber innerhalb eines Übergangszeitraums.⁴⁵⁾ In Erwägung zu ziehen wären weiters Maßnahmen der Gewerbeaufsicht, künftig jene Unternehmensbereiche, die unter ihre Aufsicht fallen, im Rahmen von Vor-Ort-Prüfungen zu beaufsichtigen.⁴⁶⁾

4.1.3. Gleichheitssatz

Der VfGH leitet aus dem Gleichheitssatz ein allgemeines Sachlichkeitsgebot für Gesetze ab. Dies ermöglicht ihm, Gesetze auch dann am Gleichheitssatz zu messen, wenn eine vergleichende Prü-

fung mangels vergleichbarer Regelungen nicht oder nur schwer möglich ist. Die Judikatur stellt bei der Beurteilung der Sachlichkeit auf die objektive Wirkung bzw. den objektiven Gehalt der Regelung und nicht auf die Motive des Gesetzgebers ab.

Der VfGH leitet aus dem Gleichheitssatz auch einen Schutz vor Eingriffen in bestehende Rechtspositionen, dh einen Vertrauensschutz ab. Dies bedeutet nicht, dass jeder Eingriff in bestehende Rechte für sich unsachlich wäre, sehr wohl aber müssen die Interessen der Betroffenen berücksichtigt werden, wie etwa durch Übergangsbestimmungen.⁴⁷⁾

Da der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum hat, muss eine Abschaffung des FDLA aus dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes nicht per se gleichheitswidrig sein. Zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Abhandlung lag noch kein Gesetzesentwurf vor, sodass konkrete Anhaltspunkte, wie die geplante Abschaffung im Detail umgesetzt werden soll,⁴⁸⁾ fehlen.

Sollte der FDLA allerdings ohne entsprechende Übergangsfristen abgeschafft werden, wird diese Regelung im Hinblick auf den aufgezeigten Vertrauensschutz wohl gleichheitswidrig sein.

4.2. Weitere rechtliche Aspekte

In der Debatte um die Abschaffung des FDLA wird vorrangig auf gewerberechtliche Aspekte abgestellt, insbesondere dass der FDLA über keinen Befähigungsnachweis verfügen muss, sondern das Gewerbe als freies Gewerbe ausüben kann. Unberücksichtigt bleibt der Gesichtspunkt, dass der FDLA⁴⁹⁾ mit einem oder mehreren Rechtsträgern⁵⁰⁾ in einer aufrechten Vertragsbeziehung steht⁵¹⁾ und durch die geplante Abschaffung des FDLA massiv in bestehende Verträge eingegriffen werden würde. In einigen Fällen wird der FDLA – sofern er nur für einen Rechtsträger tätig ist und über die Voraussetzungen für die Gewerbeberechtigung des gewerblichen Vermögensberaters verfügt – auf die Ausübungsform des vgV ausweichen können. In anderen Fällen wird es aber zu Vertragsauflösungen kommen müssen.

Das Verhältnis zwischen Rechtsträger und FDLA unterliegt unter bestimmten Umständen dem Handelsvertretergesetz.⁵²⁾ Sieht sich ein Rechtsträger infolge Abschaffung des FDLA gezwungen das Vertragsverhältnis zu einem FDLA aufzulösen, könnte er sich mit Handelsvertreterausgleichsansprüchen⁵³⁾ konfrontiert sehen. Da bei einer Vertragsauflösung durch den Unternehmer (im vorliegende Fall wäre das der Rechtsträger) der Ausgleichsanspruch nur dann entfällt, wenn ein wichtiger Grund in Form eines Verschuldens des Handelsvertreters (im vorliegenden Fall des FDLA) vorliegt, wird sich der Rechtsträger zur Abwehr des Ausgleichsanspruchs nicht auf die gesetzliche Abschaffung des FDLA berufen können. Ein Handelsvertreterausgleichsanspruch besteht auch bei einvernehmlicher Auflösung des Vertragsverhältnisses und kann auf diesen während aufrechten Vertrags auch nicht rechtswirksam verzichtet werden,⁵⁴⁾ sodass auch die einvernehmliche Auflö-

47) Vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (2007) Rz 1366.

48) Etwa ob und welche Übergangsfristen vorgesehen sind.

49) Nach § 2 Abs 1 Z 15 WAG.

50) So wird vonseiten der FMA gefordert, dass der FDLA künftig nur für einen Rechtsträger tätig werden soll. Als Begründung wird hier die komplexe haftungsrechtliche Situation ins Treffen geführt. Allgemein zur Haftung des Rechtsträgers für Erfüllungsgehilfen siehe *Winternitzl/Aigner*, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung 22.

51) Man spricht hier von Outsourcing-Verträgen.

52) Vgl. OGH 8 ObA 64/06a, OGH 23. 11. 2006.

53) § 24 HVertrG.

54) § 27 Abs 1 HVertrG.

40) VfSlg 8309, 11.705, 13.403, 13.754, 13.856, 14.685, 15.431; VwGH 29. 5. 98, 95/02/0438.

41) VfGH 26. 11. 1987, B 702/87, VfSlg 7856/1976 und die dort angeführte Rechtsprechung.

42) VfSlg 11.483, 12.492, 15.672.

43) VfSlg 11.558, 12.082, 13.328, 13.704, 14.259.

44) VfSlg 15.509 betr. starre Preisfestsetzung.

45) Dazu Näheres unten bei 5.

46) De facto war eine Tätigkeit der Gewerbeaufsicht bisher im Bereich der Erfüllungsgehilfen der Rechtsträger nicht wahrnehmbar.

sung als den Ausgleichsanspruch vermeidende Alternative für den Rechtsträger ausscheidet.

Da bislang von der Rechtsprechung noch nicht einmal ansatzweise geklärt wurde, wie sich der Ausgleichsanspruch im Bereich von Finanzdienstleistungen errechnet, ist die Höhe der potenziellen Ansprüche, mit welchem die Rechtsträger konfrontiert werden könnten, auch schwer prognostizierbar. Die Rechtsträger werden jedenfalls beträchtliche Rückstellungen zu bilden und entsprechende finanzielle Reserven aufzubauen haben.

Schließlich bestehen auch weitere aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes sich ergebende verfassungsrechtliche Bedenken. Die Rechtsträger haben darauf vertraut, dass die eigens vor Inkrafttreten des WAG 2007 geschaffenen Vertragswerke und die damit verbundenen Unternehmensstrukturen rechtskonform sind und in dieser Form erhalten bleiben. Im Regelfall haben sie beträchtliche Investitionen getätigt, um ihre Unternehmen MiFID – bzw WAG konform zu machen und würden diese Aufwendungen durch die Auflösung der gegebenen Struktur – bedingt durch die Abschaffung des FDLA – frustriert sein. Dies ist aus dem Blickwinkel der Judikatur zum Gleichheitssatz zumindest bedenklich.⁵⁵⁾

4.3. Wirtschaftliche Folgen

Durch die Abschaffung ihres Berufsstands wären etwa 5.400 FDLA betroffen. Die geplante Abschaffung würde sohin nicht nur vereinzelt Mitglieder einer Berufsgruppe treffen, sondern eben einen gesamten Berufsstand und würde für diejenigen FDLA, die über keine andere Gewerbeberechtigung verfügen, das absolute Berufsverbot bedeuten. Es kann gesagt werden, dass das in Aussicht genommene Ende des FDLA voraussichtlich volkswirtschaftliche Dimensionen nach sich ziehen würde. Dass die geplante Maßnahme überdies in die Zeit eines Wirtschaftsabschwungs fällt, kann für einen hohen Anteil der Berufsträger zu einer ernststen existentiellen Krise führen.

4.4. Zwischenergebnis

Auch wenn ein konkreter Gesetzesentwurf noch nicht vorliegt, kann abgeschätzt werden, dass die geplante gänzliche Abschaffung des FDLA einer verfassungsrechtlichen Prüfung nur schwer standhalten wird können, dies insbesondere dann, wenn keinerlei Übergangsregelungen und/oder Alternativen für die bisherigen FDLA vorgesehen werden. Neben diesen schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen auch rechtliche und wirtschaftliche Unwägbarkeiten für die bisherigen Vertragspartner der FDLA, die Rechtsträger. Diese könnten künftig infolge Vertragsbeendigung mit dem FDLA mit Handelsvertreterausgleichsansprüchen in großer Zahl konfrontiert sein. Dies könnte bei der ohnedies auf den Finanzmärkten vorherrschenden Krise zu einer existenziellen Bedrohung auch bei Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen führen.

Im Hinblick auf dieses Zwischenergebnis sollte der Gesetzgeber geeignete, jedenfalls weniger drastische Maßnahme ergreifen, die nachstehend in Punkt 5. aufgezeigt werden.

5. Alternativen zur Abschaffung des Finanzdienstleistungsassistenten

Wie dargelegt, ginge eine Abschaffung des FDLA mit schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken einher. Andererseits bestehen, wie in den parlamentarischen Anfragen aus-

föhrlich darlegt, ernste Bedenken, die derzeitige Rechtslage, wonach der FDLA in Form eines freien Gewerbes ausgeübt werden kann, unverändert zu belassen. Auch die zur Vertretung der FDLA berufene Interessenvertretung⁵⁶⁾ vertritt seit Langem die Meinung, dass die Einführung eines Befähigungsnachweises in Form einer Prüfung geboten ist.

Folgende Alternativen bieten sich an bzw stehen zur Diskussion:

- a) Der FDLA fällt künftig nicht unter die Gewerbeordnung, sondern unter das WAG 2007. Dies würde bedeuten, dass der FDLA in allen Unternehmensbereichen nicht mehr der Gewerbeaufsicht, sondern der FMA unterliegt.
- b) Das Gewerbe des FDLA wird künftig aufgrund einer geänderten Verwaltungspraxis bzw Neuinterpretation vom BMWA nicht mehr als freies, sondern als reglementiertes Gewerbe betrachtet, auch wenn es nicht ausdrücklich in der Liste der reglementierten Gewerbe angeführt wird.
- c) Der FDLA wird künftig als Teilgewerbe⁵⁷⁾ zum Gewerbe des gewerblichen Vermögensberaters behandelt.
- d) Aufnahme des FDLA in den Katalog der reglementierten Gewerbe gem § 94 GewO unter gleichzeitiger Erlassung einer entsprechenden Befähigungsnachweisverordnung für den FDLA, in welchem die Voraussetzungen für den Antritt des Gewerbes festgelegt werden.⁵⁸⁾

Infolge einiger Finanzmarktskandale steht die FMA unter großem Arbeits- und Kapazitätsdruck. Es besteht die Gefahr, dass die FMA den Herausforderungen, wie sie sich derzeit aufgrund der Marktverhältnisse ergeben, nur eingeschränkt gewachsen ist. Eine Beaufsichtigung von über 10.000 FDLA, wie sie unter a) oben angeführt ist, erscheint unter diesen Prämissen nicht realistisch.⁵⁹⁾

Die unter b) und c) genannten Maßnahmen könnten vom BMWA alleine umgesetzt werden.⁶⁰⁾ Im Hinblick auf die öffentlichkeitswirksamen Rahmenumstände der parlamentarischen Anfragen, kann aber davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine Novelle zum WAG 2007 sowie zur GewO beabsichtigt. Im Rahmen der aufgezeigten Alternativen erscheint daher die zu d) genannte Variante als die realistischste und im Hinblick auf die zu 3. genannten Bedenken auch unbedenklichste.

6. Resümee

Mit der Abschaffung des FDLA würden schwerwiegende Bedenken dies sowohl in rechtlicher Hinsicht, als auch was dessen wirtschaftliche Implikationen betrifft, einhergehen. Das

56) Hierbei handelt es sich um den Fachverband Finanzdienstleister in der Wirtschaftskammer Österreich.

57) Teilgewerbe sind gem § 31 Abs 2 GewO Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes, deren selbstständige Ausführung auch von Personen erwartet werden kann, die die Befähigung hiefür auf vereinfachte Art nachweisen.

58) Dabei wird darauf zu achten sein, dass eine klare Abgrenzung zum reglementierten Gewerbe des gewerblichen Vermögensberaters gem § 136a GewO getroffen wird. Die Anforderungen an den FDLA werden jedenfalls geringer sein, als diejenigen an den gewerblichen Vermögensberater.

59) Die Gesamtzahl der bei der FMA gemeldeten FDLA ist bei weitem höher als die 5.400, die über das freie Gewerbe des FDLA verfügen. Dazu kommen einerseits gewerbliche Vermögensberater und Versicherungsvermittler, die die Tätigkeit des FDLA aufgrund der ihnen eingeräumten Legalkonzession ausüben. Des Weiteren sind auch sogenannte „Mehrfachmeldungen“ zu berücksichtigen. Da ein FDLA für mehrere Rechtsträger tätig werden kann, bestehen für einen solchen oftmals auch mehrere Meldungen. Dem Vernehmen nach soll es sich um über 10.000 FDLA handeln.

60) Ein Teilgewerbe kann gem § 31 Abs 3 GewO vom BMWA im Verordnungsweg geschaffen werden.

55) Siehe 4.1.3. oben.

angestrebte Ziel, im Sinne des Anlegerschutzes künftig Fälle fehlerhafter Anlageberatung hintanzuhalten, kann auch mit anderen gelinderen Mitteln zumindest im gleichen Umfang erzielt werden.

Dem mit der EntschlieÙung verfolgten Ziel die Qualität von Wertpapierdienstleistungen zu heben, ist vollinhaltlich

zu folgen. Es sollten dabei aber die zu 4.1. erwähnten verfassungsrechtlichen Bedenken ebenso wenig außer Acht gelassen werden, wie der Umstand, dass mit der Abschaffung des FDLA in dem bereits ohnedies schwierigen Umfeld des Wirtschaftsabschwungs die Existenzgrundlage von (zumindest) 5.400 selbstständigen Unternehmern wegfallen würde.

**Die Autoren:**

Dr. Christian Winternitz, Rechtsanwalt und Partner der Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH

Publikationen des Autors:

Winternitz, Wertpapieraufsichtsgesetz (1998); Winternitz/Aigner, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung (2004); Winternitz/Aigner, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (2007); Diverse Publikationen, Fachvorträge und Lehrveranstaltungen.

MMag. Boris Steinmair, Rechtsanwalt und Partner der Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH

Publikationen des Autors:

Winternitz/Steinmair, Beitrag zu Österreich, in: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht² (2005) Diverse Beiträge und Publikationen, Fachvorträge.

