

FDL-Tag
14. Oktober 2011
Dr. Ernst Brandl

Themen

- WAG-konforme Dokumentation
- Außenauftritt des VGV/FDLA
- Worauf legt die FMA besonderen Wert?

**Worauf legt die FMA besonderen Wert?
Außenauftritt des VGV/FDLA**

FMA-Prüfungen (Schulungswesen) (1/3)

Beispiel:

Der Konzessionsträger schult alle Kundenberater kurz nach Beginn der Zusammenarbeit nachweislich über das WAG und die Geldwäschevorschriften. Absolviert ein Berater die Schulung nicht innerhalb angemessener Frist, darf er keine Kunden über Wertpapiere beraten. Weitere Schulungen sind nicht vorgesehen.

Ist das ausreichend?

FMA-Prüfungen (Schulungswesen) (2/3)

- FMA prüft, ob ein adäquates Schulungswesen vorhanden ist
 - Schulungsplan für jeden Mitarbeiter
 - Nachweise über die absolvierten Schulungen bzw noch zu besuchenden Seminare für jeden Mitarbeiter
 - Schulungsbestätigungen und Dokumentation der Schulungsinhalte

FMA-Prüfungen (Schulungswesen) (2/3)

- Einmalige Schulung bei Beginn der Zusammenarbeit genügt nicht
- Auch bestehende Mitarbeiter müssen nachweislich regelmäßig Schulungen absolvieren (insbesondere zum WAG und zu den Geldwäschevorschriften)
- Auch für bestehende Mitarbeiter ist ein Schulungsplan zu erstellen und zu prüfen, ob dieser eingehalten wird

FMA-Prüfungen (Schulungswesen) (3/3)

- Die Schulungen müssen alle Gebiete abdecken, die der Mitarbeiter für seine Arbeit benötigt (zB bei Kundenberatern insbesondere die Vorschriften des WAG zur Befragungs- und Informationspflicht)
- **Neue gesetzliche Pflicht** (iZm Wertpapiervermittler):
 - Regelmäßiges „Auffrischen“ von Schulungen
 - **Tests**

FMA-Prüfungen (Außenauftritt) (1/4)

- Konzessionsträger haftet für „freie Mitarbeiter“ (VGV, FDLA) (§ 1313a ABGB)
- > Darf der VGV/FDLA daher aus Haftungsgründen keine eigene Homepage (über Wertpapierdienstleistungen) betreiben, keine eigene Visitenkarten, keinen eigenen Firmenstempel verwenden?

FMA-Prüfungen (Außenauftritt) (2/4)

- FMA prüft Homepages von FDLA/VGV!
 - Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, der FDLA/VGV erbringt Wertpapierdienstleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung
 - Nicht nur im Impressum, sondern gleich auf der ersten Seite gut sichtbar auf den Haftungsträger hinweisen

FMA-Prüfungen (Außenauftritt) (3/4)

- Der VGV/FDLA darf grds eigene Visitenkarten verwenden, aber
 - Es muss daraus erkennbar sein, dass er Wertpapierdienstleistungen im Namen und auf Rechnung des Konzessionsträgers erbringt (zB „*X-GmbH als vertraglich gebundener Vermittler der Y-GmbH*“)
 - Logo und Name des Konzessionsträgers gut sichtbar anbringen

FMA-Prüfungen (Außenauftritt) (4/4)

- Darf der FDLA/VGV seinen Firmenstempel auf Anlegerprofilen anbringen?
 - Problem: nicht klar erkennbar, wer Vertragspartner des Kunden ist
 - Von eigenen Firmenstempeln ist daher eher abzuraten

Dokumentationspflichten - Beratungsprotokolle

Beratung und Dokumentation (1/2)

- WAG-konforme Beratung samt entsprechender Dokumentation als wichtiger Teil der Mitarbeiterschulungen und der FMA-Prüfungen
- Keine bzw mangelhafte Dokumentation der Beratung
 - Obsiegen im Streitfall eher unwahrscheinlich
 - Eher kein Mitverschulden des Kunden im Streitfall
 - Möglicherweise Vergleich

selbst wenn die Beratung ordnungsgemäß war, aber nicht ausreichend belegt werden kann

Beratung und Dokumentation (2/2)

- Was ist empfehlenswert?
- Welche Formulierungen/Klauseln sollten vermieden werden?
- Worauf ist (künftig) zu achten?

AWD-Gesprächsnotizen

OLG Wien, 15 R 170/09v: Ausgangslage

- Formularmäßige **Bestätigungen des Kunden** über bestimmte Tatsachen:
 - „Außerdem wurde ich von meinem Wirtschaftsberater über folgende Punkte aufgeklärt: ...“
 - „Mündliche Zusagen wurden nicht getroffen“
 - „Sämtliche von mir gestellten Fragen wurden von meinem Wirtschaftsberater zufriedenstellend beantwortet.“
 - „Mir wurden die genannten Risiken von meinem AWD-Berater erklärt und ich bestätige, diese verstanden zu haben.“

AWD-Gesprächsnotizen

OLG Wien, 15 R 170/09v: Probleme

- Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG?:
„Für den Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.“
- Kommt es zu einer Verschiebung der Beweislast?
- AGB-Kontrolle von Wissenserklärungen?
- Zulässigkeit der Aufklärung anhand von Vordrucken?

AWD-Gesprächsnotizen

OLG Wien, 15 R 170/09v: Ergebnis (1/2)

- Klauseln sind **unzulässig**: Unzulässige Beweislastumkehr.
- **§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog** anzuwenden, wenn Wissensklärung der Wirkung einer Vereinbarung nahe kommt.
- Der Unternehmer erhält ein Beweismittel, der Kunde nicht.
- Unternehmer muss zwar Rechtmäßigkeit seiner Beratung beweisen. Aber: Kunde muss Beweis antreten, dass Dokumentation nicht dem Gesprächsverlauf entspricht.
- Der Kunde kann in der Situation des Beratungsgesprächs nicht überblicken, ob die Aufklärung umfassend war → **intransparent** (§ 6 Abs 3 KSchG).

AWD-Gesprächsnotizen

OLG Wien, 15 R 170/09v: Ergebnis (2/2)

- Inhalt und Tragweite der Klauseln ist für den Kunden nicht durchschaubar (Kunde könnte meinen, dass er aus einer mangelhaften Beratung keine Ansprüche mehr habe) → **intransparent**.
- Wahrung der Rechte des Verbrauchers wird **erschwert**, wenn sich die Aufklärung doch als mangelhaft herausstellt.

Argumente für die Zulässigkeit

- Zu formale Sicht von Beweis und Gegenbeweis
- Betonung der richterlichen Beweiswürdigung
- Nur die vertragliche Verschiebung der Beweislast ist verpönt, nicht aber die Schaffung von Beweismitteln
- Recht auf Ausstellung einer Quittung (§ 1426 ABGB)
- Klauseln schaffen nur das Indiz einer Aufklärung, jedoch keinen Anscheinsbeweis (BGH zur ärztlichen Aufklärung)
- Keine Gestaltung des Vertragsinhalts durch Wissenserklärungen (bloß „deklaratorische Klauseln“)

AWD-Gesprächsnotizen

OGH, 1 Ob 46/10m: Ergebnis (1/3)

- Entscheidung des OLG Wien wird **größtenteils revidiert**.
- Die in den Gesprächsnotizen enthaltenen Tatsachenbestätigungen (Wissenerklärungen) (insb iZm Belehrung über Risiken) **unterliegen nicht § 28 Abs 1 KSchG** (Unterlassungsanspruch).
- **Keine Beweislastverschiebung**; schaffe lediglich Beweismittel, dass der richterlichen Beweiswürdigung unterliegt.
- Auch **keine analoge Anwendung** des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, weil Klauseln nicht in einem Text mit „echten“ rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Kein klassisches Bild von AGB.
- Individuelles Ausfüllen spricht gegen AGB-Charakter → **bloße Dokumentation**, keine Regelung des Vertragsverhältnisses.

AWD-Gesprächsnotizen

OGH, 1 Ob 46/10m: Ergebnis (2/3)

- OGH verweist auf **Dokumentationspflicht im WAG**.
- Verwendung von Formularen führt nicht automatisch zur Überprüfung nach § 28 Abs 1 KSchG.
- Handschriftliche Notizen wären **unverhältnismäßiger Aufwand**. Standardisierte Formulare nach WAG zulässig.

AWD-Gesprächsnotizen

OGH, 1 Ob 46/10m – Ergebnis (3/3)

- OGH: **Kein Freibrief** für das Unternehmen, in solche Protokolle vorgedruckte Formulierungen aufzunehmen, die eine Gestaltung der vertraglichen Beziehung bewirken und damit Willenserklärungen sind.
- Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit („AWD haftet für solche Umstände, die sich auf persönlichen finanziellen Verhältnisses, persönliches Anlageverhalten und Anlageziele beziehen, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.“) ist **intransparent** und daher unzulässig.
- Die Klausel erklärt nicht eindeutig, dass die Haftungsbeschränkung bei Unrichtigkeit der Kundenangaben über persönliche Verhältnisse etc gelten soll.

Anlegerprofile

Weitere Entscheidungen des OGH (1/2)

- **6 Ob 140/06s**
 - Wissenserklärungen unterliegen nicht der AGB-Kontrolle.
 - Es wird nur ein Beweismittel geschaffen, das der richterlichen Beweiswürdigung unterliegt (Klausel „Vollständig erhalten“).
- **3 Ob 12/09z**
 - § 6 Abs 1 Z 11 KSchG ist auf Wissenserklärungen analog anzuwenden.
 - Wenn diese von ihrer Wirkung einer entsprechenden Vereinbarung nahekommen.

Anlegerprofile

Weitere Entscheidungen des OGH (2/2)

- **6 Ob 110/07f**

- Aufzeichnungspflicht dient lediglich der Kontrolle der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln durch Behörden.
- Bei Verletzung: **Keine Grundlage** für quasivertragliche oder deliktische **Schadenersatzansprüche**

- **2 Ob 53/10y**

- Selbst wenn Veranlagung nicht der Ankreuzung im Anlegerprofil entsprach, liegt eine ordnungsgemäße Beratung vor, wenn der Berater dem Kunden mündlich / schriftlich ausreichende Risikohinweise gibt.

Anlegerprofile - Alternativen

- Vermeidung des AGB-Charakters
- Individuelles Ausfüllen
- Aufbau als Art Beratungsprotokoll
- Handschriftliche Gedächtnisprotokolle, Gesprächsnotizen

Tendenzen bei Beratung/Dokumentation (1/5)

- Die deutsche Aufsicht BaFin hat die Anforderungen an Beratungsprotokolle (BP) verschärft (RS „MaComp“ vom 14.6.2011)
- BP bei jeder Beratung verpflichtend (auch wenn kein Geschäft zustande kommt)
- BP dem Kunden unverzüglich nach dem Gespräch, aber vor Geschäftsabschluss zur Verfügung stellen (grds in Papierform)

Tendenzen bei Beratung/Dokumentation (2/5)

- Festzuhalten sind im BP insbesondere (laut BaFin):
 - Anlass der Beratung/Auf wessen Initiative wurde das Gespräch geführt
 - Information darüber, ob der Berater verpflichtet war, den Kunden auf bestimmte Produkte anzusprechen
 - Persönliche Situation, die für die Beratung relevant ist (zB Eintritt ins Berufsleben, Scheidung)
 - Finanzielle Verhältnisse, Kenntnisse und Erfahrung, Anlageziele
-> in freiem Textfeld zu erfassen

Tendenzen bei Beratung/Dokumentation (3/5)

- Festzuhalten sind im BP insbesondere (laut BaFin):
 - Anliegen des Kunden samt Gewichtung (zB Ist dem Kunden hoher potenzieller Ertrag oder hohe Sicherheit wichtig?) -> freies Textfeld
 - Gründe für die Empfehlung eines Produkts
 - Berater muss das BP unterfertigen
 - Datum und Uhrzeit der Fertigstellung des BP müssen erkennbar sein

Tendenzen bei Beratung/Dokumentation (4/5)

- „MiFID II“
 - Bei Anlageberatung angeben
 - ob auf unabhängiger Basis beraten wird
 - ob die Empfehlung auf einer umfassenden Marktanalyse beruht
 - ob laufend geprüft wird, ob das empfohlene Produkts für den Kunden geeignet ist

Tendenzen bei Beratung/Dokumentation (5/5)

- „MiFID II“
 - Bei unabhängiger Beratung
 - Ausreichend große Produktpalette miteinbeziehen [insbesondere sollte sich die Beratung nicht nur auf Produkte von Produktgebern beziehen, mit denen der Konzessionsträger verbunden ist („*close links*“)]
 - Keine „Vorteile“ von Dritten annehmen oder Dritten gewähren

Kontakt

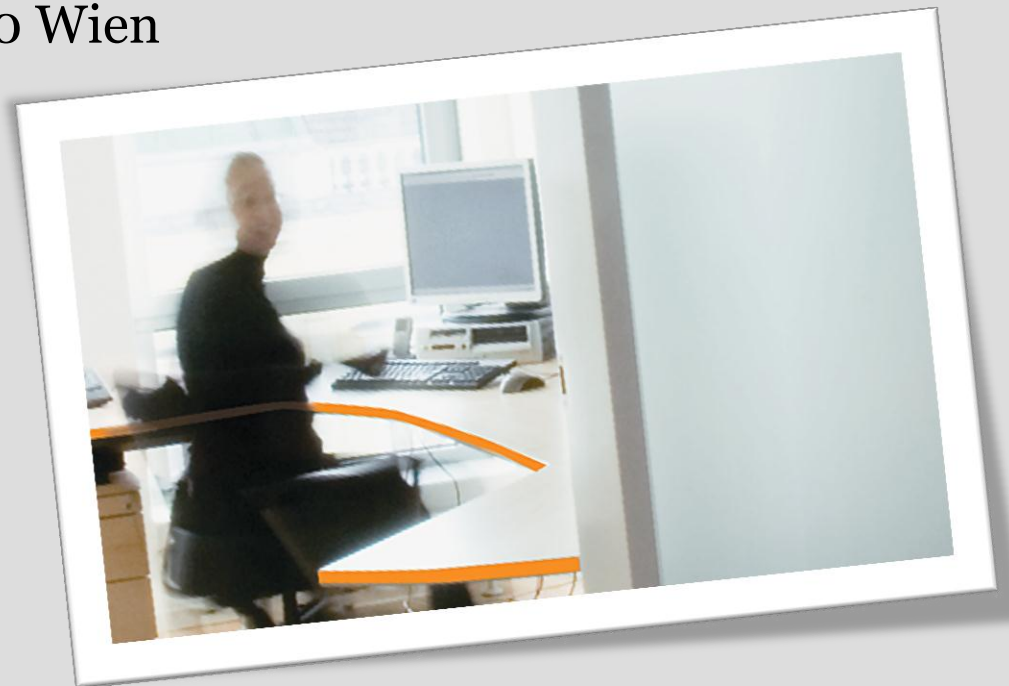
- Brandl & Talos Rechtsanwälte

Mariahilferstraße 116, 1070 Wien

Tel.: +43/1/5225700

office@btp.at

www.btp.at



BRANDL & TALOS

RECHTSANWÄLTE · ATTORNEYS AT LAW

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
