



Anlageberatung

## Aktualisierung von Anlegerprofilen

**In einer aktuellen Entscheidung setzte sich der Oberste Gerichtshof (OGH) mit der Einholung von Anlegerinformationen und der Erkundigungspflicht bei Veränderungen der Vermögensverhältnisse des Kunden auseinander.**

Im gegenständlichen Fall (OGH 8.10.2008, 9Ob32/08h) verfügte die Anlegerin bereits seit 1997 über ein Wertpapierdepot bei der beklagten Bank. Im Jahre 2001 erwartete sie einen Geldfluss in Höhe von ca. ATS 14 Mio und wollte diesen Betrag so veranlassen, dass sie einerseits eine Rente beziehen und andererseits den Kapitalbetrag ihrem Cousin hinterlassen konnte. Ihre Landwirtschaft, aus deren Einkünften sie bisher ihren Unterhalt bestritten hatte, hatte sie bereits verkauft.

### Rentenbezug

Aufgrund der Beratung im Jahre 2001 veranlagte die Anlegerin schließlich in ein Spezialprodukt, das auf dem Erwerb von englischen Versicherungsverträgen beruhte.

In der Folge trat jedoch ein Kapitalverlust von ca. 30% ein, sodass der Cousin der Anlegerin, dem sie ihre Ansprüche abgetreten hatte, Klage gegen die Bank einbrachte.

Der Bank wurde vorgeworfen, dass sie der Anlegerin eine hoch spekulative Geldanlage mit schwer abschätzbaren Risiken empfohlen hätte, obwohl die Anlegerin eine Vermögensanlage mit höchster Sicherheit wollte, die ihr das Kapital erhalte und eine Rente zur Deckung ihres Unterhaltes gewährleiste.

Der OGH führte aus, dass die vom Anleger eingeholten Informationen nicht dauerhaft gültig sind und jedenfalls eine Erkundigungspflicht

anzunehmen ist, wenn Veränderungen der Vermögensverhältnisse des Kunden erkennbar werden oder Änderungen nicht vollkommen ausgeschlossen werden können.

### Erkundigungspflicht

Dies sei auch auf die Angaben des Anlegers über seine Risikobereitschaft zu übertragen, die bei den einzelnen Anlagezielen erfahrungsgemäß differiere. So könne der Anleger etwa hinsichtlich seiner Altersvorsorge oder der Sicherung seines Lebensunterhaltes sehr risikoscheu sein, während er bei einer spekulativen (Teil-) Anlage in seinem frei verfügbaren Vermögen bereit ist, ein deutlich höheres Risiko einzugehen.

Die Anlegerin habe zwar bereits ein Wertpapierdepot bei der Beklagten eröffnet. Durch den Zufluss von hohen Geldsummen und den Wunsch, dieses Vermögen so anzulegen, dass unter Wahrung der Substanz eine zur Deckung des Lebensunterhaltes notwendige Rente erzielt werden soll, sind aber entscheidende Änderungen eingetreten.

### Wesentliche Änderungen

Diese verbieten es, die Erkenntnisse über das frühere Anlageverhalten der Anlegerin zum Anlass zu nehmen, von einer eingehenden Erkundigung Abstand zu nehmen.

### Editorial



### Liebe Leserinnen, liebe Leser!

Angesichts der Entwicklung der Kapitalmärkte in den letzten Monaten, die einerseits zu neuen Gesetzesinitiativen und andererseits zu einer verschärften Aufsichtspraxis sowie einer vermehrten Befassung der Gerichte geführt hat, wird die Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen für Finanzdienstleister immer wichtiger.

Der gegenständliche Newsletter behandelt daher für Finanzdienstleister relevante Gerichtsentscheidungen und Gesetzesnovellen. Ich wünsche Ihnen eine informative Lektüre!

Angela Perschl

Durch diese Entscheidung wird deutlich, dass die nicht rechtzeitige Erneuerung von Kundenprofilen nicht nur zu Verwaltungsstrafen seitens der FMA führen kann, sondern auch entsprechende zivilrechtliche Folgen nach sich zieht.

Im gegenständlichen Fall wurde einerseits eine neue Veranlagung erworben, andererseits war das

## Kurzmeldungen

### Vermögensverwaltung

Ein Anleger ist berechtigt, einen Schadenersatzanspruch aufgrund fehlerhafter Anlageberatung aufrechnungsweise gegen eine Kreditforderung des betreffenden Kreditinstitutes einzuwenden, wenn zwischen beiden Ansprüchen ein „inniger wirtschaftlicher Zusammenhang“ besteht, der die Durchsetzung der Kreditforderung ohne Rücksicht auf den Gegenanspruch als Treu und Glauben widersprechend erscheinen lässt. Dies trifft dann zu, wenn die Bank vereinbarungswidrig ein als Sicherheit verpfändetes Aktienportfolio bei ungünstiger Entwicklung nicht verwertet (OGH 21.10.2008, 1Ob183/08f).

### FMA-Eigenmittelvorschriften

Laut einem Rundschreiben der FMA vom 12.02.2009 haben Wertpapierfirmen zusätzlich zu den allgemeinen Eigenmittelerfordernissen des WAG weitere Eigenmittel zur Absicherung ihres Kreditrisikos und ihres operationellen Risikos zu halten.

### Werbung für Anteilsscheine

§ 43 Investmentfondsgesetz regelt die Werbung für in- und ausländische Investmentfondsanteile und sieht u.a. vor, dass ein Hinweis auf die veröffentlichten Prospekte erfolgen muss. Die FMA weist in einem Rundschreiben vom 4.2.2009 darauf hin, dass diese Verpflichtungen nicht nur für KAGs, sondern für alle werbenden Unternehmen gelten.

bestehende Kundenprofil bereits vier Jahre alt.

Die Entscheidung deckt sich daher mit den Vorgaben des Leitfadens zur Anwendung der Wohlverhaltensregeln nach dem WAG 2007.

Demnach ist das Kundenprofil zu erneuern, wenn der Kunde neue Finanzinstrumente einer anderen Risikokategorie erwirbt, und darüber hinaus im Abstand von zumindest drei bis fünf Jahren.

## Versicherungsrecht

### Kapitalanlageorientierte Lebensversicherung

**Eine Gesetzesnovelle, mit der u.a. das Bankwesengesetz, das Wertpapier- sowie das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert werden, sieht ab 1.04.2009 die kapitalanlageorientierte Lebensversicherung als neuen Vertragstypus vor.**

Mit der neuen Form der Lebensversicherung soll nach den Gesetzeserläuterungen die Möglichkeit geschaffen werden, durch eine spezielle Veranlagungsstrategie für einen Tarif und einer damit verbundenen persönlichen Risikoeinschätzung kundenorientierte und moderne Versicherungslösungen anzubieten. Hierbei soll die Veranlagung nicht individuell für jeden einzelnen Versicherungsnehmer erfolgen, sondern gesamt für einen bestimmten Tarif (Gruppe von Verträgen).

#### Spezielle Anlagestrategie

Unter kapitalanlageorientierten Lebensversicherungen sind demnach Lebensversicherungstarife zu verstehen, bei denen die Darstellung der Versicherungsleistung eine besondere Kapitalanlagestrategie für den konkreten Tarif erforderlich macht.

Weiters ist Voraussetzung, dass diese Tarife nicht der klassischen, fondsgebundenen oder indexgebundenen Lebensversicherung bzw. der prämienbegünstigten Zukunftsvorsorge oder der betrieblichen Kollektivversicherung zugeordnet werden können.

Beim neuen Produkt der kapitalanlageorientierten Lebensversicherung mit Garantiezins hat der Versicherungsnehmer zudem Anspruch auf eine bestimmte, vom Versicherungsunternehmen garantierte Leistung.

#### Garantiezins

Somit übernimmt das Versicherungsunternehmen in diesem Fall das Kapitalanlagerisiko, wobei die Garantie zumindest die veranlagten Prämien zu umfassen hat.

Hervorzuheben sind weiters die speziellen Informationspflichten, die für die kapitalanlageorientierte Lebensversicherung gelten sollen.

#### Informationspflichten

Demnach ist der Versicherungsnehmer vor Vertragsabschluss in klarer und verständlicher Art und Weise über die Art der Kapitalanlage, die Vertragsinhalt werden soll, aufzuklären. Auf diese Weise soll eine aussagekräftige Zuordnung zu Veranlagungskategorien (zB Aktien, Anleihen, Fonds), allenfalls mit Angabe von Schwerpunkten in



bestimmten Märkten, erreicht werden.

Der Versicherungsnehmer ist weiters über die Voraussetzungen, unter denen eine Veranlagungsstrategie geändert werden darf, und über bestehende Sicherungssysteme zu informieren.

Die ursprünglich im Gesetzesentwurf vorgesehene Geltungserweiterung der Wohlverhaltensregeln auf

fonds- und indexgebundene Lebensversicherungen, um auch in diesem Bereich ein dem WAG entsprechendes Schutzniveau zu schaffen, ist im endgültigen Gesetzestext nicht mehr enthalten.

### **Haftungsausschlüsse**

Um den Konsumentenschutz zu verbessern, sieht die Gesetzes-

novelle schließlich vor, dass es Versicherungsunternehmen künftig nicht mehr möglich sein soll, durch eine Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen die Haftung für eine leicht fahrlässige Verletzung von bestimmten Pflichten auszu-schließen oder zu beschränken.

Die Gesetzesnovelle wurde am 25.03.2009 im Bundesgesetzblatt kundgemacht (BGBl I 22/2009).

## W e r t p a p i e r a u f s i c h t s r e c h t

### **Verbesserung der Anlegerentschädigung**

**Nach einer Regierungsvorlage zur Änderung des Wertpapieraufsichtsgesetzes und des Bankwesengesetzes, die bereits im Nationalrat beschlossen wurde, soll die Anlegerentschädigung durch Schaffung eines Vier-Säulen-Modelles verbessert werden. Dieses soll sicherstellen, dass im Bedarfsfall Kundenschäden effizient, umfassend und rasch liquidiert werden.**

Die erste Säule dieses Modells besteht in der laufenden Finanzierung durch die Wertpapierfirmen. Demnach hat die Entschädigungseinrichtung von ihren Mitgliedern jährliche Beiträge einzuheben, die je nach Kundenzahl des betreffenden Mitgliedsinstitutes ein bis drei Promille der Umsatzerlöse betragen sollen.

#### **Versicherungsdeckung**

Bis durch diese laufenden Beiträge ein Vermögen von 5% der Umsatzerlöse aller Mitgliedsinstitute angespart ist, soll ein Teil der Beiträge (maximal 50%) für Versicherungsprämien verwendet werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Differenzbetrag auf 5% der Umsatzerlöse durch Versicherungsdeckung ausgeglichen werden kann (zweite Säule). Die Versicherung hat hierbei auch Schäden aus strafbarem Verhalten zu umfassen.

Im Falle des Auftretens von Großschäden können zusätzliche Beiträge (Sonderbeiträge) den Mit-

gliedern vorgeschrieben werden, wenn die von der Entschädigungseinrichtung laufend vereinnahmten Beträge nicht ausreichen, um ihren Entschädigungsverpflichtungen nachzukommen (dritte Säule).

#### **Sonderbeiträge**

Diese Sonderbeiträge dürfen höchstens 2,5% der fixen Gemeinkosten betragen und maximal zweimal in einem Zeitraum von fünf Jahren eingefordert werden.

Als vierte Säule ist im Hinblick auf das Großschadensrisiko und das Problem wiederholter Inanspruchnahme des Systems schließlich die Möglichkeit einer Finanzierungshilfe durch den Bund vorgesehen. Dadurch soll ein klares Signal für die Anleger geschaffen werden, dass letztlich ihr Anspruch auf EUR 20.000,- (gemäß der EU-Anlegerentschädigungsrichtlinie) gesichert ist.

Als flankierende Maßnahme neben der Schaffung dieses Vier-Säulen-Modelles sieht der Geset-

zesentwurf die Einführung eines Früherkennungssystems analog dem der Einlagensicherungseinrichtungen der Banken und die Einführung spezieller Informationspflichten gegenüber den Kunden vor.

#### **Informationspflichten**

So wird eine ausdrückliche Informationspflicht beim Vertrieb von Eigenprodukten eingeführt, zumal sich die Veranlagung in (konzern)eigene Produkte als Risikofaktor für Anlegerentschädigungsfälle erwiesen hat. Als Eigenprodukte gelten hierbei jene Veranlagungen, deren Vertrieb für die Wertpapierfirma oder ein verbundenes Unternehmen einen über das Dienstleistungsentgelt hinausgehenden wirtschaftlichen Vorteil bringt.

Weiters sollen eine ausdrückliche Informationspflicht über das Verbot der Entgegennahme von Kundengeldern und eine Hinweispflicht auf FMA-Veröffentlichungen über marktübliche Provisionen vorgesehen werden.



## Arbeitsrecht

### Kündigungentschädigung bei Provisionen

In einer aktuellen Entscheidung behandelte der OGH die Frage, wie eine Kündigungentschädigung anlässlich der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Falle des Bezuges von Provisionen zu berechnen ist.

Wird ein Arbeitnehmer unbegründet fristlos entlassen oder tritt er berechtigterweise vorzeitig aus dem Dienstverhältnis aus, so hat ihm der Arbeitgeber eine Kündigungentschädigung auszuzahlen. Diese entspricht dem Arbeitsentgelt für die Zeitspanne, die bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber als Kündigungsfrist einzuhalten gewesen wäre.

#### Versicherungsvermittler

In dem vom OGH entschiedenen Fall (9 ObA 17/08b) war die Klägerin als Versicherungsvermittlerin für die beklagte Partei tätig. Nach außen hin war Basis für diese Tätigkeit ein Gesellschaftsverhältnis, wobei die Entlohnung auf einer reinen Provisionsbasis erfolgte. Somit wurde kein monatliches Fixum vereinbart oder bezahlt.

Der OGH stellte fest, dass es sich beim gegenständlichen Vertragsverhältnis aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung um ein

freies Dienstverhältnis handelte.

Auch der freie Dienstnehmer habe bei fristwidriger Kündigung durch den Arbeitgeber und bei un gerechtfertigter Entlassung Anspruch auf Kündigungentschädigung.

#### Freies Dienstverhältnis

Der Umstand, dass die Klägerin nur Provisionseinkünfte, aber kein Fixgehalt bezogen hat, stehe dem Anspruch auf Kündigungentschädigung nicht entgegen. Der freie Dienstnehmer soll durch die Kündigungentschädigung so gestellt werden, als wäre das Vertragsverhältnis ordnungsgemäß beendet worden.

Daher sind auch durch die vorzeitige Beendigung entgangene Provisionseinkünfte im Rahmen der Kündigungentschädigung zu ersetzen. Diese sind im Zweifel nach den zuletzt durchschnittlich verdienten Provisionen zu berechnen. Dass ein Teil der Provisionen von Dritten bezogen wurde, schade hierbei nicht.

## Vertriebsrecht

### Ausgleichsanspruch

Ein Handelsvertreter hat bei Eigenkündigung gegenüber dem Unternehmer einen Ausgleichsanspruch, wenn dem Unternehmer zurechenbare Umstände zur Kündigung begründeten Anlass gegeben haben.

Ein solcher begründeter Anlass liegt u.a. bei Verkürzung der Provisionschancen, verspäteter Zahlung der Provision oder Erschwerung der Tätigkeit und Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundlage des Handelsvertreeters vor.

Nach der Rechtsprechung des OGH ist ein solcher Umstand dem Unternehmer innerhalb angemessener Zeit nach Kenntnis mitzuteilen bzw. geltend zu machen. Die Berufung auf einen solchen Umstand erst anlässlich eines Rechtsstreites über den Ausgleichsanspruch - möglicherweise erst Jahre später - ist daher nicht möglich. In diesem Fall ist vielmehr ein Verzicht des Handelsvertreeters anzunehmen (OGH 30.9.2008, 1Ob275/07h).

[www.ra-perschl.at](http://www.ra-perschl.at)

**DDr. Angela Perschl**  
RECHTSANWÄLTIN



#### Impressum:

Inhaber, Herausgeber, für den Inhalt verantwortlich: DDr. Angela Perschl, Rechtsanwältin

Wipplingerstraße 31/4, A-1010 Wien

Tel.: +43 1 / 890 27 64, Fax: +43 1 / 890 27 64 15

E-mail: [office@ra-perschl.at](mailto:office@ra-perschl.at), Web: [www.ra-perschl.at](http://www.ra-perschl.at)

DVR: 2112471, UID: ATU 62063812

Dieser Newsletter kann eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen.

Trotz sorgfältiger Ausarbeitung kann daher keine Haftung für die Richtigkeit übernommen werden.