

D O R D A

Beraterhaftung bei der Wertpapiervermittlung

Dr Andreas Zahradnik

WKO Bildungs-KickOff 18.-19.5.2021

18.5.2021

Inhaltsübersicht

- Beratung und Vermittlung
- Grundsätze der Beratung
- Haftung für Beratung und Vermittlung
- Judikatur und Auswirkungen
- Was tun bei Streitverkündung?

Übersicht Beratung und Vermittlung (1)

▪ **Beratung:**

- Verpflichtung, dem Kunden für ihn geeignete Produkte zu empfehlen ("**Eignungsprüfung**")
- Berücksichtigung von Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden, aber auch seiner Ziele und finanziellen Verhältnisse
- **Empfehlungsverbot**, wenn der Kunde keine ausreichenden Informationen zur Verfügung stellt

▪ **Achtung: Faktischer Beratungsvertrag**

- Definition der Beratung **sehr weit** (FI als für den Kunden geeignet darstellen)
- selbst wenn kein schriftlicher Beratungsvertrag vorliegt, kann es zu einem **faktischen Beratungsvertrag** kommen (zB, wenn der Kunde regelmäßig mit konkreten Anlagevorschlägen kontaktiert wird)
- daher immer auf **klare Abgrenzung** achten, weil Pflichten/Haftung in der Beratung weiter gehen, als im beratungsfreien Geschäft

Übersicht Beratung und Vermittlung (2)

▪ **Vermittlung:**

- keine individuell zugeschnittene Produktempfehlung
- Finanzprodukt wird an den Kunden vermittelt
- Wird in der Praxis auch als "beratungsfreies Geschäft" bezeichnet; dies entbindet aber nicht von der Verpflichtung zur Aufklärung über Eigenschaften und Risiken des Produkts, soweit dies nach den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden erforderlich ist ("**Angemessenheitsprüfung**")
- **Warnpflicht**, wenn das Produkt nicht den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden entspricht
- bei Vermittlung im Zusammenhang mit Veranlagungen (gemäß KMG 2019) gelten nach § 47 WAG 2018 Wohlverhaltensregeln des WAG 2018 zum Teil ebenfalls
- GVB müssen nach § 136a Abs 11 GewO in Zusammenhang mit der Vermittlung von Veranlagungen § 56 WAG 2018 beachten (Eignungsprüfung).

Der GVB als Berater und Vermittler

- **Gewerblicher Vermögensberater** (GVB) darf sowohl beraten, als auch vermitteln (vgl § 136a Abs 1 GewO), selbständig aber **nicht** in Bezug auf **Finanzinstrumente** im Sinne des WAG 2018
- Beratung und Vermittlung in Bezug auf **Finanzinstrumente** nur als Erfüllungsgehilfe: **vertraglich gebundener Vermittler oder** als **Wertpapiervermittler** für Wertpapierfirma ("Haftungsdach") oder Kreditinstitut
- "**Finanzinstrumente**" iSd § 1 Z 7 WAG 2018 sind zB Unternehmensanleihen, Aktien, Fondsanteile (Achtung, nicht nur Wertpapierfonds sondern auch verschiedene alternative Fonds), Derivate etc
- Bei Tätigkeit für "Haftungsdach" idR keine direkte Haftung des Vermittlers gegenüber Kunden aber **Regress** des "Haftungsdachs" bei Beratungsfehler
- **Direkte Haftung** ua bei Nichtoffenlegung der Tätigkeit für Haftungsdach

Grundsätze der Beratung (1)

- **Beratung**: persönliche Empfehlungen an einen Anleger / potenziellen Anleger / Beauftragten (§ 1 Z 3 lit e WAG 2018)
- Verpflichtung ehrlich, redlich und professionell im **bestmöglichen Interesse seiner Kunden** zu handeln (§ 47 WAG 2018)
- Prüfung der **Angemessenheit** (bei Vermittlung) oder der **Eignung** (Beratung) der Dienstleistung und der Veranlagung
- **Erkundigungspflicht** (§ 56 WAG 2018; Kundenprofil):
 - Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen
 - seine finanziellen Verhältnisse
 - seine Fähigkeit zur Verlusttragung
 - seine Anlageziele
 - seine Risikotoleranz

Grundsätze der Beratung (2)

- § 56 Abs 2 WAG 2018: Bezug auf **Querverkäufe** (§ 47 Abs 5 WAG 2018) und Klarstellung, dass gesamte gebündelte Paket von Produkten und Dienstleistungen auch geeignet sein muss; nach Rsp muss Kunde die "Wechselwirkungen" verstehen
- WAG 2018 Unterscheidung zwischen **unabhängiger und nicht unabhängiger (abhängiger) Beratung**
 - bei **unabhängiger Beratung** Bewertung **ausreichender Anzahl an Finanzinstrumenten**, damit Anlageziel erreicht werden kann (Art 24 Abs 7 MiFID II; § 50 WAG 2018)
 - **keine monetären oder nicht-monetären Vorteile Dritter** erlaubt (insbesondere Provisionen der Emittenten), wenn **unabhängige Beratung** erbracht wird

Grundsätze der Beratung (3)

- **Einstufung** von Kunden als Privatkunden oder professionelle Kunden (Achtung etwa bei Gemeinden, Stiftungen, kleinen Unternehmen – sind nicht automatisch professionelle Kunden)
 - Annahme bei **professionellen Kunden**, dass
 - nötige Kenntnisse und Erfahrungen vorhanden sind, um Risiken verstehen zu können
 - finanzielle Tragbarkeit im Rahmen der Anlageberatung gegeben ist
- wenn Kunde erforderliche Informationen **nicht erteilt**, darf **keine Anlageberatung** durchgeführt werden (dh, Verbot von Empfehlungen)
 - nur Möglichkeit des "beratungsfreien" Geschäfts nach Angemessenheitsprüfung
- **Interessenkonflikte** sind offenzulegen, schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger (§ 46 WAG 2018)
- Die **Geeignetheitserklärung** muss **Privatkunden** ("**Kleinanlegern**") bei der Anlageberatung vor Durchführung des Geschäfts schriftlich übermittelt werden (Art 54 Abs 12 DelVO berichtigt; samt Angabe ob regelmäßige Überprüfung nötig ist)

Grundsätze der Beratung - Dokumentation

- **Dokumentation** wegen aufsichtsrechtlicher Aufzeichnungspflichten, aber auch zu Beweis Zwecken (Beweislast für ordnungsgemäße Beratung liegt im Streitfall beim Finanzdienstleister; Zweifel gehen zu seinen Lasten)
- **Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation**
 - zumindest in Bezug auf die beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und die Erbringung von Dienstleistungen iZm Kundenaufträgen
 - Kunde muss **vorab** über Aufzeichnung informiert werden
- **5-jährige Aufbewahrungspflicht**
 - gemäß § 33 Abs 9 WAG 2018 **grds 5 Jahre**
 - **FMA** kann diese Frist per VO verlängern (wenn dies besondere Umstände bei einem Rechtsträger erforderlich machen); Frist darf aber **7 Jahre nicht übersteigen**
 - Schadenersatzansprüche können aber deutlich später verjähren (bis 30 Jahre), daher **ist längere Aufbewahrung zu empfehlen**

Haftung für Beratung und Vermittlung

- Vertrag zwischen GVB/Haftungsdach und Kunden (Beratungs- oder Vermittlungsvertrag; Achtung: faktischer Beratungsvertrag)
- Sorgfaltsmaßstab: sorgfältiger Vermögensberater (Fachkenntnisse werden daher vorausgesetzt)
- eine Haftung kann aus unterschiedlichen Gründen bestehen:
 - oft der Vorwurf einer **mangelhaften Risikoaufklärung, unerwünschtes Produkt**
 - **Nichtoffenlegung** von **Weichkosten, Innenprovisionen, Inducements etc**
- Maßgebliche Haftungsgrundlagen: zB
 - Allgemeines Schadenersatzrecht oder Irrtumsanfechtung nach ABGB
 - WAG 2018 bei Verletzung der "Wohlverhaltensregeln"; Verletzung der Wohlverhaltensregeln ist Verstoß gegen vor- und nebenvertragliche Verpflichtungen (vgl etwa OGH 4 Ob 94/17b)
 - § 22 KMG 2019: Haftung des Vermittlers für Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten des Prospekts, die er gekannt hat oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat
 - Haftung als Erfüllungsgehilfen (direkt oder Regress)

Haftung für Beratung und Vermittlung

Sonderthema Nachhaltigkeit (1)

- **Rechtsrahmen:**

- Taxonomie-VO (ab 1.1.2022 anwendbar),
- **Offenlegungs-VO (seit 10.3.2021 anwendbar)**, und
- Vorschlag zur Änderung der DelVO 2017/565 (in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit)
- Berücksichtigung von **Nachhaltigkeitspräferenzen** des Anlegers im Anlageberatungsprozess (ua im Rahmen der **Eignungsbeurteilung** und des Eignungsberichts sowie bei Interessenskonflikten)
- Anleger sollen künftig entscheiden, ob in ihrer Anlagestrategie Finanzinstrumente integriert werden, die
 - **nachhaltige Investitionen** iSd Art 2 Z 17 Offenlegungs-VO zum Ziel haben und/oder
 - ökologische oder **nachhaltige Merkmale** iSd Art 8 Offenlegungs-VO fördern

Haftung für Beratung und Vermittlung

Sonderthema Nachhaltigkeit (2)

- Haftung des Anlageberaters kann sich bei **Missachtung** der **Nachhaltigkeitspräferenzen** des Anlegers ergeben, sofern diese vom Anleger bekannt gegeben wurden
- Ebenso bei Nichtaufklärung über **Nachhaltigkeitsrisiken** (zB bei Investitionen in Kohleindustrie etc)
- **keine** grundsätzliche **Pflicht** zur Empfehlung von nachhaltigen Finanzprodukten sofern der Anleger keine Vorgaben macht
- Derzeit **offene Fragen** insbesondere zu
 - **Definition/Verständnis** von Nachhaltigkeit
 - **Schadensberechnung** (finanzieller Schaden?) sowie
 - **Kausalität** (wurde der Schaden tatsächlich aufgrund der fehlenden Nachhaltigkeit des Finanzprodukts verursacht?)

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Umfang

■ **Umfang der Beratung/Risikoaufklärung:**

- Bestand und konkreter Umfang von Aufklärungspflichten hängen stets von den **Umständen des Einzelfalls** ab (OGH 2 Ob 21/96h; RS0119752)
- Judikatur:
 - Je risikoträchtiger die Anlage und
 - je unerfahrenere der Kunde,
 - desto weiter reichen die Aufklärungspflichten.
- Erschwert standardisierte vorgangsweise – bei unerfahrenen Kunden idR **mündliche Erläuterungen** nötig (Dokumentation!)

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Allgemein (1)

- OGH vom 20.5.2015, 7 Ob 57/15f
"Geeignet" ist ein Wertpapier dann, wenn es den Anlagezielen des Kunden entspricht, die mit dem Geschäft verbundenen Risiken für den Kunden seinen **Anlagezielen** entsprechend **finanziell tragbar** sind und der Kunde in der Lage ist, die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Erfahrungen und Kenntnisse zu **verstehen**.
- OGH vom 27.4.2015, 6 Ob 28/15h
Erteilt der Berater dem Kunden **nicht alle für die Anlageentscheidung maßgeblichen Informationen, ist – unabhängig von dessen Risikobereitschaft – eine umfängliche Einschätzung des drohenden Risikos nicht möglich**. Der Kunde kann die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung nicht erkennen.
- OGH vom 7.5.2014, 7 Ob 62/14i
Der geschädigte Anleger hat den Beweis zu erbringen, dass er bei **vollständiger und wahrheitsgemäßer Information** vom Erwerb der Wertpapiere **Abstand genommen hätte**. Anforderungen in der Praxis aber nicht sehr hoch.

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Allgemein (2)

➤ OGH vom 17.12.2012, 4 Ob 129/12t, RS0124492

Aufklärung über ein **rein theoretisches Insolvenzrisiko** oder ein **allgemeines Veruntreuungsrisiko** muss **nicht** stattfinden

➤ OGH vom 22.1.2015, 1 Ob 241/14v

- Haftung für einen **in die Zukunft gerichteten bereits ursprünglich unrichtigen Rat für selbstständige Nachkäufe des Anlegers**
- Nicht bloß Rat zum einmaligen Investment, sondern (uneingeschränkte) Empfehlung, auch in den nächsten Jahren anlässlich von Kapitalerhöhungen die günstige Chance zum Erwerb weiterer derartiger (risikoloser) Wertpapiere zu nutzen.
- Auch "**Betreuerwechsel**" **ändert nichts** an dieser Haftung für den ursprünglich unrichtigen Rat – keine Frage der "Nachberatungspflicht"

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Allgemein (3)

- OGH vom 30.4.2015, 7 Ob 221/14x
 - **Beschwichtigungen** des Anlageberaters können die Erkennbarkeit des Schadenseintritts und damit den Beginn der Verjährungsfrist hinausschieben oder dazu führen, dass dem Verjährungseinwand des Schädigers die Replik der Arglist entgegen gehalten werden kann.
 - Auch im **Nichtlesen des Risikohinweises lag kein Mitverschuldensgrund.**
 - Auswirkung von Beschwichtigungen im Einzelfall zu beurteilen (OGH 21.2.2017, 4 Ob 213/16a)
- OGH 7.7.2017, 6Ob118/16w; OGH 17.7.2018, 4 Ob 8/18g
 - Geschlossene Fonds: **Aufklärungspflicht über Weichkosten** ab "erheblicher" Höhe
 - Kunde muss grundsätzlich mit Vertriebskosten rechnen

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Innenprovisionen

- OGH 22.3.2018, 2 Ob 172/17h
 - **Innenprovisionen** sind jedenfalls **offenzulegen**, wenn diese zu einem relevanten **Interessenkonflikt** führen;
 - ein Interessenkonflikt ist **dann nicht relevant**, wenn der Anlageberater die Beteiligung auch ohne die entsprechende Vergütung empfohlen hätte
 - Beweislast beim Anlageberater; die Behauptung, er biete sowieso nur provisionierte Produkte an, reicht dafür nicht
- OGH 26.2.2019, 8 Ob 166/18x; Ähnlich auch OGH 28.3.2019, 2 Ob 25/19v
 - Unkenntnis des Beraters ist jedenfalls irrelevant, wenn durch **spezielle vertriebsfördernde Maßnahmen** (hier ua Informationsreisen und Bonifikationen in Form von Golddukaten) Einfluss auf Beratungstätigkeit der Mitarbeiter und dadurch Anlageentscheidungen der Kunden genommen wird
- OGH 1.4.2020, 1 Ob 159/19t
 - Aufklärung über Innenprovisionen ist immer geschuldet, auch bei Verzicht des Anlegers auf Informationen über Finanzprodukt

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Mitverschulden (1)

- **Mitverschulden** ist **immer** anhand der **konkreten Umstände** zu beurteilen
- **Keine allgemein gültigen Richtlinien der Rechtsprechung**
- Mitverschulden setzt **Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern** voraus (RIS-Justiz RS0032045)
- OGH vom 25.6.2015, 8 Ob 60/14b
 - OGH bejahte hier ein **Mitverschulden des Anlegers**, der für eine **außerordentlich hohe Gewinnerwartung** eine **besonders hoch spekulative und riskante Anlageform** gewählt hatte (Optionen mit Gewinnaussicht von 1,5% bis 2% pro Monat).
 - Der Anleger hätte bei gehöriger Sorgfalt die das Risiko relativierenden mündlichen Erklärungen des Finanzexperten der Beklagten nicht einfach "ignorieren" (gemeint wohl hinnehmen) dürfen.
 - Die in Aussicht gestellten überaus **hohen Gewinnerwartungen** hätten **Anlass** sein müssen, das mit der Anlage verbundene **Risiko zu hinterfragen**.
 - Die **beträchtliche Sorglosigkeit** des Anlegers rechtfertigt ein Mitverschulden von **50%**.

Rechtsprechung zur Beraterhaftung – Mitverschulden (2)

- OGH vom 15.5.2019, 9 Ob 94/18s
 - Der Kläger (vormals im Bankgeschäft tätig) unterfertigte die von der Beklagten bereits vorab ausgefüllten Beitrittserklärungen und Risikoprofile, **ohne sich diese genau durchzulesen**.
 - **Mitverschulden** wurde **verneint**, da **keines der Formulare** einen **Hinweis** darauf enthielt, dass die Beklagte neben dem Agio zusätzlich eine (Innen-) **Provision** erhält.
- OGH vom 1.4.2020, 1 Ob 159/19t
 - Dem Anleger steht es **grundsätzlich frei**, seinen **Anspruch auf Aufklärung selbst einzuschränken**. Er kann als Kunde nicht gezwungen werden, gegen seinen Willen beraten ("bevormundet") zu werden.
 - Ein Verzicht auf die Aufklärung von Produkteigenschaften **umfasst** aber **keinen Verzicht** auf die **Aufklärung** über etwaige (verdeckte) Innenprovisionen und den daraus typischerweise resultierenden **Interessenskonflikt**.
 - Hier Mitverschulden durch Nichtlesen der Informationen aufgrund besonderer **Vertrauensstellung** des Beraters verneint.

Schlussfolgerungen aus der Rechtsprechung

- Kenntnis der **gesetzlichen Rahmenbedingungen** der Berufsausübung: Was biete ich an (Beratung/Vermittlung, Finanzinstrument oder nicht)? Welche Pflichten ergeben sich daraus?
- Offenlegung der **konkreten Tätigkeit** (etwa als vgV); in welcher Funktion tritt der GVB auf? Bei Nichtoffenlegung der Tätigkeit für Dritten Risiko direkter Haftung
- **Umfang Beratung/Risikoaufklärung** muss **individuell** auf **Produkt und Kunden** abgestimmt werden – "know your customer"
- **Dokumentation** (nicht nur Standardformulare) ist im Streitfall wesentlich
- Richtiger Umgang mit **Beschwerden**
- Prüfung der Bedingungen der **Berufshaftpflichtversicherung** – keine Tätigkeiten außerhalb des Versicherungsschutzes

Was tun bei Streitverkündung? (1)

Beispiel:

Anleger A hat durch eine Investition Geld verloren. Er erhebt gegen die Wertpapierfirma X-GmbH eine Klage auf Schadenersatz wegen fehlerhafter Beratung, da sie ihm die Investition vermittelt hatte.

Die X-GmbH verkündet daraufhin dem Berater B, der den Anleger A zuvor im Namen der X-GmbH als Wertpapiervermittler für die X-GmbH beraten hatte, über das zuständige Gericht den Streit.

Was tun bei Streitverkündung? (2)

- § 21 ZPO: Durch die **Streitverkündung** wird ein bisher nicht beteiligter Dritter förmlich von einem anhängigen Prozess benachrichtigt.
- Inhalt der Streitverkündung:
 - Grund der Benachrichtigung und ggf die Lage des Rechtsstreites
 - mit der Streitverkündung kann eine **Aufforderung zur Nebenintervention** verbunden werden.
- **Zweck** der Streitverkündung:
 - Einräumung der Möglichkeit zur Beteiligung im Verfahren
 - Vorbereitung und Sicherung der Regressansprüche
- Möglichkeit aber nicht Pflicht zum **Beitritt als Nebenintervenient**
 - Teilnahme an Verhandlungen und Möglichkeit zu Vorbringen

Was tun bei Streitverkündung? (3)

- Keinesfalls untätig bleiben!
- Risiken bei Untätigkeit:
 - Verlust der Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Erstprozess
 - Die **Feststellungen** können sich **bindend** auf einen möglichen, späteren Regressprozess auswirken
 - Verlust des eigenen Versicherungsschutzes
- unverzüglich der Vermögensschadenshaftpflichtversicherung anzeigen
- anwaltlicher Beistand suchen (idR Anwaltszwang im Verfahren)

Kontakt

Dr Andreas Zahradnik

Partner

DORDA Rechtsanwälte GmbH

T: +43 1 533 47 95-42

F: +43 1 533 47 95-5042

E: andreas.zahradnik@dorda.at



© Natascha Unkart & Isabelle Köhler

DORDA



Best National Law Firm in Europe for Women in Business Law

Women in Business Law Awards
Europe 2020



Deal of the Year, Austria

CEE Legal Matters 2019



Information Technology Public Law

ILO Client Choice Awards 2019



Chambers Award "Dispute Resolution"

Austrian Law Firm of the Year 2019



DORDA

We deliver clarity.