

Honorierung und Besteuerung von
Diensterfindungen

Bargeldloser Zahlungsverkehr im
Fernabsatz

Patentanmeldung und
Einstweiliger Patentschutz

Quotenbeschränkung von
Überlassenen Arbeitskräften

EU-Mitgliedstaaten
Unter Sanktionsdrohung

Vermittlung von
Finanzdienstleistungen im Internet

Abgabenrechtliche Behandlung
Grenzüberschreitender Hereinverschmelzung

Vermittlung von Finanzdienstleistungen im Internet

Finanzdienstleistungen und Informationen darüber werden immer häufiger über das Internet angeboten. Fraglich dabei ist, unter welchen Umständen eine konzessionspflichtige Vermittlungstätigkeit vorliegt. Die folgenden Ausführungen sollen einen Diskussionsbeitrag zur Lösung dieses Problems bilden.

ERNST BRANDL / SUSANNE KALSS

1. DIE PROBLEMATIK

Das Internet ist für den Finanzdienstleistungsbereich von erheblicher Bedeutung.¹⁾ Nahezu täglich liest man Nachrichten über den Start eines Internet-Dienstleisters in diesem Bereich. Viele dieser Internet-Seiten enthalten Nachrichten und Informationen über Investitionsinstrumente und deren Anbieter. Nicht selten erfolgt dies auf sogenannten Portalen,²⁾ über die – neben solchen Informationen und Nachrichten – mittels Hyper-Link ein Kontakt zwischen dem Interessenten und Anbietern von Finanzdienstleistungen hergestellt werden und unter Umständen sogar Kontoeröffnungsformulare online ausgefüllt werden können.³⁾ Es stellt sich die Frage, ob diese Hilfstätigkeit der Portalbetreiber als Vermittlungstätigkeit iSd § 1 Abs 1 Z 19 lit c BWG („Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten“) zu qualifizieren ist und damit einer Konzession nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG)⁴⁾ bedarf. Dabei muss freilich beachtet werden, dass auch traditionelle Medien, insb Zeitungen und Zeitschriften, ähnliche Dienstleistungen erbringen wie viele Internet-Portale, ohne eine Konzession als Vermittler von Wertpapierdienstleistungen zu haben.⁵⁾

2. DEFINITION DES VERMITTLUNGSBEGRIFFS

Eine Definition des Begriffs „Vermitteln“ enthält weder die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie⁶⁾ noch das BWG; im WAG findet sich ebenfalls keine Definition. Auch europarechtliche Quellen helfen wenig: Im 13. Erwägungsgrund zur Wertpapierdienstleistungsrichtlinie führt der Richtlinienetzgeber aus, dass für die Zwecke dieser Richtlinie die Annahme

und Übermittlung von Aufträgen auch das Zusammenführen von zwei oder mehreren Anlegern, durch die ein Geschäftsabschluss zwischen diesen Anlegern erst ermöglicht wird, beinhaltet.

3. INTERPRETATIONSVERSUCHE

Nach *Frölichsthal*⁷⁾ sind Vermittler jene Rechtssubjekte, „die aufgrund einer privatrechtlichen Verein-

Dr. *Ernst Brandl*, LL.M. (Chicago), M.B.A. (Harvard) ist Rechtsanwalt in Wien und war bis vor kurzem Leiter der Rechtsabteilung der Bundes-Wertpapieraufsicht.

Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kals*, LL.M. (Florenz), ist am Institut für Rechtswissenschaften an der Universität Klagenfurt tätig.

- 1) Siehe etwa *Imo*, Internet-Broking – Status und Trends, ÖBA 2000, 265 ff; zu den regulativen Herausforderungen vgl *Baum*, Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses, in Basedow/Kono, Legal Aspects of Globalisation (2000) 77 ff.
- 2) Portale sind Internet-Seiten, auf denen Informationen zu einem bestimmten Thema gesammelt sind. Es ist üblich, dass auf diesen Seiten elektronische Verbindungen zu solchen Unternehmen zu finden sind („Hyper-Links“), die Waren und Dienstleistungen anbieten, die für die am Portal-Thema interessierten Personen interessant sein könnten; zum Finanzdienstleistungsbereich s *Kern*, Finanzportale – vom „One-stop-shopping“ zum „One-dot-shopping“, ÖBA 2000, 370.
- 3) Vgl die Homepage der Tageszeitung „Die Presse“ (www.diepresse.at), von der über das Hyper-Link „Finanz-Verzeichnis“ über weitere Hyper-Links Verbindungen zu den Web-Sites von in- und ausländischen Kreditinstituten, Direktbanken, Finanzdienstleistern, Online-Brokern etc hergestellt werden können.
- 4) BGBl 1996/753 idF BGBl I 1999/123.
- 5) Vgl etwa die Zeitschriften „Option“ oder „Trend“, die immer wieder Beiträge über Investitionsmöglichkeiten publizieren und die Namen und Kontaktmöglichkeiten von Anbietern dieser Investitionsinstrumente bekannt geben.
- 6) Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. 5. 1993 über Wertpapierdienstleistungen idF 95/26/EG und 97/9/EG.
- 7) *Frölichsthal* in Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz (1998) § 19 Rz 5.

barung für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermitteln, seien sie ständig damit betraut oder nicht“. *Frölichsthal* folgert daraus, dass von einer Vermittlungstätigkeit nicht erst dann zu sprechen ist, wenn ein konkretes Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft vorliegt, wie zB die Entgegennahme und das Weiterleiten eines bestimmten Auftrags, sondern dass *auch das abstrakte Einräumen der Möglichkeit, ein Wertpapiergeschäft* abzuschließen, Vermittlungstätigkeit begründet.

Folgte man dieser Ansicht, fiele es bereits unter den Vermittlungstatbestand, wenn ein Dienstleister – ohne weiteres – gewerbsmäßig Kunden an eine Wertpapierfirma verweist, mit dem Zweck, dass diese dort Wertpapiergeschäfte abschließen. Dieses Ergebnis erscheint zu weit, müsste doch in diesem Fall auch ein Verlag, der ein Branchenverzeichnis („Gelbe Seiten“) oder eine Zeitschrift, die ein Verzeichnis der besten Fondsgesellschaften publiziert, eine Konzession nach dem WAG haben.

Es ist daher notwendig, eine *einschränkende Interpretation* des Begriffs „Vermittlung“ vorzunehmen. Da der aufsichtsrechtliche Vermittlungsbegriff am zivilrechtlichen anknüpft,⁸⁾ lohnt ein – durch die Kürze des Aufsatzes freilich nicht abschließender – Blick auf das Begriffsvorverständnis der einschlägigen Regelungen: Allgemein versteht man unter Vermitteln die Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, potenzielle Vertragspartner zusammenzuführen. Dabei ist – wie bei jedem Vertrag – der Parteiliche von zentraler Bedeutung. Nur dann, wenn durch vertragliche Vereinbarung oder durch sonstige Umstände die Vermittler⁹⁾ – klar gewollt ist, besteht kein Zweifel an einer Vermittlungsvereinbarung.

Der Vermittlungsbegriff umfasst zwei Geschäftstätigkeiten, nämlich die *Vermittlung im engeren Sinn* und die *Nachweisvermittlung*.¹⁰⁾ Unter Vermittlung i.e.S. versteht man das Zusammenführen von zwei potenziellen Geschäftspartnern. Unter Nachweisvermittlung versteht man das Namhaftmachen einer – bisher unbekannt – Vertragsgelegenheit. Bei Vorkenntnis des namhaft gemachten Partners scheidet der wirksame Nachweis aus.¹¹⁾ Der geführte Nachweis muss mit dem Maklerauftrag übereinstimmen und dann muss die nachgewiesene Gelegenheit mit der tatsächlich wahrgenommenen identisch sein. Im Unterschied dazu werden bei der Abschlussvermittlung Geschäftspartner zusammengeführt, die unmittelbar miteinander das Geschäft abschließen.

Nicht von der Namhaftmachung erfasst wird der indirekte Nachweis; das bloße Nennen eines anderen Maklers oder Vermittlers, der seinerseits einen potenziellen Vertragspartner nachweisen oder vermitteln kann.¹²⁾ Beschränkt sich die Tätigkeit eines Finanzdienstleisters also darauf, dass er Kunden nur anderen Brokern – mit weiteren Links oder Web-Sites – zuführt, wird der Tatbestand der Nachweisvermittlung nicht erfüllt. Vorbereitet wird nicht das Geschäft, sondern nur eine Vermittlungsmöglichkeit.

Der Aufsichtsbehörde sind aber oft weder einzelne Verträge noch die konkreten Umstände des Vertragsabschlusses oder der Geschäftsausführung

bekannt. IdR kann man sich daher bei der Beurteilung des Vorliegens der Vermittler¹³⁾ nur an nach außen erkennbaren Merkmalen der Geschäftsausführung orientieren. Im Folgenden sollen Indizien genannt werden, die für das Vorliegen einer Vermittlungstätigkeit herangezogen werden können, die im Grundsatz für beide Vermittlungsarten gleich sind, wenngleich der Grad der Intensität der Kriterien wohl regelmäßig differiert. Beim erstgenannten Kriterium, dem Kennen, ist eine Unterscheidung notwendig.

4. INDIZIEN FÜR VERMITTLUNGSTÄTIGKEIT

INDIVIDUALISIERUNG EINES ANGEBOTS DURCH VERHANDLUNGSTÄTIGKEIT

Der Vermittler hat im Interesse des Auftraggebers an entsprechende Personen heranzutreten, ihre Meinung zu erkunden, Interesse zu wecken, Vorteile darzustellen, Vertragsbedingungen zu verhandeln und den Vertragsabschluss vorzubereiten. Erstes Indiz für die Vermittlung ist daher das Führen von Verhandlungen zur Individualisierung des Vertragsgegenstands.

Verhandeln kann unter diesem Blickwinkel auch als *Vorgang der Individualisierung* (Vorauswahl) beschrieben werden, dh dass unter mehreren Dienstleistern jener ausgewählt wird, der ganz bestimmte, klar definierte Produkte anbietet; es macht keinen Unterschied, ob der Verhandlungs- oder Individualisierungsprozess im Zuge einer schriftlichen Anfrage durchgeführt wird oder ob bei einem Zugriff auf die Homepage die potenziellen Vertragspartner und deren Geschäftsbedingungen aufgelistet werden.

Freilich handelt es sich bei Finanzinstrumenten idR um Massenprodukte. Die Individualisierung ist daher viel weniger intensiv als beim Kauf eines unvertretbaren Gegenstandes (zB einer bestimmten Wohnung bzw Liegenschaft oder eines Kunstwerks). Der Finanzdienstleister verkauft sein Massenprodukt jedem Investor, der die – nicht verhandelbaren – Vertragsbedingungen akzeptiert. Sind im herkömmlichen Bereich die Individualisierung und die Verhandlung von großer Bedeutung, spielt dies bei Massenprodukten mit im Vorhinein festgelegten Konditionen und ohne Verhandlungsspielraum, bei denen die Verkaufsneigung des Dritten (Emittent) nicht von der Person bzw von den erst zu vereinbarenden konkreten Vertragsbedingungen abhängt, eine deutlich geringere Rolle. Insb dann, wenn eine Web-Site vor allem auf die *Vollständigkeit* der für ein bestimm-

8) Vgl *Knobl* in *Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, Wertpapieraufsichtsgesetz § 11 Rz 15.

9) Einwirken und nicht bloß unterstützen: *Reuter* in *MüKomm*, BGB¹³ (1995) § 652 Rz 38.

10) *Fromherz*, *MaklerG* (1997) § 1 Rz 8. Zur ausdrücklichen Regelung von § 652 BGB vgl nur *Lorentz* in *Soregel*, BGB¹² (1999) Rz 14 ff; *Reuter* in *MüKomm*, BGB¹³ § 652 Rz 38 ff, 118 ff.

11) OGH SZ 56/122; *Fromherz*, *MaklerG* § 1 Rz 9; vgl noch unten bei FN 18.

12) OGH SZ 6/10; OGH SZ 34/12; *Fromherz*, *MaklerG* § 1 Rz 10; *Jabornegg*, *HandelsvertreterG* 301.

tes Marktsegment angebotenen Produktpalette abzielt, die nicht darauf gerichtet ist, eine an Einzelbedürfnissen ausgerichtete Ordnung vorzunehmen, sondern nur an objektiven Kriterien (emerging Markets; Anleihefonds; High-yield-Anleihen) anknüpft, spricht dies eher gegen ein das Verhandeln fortführendes Individualisieren und damit gegen eine Vermittlertätigkeit.

INDIVIDUALISIERUNG DURCH BERATUNG DES AUFTRAGGEBERS

Verhandlungen sind – bei herkömmlicher Maklertätigkeit – mit dem Dritten zu führen und nicht mit dem Auftraggeber. Verhandlungen mit dem Auftraggeber sind nicht erforderlich,¹³⁾ da der Makler ohnehin in dessen Interesse tätig wird. Davon zu unterscheiden ist aber die Konkretisierung der Auftragserteilung durch den Auftraggeber selbst. Inwieweit ist hier eine Verpflichtung zu einer bestimmten Tätigkeit des Vermittlers – insb nach WAG – erforderlich?

Vorweg ist festzuhalten, dass die Beratung oder die Verhandlung der Vertragsbedingungen mit dem Auftraggeber für die Etablierung des Vermittlungsbegriffs nicht konstitutiv ist, vielmehr richtet sich danach nur die Beurteilung der *rechtskonformen Ausführung* der Vermittlungstätigkeit. Nach dem WAG ist es unzulässig, Beratungen vollkommen auszuschließen, allerdings ist eine Absenkung des Beratungsniveaus zulässig (execution only).¹⁴⁾

Der völlige Verzicht auf jede Art von Beratungsdienstleistung kann aber als Indiz dafür gesehen werden, dass – wegen des eindeutigen Pflichtenkanons des WAG gem § 13 – eine Vermittlungstätigkeit überhaupt nicht intendiert ist, sondern vielmehr nur eine Informationsleistung geboten werden soll. Freilich ist dabei zu bedenken, dass Anbieter von Produkt- oder Namenslisten bzw Hyper-Links nun gerade aus diesem Grund überhaupt keine Beratung mehr leisten, um diese Indizwirkung der konzessionspflichtigen Vermittlertätigkeit zu verhindern.

KAUSALITÄT¹⁵⁾ – NACHVOLLZIEH- BARKEIT DES GESCHÄFTSABSCHLUSSES

Wesentliche Gründe für den Vertrieb über das Internet sind die Zeitunabhängigkeit, die freie Zugänglichkeit und leichte Erreichbarkeit einer Vielzahl von Kunden und die Nachvollziehbarkeit der Herstellung der Geschäftsverbindung.

Bei Printmedien (zB Liste des Gewinn, Trend-Fonds-Spezial) besteht im strengen Sinn des Wortes uU eine Kausalität, dennoch ist der Beitrag des Mediums für den konkreten Geschäftsabschluss nicht ohne weiteres nachvollziehbar; im Regelfall ist daher von einer einfachen Informationsdienstleistung auszugehen. Das Gleiche gilt für das Anbieten einer Web-Site, die ausschließlich nur der Information dient und deren Betreiber ausdrücklich nicht zum Abschluss eines konkreten Geschäfts beitragen will. In diesem Fall beschränkt sich die Dienstleistung auf die Informationserbringung.

Enthält die Web-Site jedoch keine ausdrückliche Beschränkung auf Informationserteilung, ist dies ein

Indiz, dass der Dienstleister eine Vermittlertätigkeit über das Internet erbringt. Dies deshalb, weil über den Weg des Internet die Ursächlichkeit des Geschäftsabschlusses technisch nachvollziehbar ist und – im Unterschied zu Printmedien – durch die elektronische Spur der Zusammenhang zwischen dem Weiterleiten von Anfragen über die Web-Site des Dienstleisters und einem tatsächlichen Geschäftsabschluss als Vermittlungstätigkeit im Hinblick auf „Provisionszahlungen“ bewertet werden kann.

PROVISION FÜR WEB-SITE NACH GESCHÄFTSABSCHLUSS

Ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Vermittlungstätigkeit liegt dann vor, wenn der Betreiber der Web-Site für einen über seine Web-Site „verlinkten“ Geschäftskontakt und im Folgenden zustande gekommenen Geschäftsabschluss eine *Provision* erhält.¹⁶⁾ Nicht die Information allein, sondern der Beitrag zum konkreten Geschäftsabschluss werden honoriert.

Provision kann aber auch nur als Indiz für das parteiinterne Wollen einer Vermittlung angesehen werden. Die alleinige Provision für einen Geschäftsabschluss ohne Entgelt für die Aufnahme des Produkts in die Liste spricht ebenso wie die Zusatzprovision für Abschluss des Vertrags über die Web-Site in Ergänzung zu einer Fixprovision für die Veröffentlichung für die Vermittlung. Allein ausschlaggebend ist aber die Verdienstlichkeit nicht, auch ohne Provision kann eine Vermittlung vorliegen.

Ein Entgelt, das an den Betreiber der Web-Site für die Aufnahme in das „Portal“ entrichtet wird, ist hingegen – wenn überhaupt – nur ein schwaches Indiz für die Vermittlungstätigkeit, sondern deutet eher auf das Anbieten eines Informationsdiensts (vergleichbar mit dem Branchenverzeichnis) hin.

KONTAKTNAHME – ORDERROUTING (MANIPULATIVE TÄTIGKEIT)

Ein weiteres – starkes – Indiz ist das Vorliegen eigenständiger analytischer Leistung, wie zB die Auswahl zwischen mehreren Anbietern. So liegt eine Vermittlung jedenfalls dann vor, wenn der Betreiber der Web-Site selbst den Kontakt mit dem Anbieter aufnimmt und diesen mit dem Kunden zusammenbringt. Es ist denkbar, dass der Anbieter des Portals den Kunden beim Vertragsabschluss betreut (zB Hilfe beim Ausfüllen des Vertragsformulars).

Eine Vermittlungstätigkeit besteht nicht, wenn der Betreiber einer Web-Site ausschließlich *technische Hilfsfunktionen* erbringt. Besteht die Tätigkeit bloß im technischen Weiterleiten eines Kundenauftrags an einen Anbieter, den der Kunde bereits unab-

13) *Fromherz*, MaklerG § 1 Rz 12.

14) Siehe nur *Knobl* in Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Wertpapieraufsichtsgesetz § 13 Rz 64 ff; *Haghofer/Mayer*, Die Wohlverhaltensregeln des WAG aus der Sicht des Konsumentenschutzes, ÖBA 1997, 583 ff.

15) Vgl dazu *Reuter* in MüKomm, BGB¹³ (1995) § 652 Rz 118 ff.

16) Vgl auch *Knobl* in Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Wertpapieraufsichtsgesetz § 11 Rz 16.

hängig vom Vermittler kennt (Schaltstellenfunktion), besteht daher der Geschäftskontakt zwischen dem Anbieter und dem Kunden bereits vor Tätigwerden und wird eine Person – sei es mit tatsächlicher Büroadresse und Telefonnummer oder mit Mail- bzw. Web-Adresse – eingeschaltet, die nur Anträge entgegennimmt und sie unbearbeitet weiterleitet, ist das Hilfsorgan kein Vermittler. Allein für die Weiterleitung dürfte aber ein Entgelt bezahlt werden; dieses bildet nicht das Kriterium für die Vermittlertätigkeit, weil es nicht für die Anbahnung und das eigentliche Zustandekommen des Geschäfts (auf intellektueller/Willensebene), sondern nur für die technische Realisierung bezahlt wird. Die eingeschaltete Person ist praktisch nur der tatsächliche oder elektronische Briefkasten.¹⁷⁾ Diese Person kann uU für nachfolgende Tätigkeiten eingesetzt werden, ohne eine Vermittlertätigkeit zu begründen (zB Beschwerdemanagement für Österreicher im Verhältnis zu einem US-amerikanischen Broker).

KENNTNIS DER VERTRAGSPARTNER

Schließlich könnte es als Merkmal für das Vorliegen einer Vermittlungstätigkeit angesehen werden, dass der Vermittler den Investor kennt. Dies einerseits, weil Voraussetzung einer privatrechtlichen Vereinbarung – zumindest typischerweise – die Kenntnis der Person des Vertragspartners ist, andererseits weil das Kennen des Vertragspartners dem Vermittler es überhaupt erst erlaubt, seine Verpflichtungen nach den Wohlverhaltensregeln vollständig einzuhalten. Bei der Nachweisvermittlung bezieht sich das Kennen auf den potenziell in Frage kommenden Personenkreis. Der Einschränkung auf die Namensnennung entsprechend sind die Wohlverhaltensregeln nur in abgeschwächter Form anwendbar (abstrakte Vorauswahl von Produkten für einen bestimmten Personenkreis). *Knobl*¹⁸⁾ geht davon aus, dass bei bloßem Namhaftmachen mangels abweichenden Geschäftsgebrauchs die Nachweisvermittlung nicht in die Wohlverhaltensregeln einbezogen ist; es könnte argumentiert werden, dass dies umso mehr in solchen

Fällen gelten müsse, in denen die Investoren dem Dienstleister überhaupt nicht bekannt sind und er nicht einmal gegenüber einem potenziell bekannten Personenkreis auswählt. Die nur abgeschwächt mögliche Anwendbarkeit wirft damit zugleich die Frage nach der Notwendigkeit nach einer Konzession auf, sie verliert jedenfalls die Schutzrichtung des unmittelbaren Individualschutzes, selbst wenn allgemeiner Kundenschutz und die Marktkontrolle verbleiben.¹⁹⁾

5. ZUSAMMENFASSUNG

Eine eindeutige Zuordnung, wann das Anbieten von Informationen in Bezug auf Produkte, Anbieter oder Hyper-Links zu Finanzdienstleistern auf einer Internet-Seite, als Vermittlertätigkeit iSd WAG zu qualifizieren ist, kann nicht generell getroffen werden. Vielmehr sind unterschiedliche typische Geschäftstätigkeiten zu prüfen. Der Grad der Vorauswahl und Konkretisierung der Produkte bildet ebenso ein Element wie die Nachvollziehbarkeit des Geschäftsabschlusses, die Gestaltung der Provisionsleistung der Drittanbieter an den Web-Site-Betreuer, die „Beratungsleistung“ des Web-Site-Betreibers sowie das Verhältnis des Investors zum „Vermittler“.

17) Vgl. Rundschreiben des deutschen BAWe zum Orderrouting vom 3. 6. 1997, P 1 c; vgl. www.bawe.de.

18) *Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, Wertpapieraufsichtsgesetz § 11 Rz 16.

19) Siehe dazu allgemein *Raschauer*, Verbraucherschutzrechtliche Dimensionen im Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftsaufsichtsrecht, in Aicher/Holoubek, Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 17 ff, 30. Siehe auch VfGH 22. 6. 1989, B 688/88.

ZUM THEMA

Der Einsatz des Internet in der Finanzdienstleistungsbranche erlangt immer größere Bedeutung. Der Beitrag versucht Kriterien zu entwickeln, die das Erfordernis einer Vermittler-Konzession nach dem WAG begründen.