

Ein – erfolgreicher - Hürdenlauf für die Finanzdienstleister

von RA MMag.Dr. Johannes Neumayer

Mail für Reaktionen und Anfragen: rechtsanwalt@neumayer-walter.at

Die **Aktivitäten der FINDIN** (<http://www.b2b-projekte.at/wer-ist-findin-.html>) sind neben der Verfolgung schwarzer Schafe nach dem UWG zunehmend auf die Verfolgung schwarzer Schafe unter den Emittenten, Banken und Versicherungen gerichtet, die auch dazu dient, zu verhindern, dass für die Fehler der Produktgeber der Vertrieb, also die Vermögensberater verantwortlich gemacht werden.



Aus der Arbeit 2012 seien **einige wichtige Entscheidungen zitiert!**

1. **Lichtblick für alle Minderjährigen (keine Verjährung)**

(Kanzlei Neumayer, Walter & Haslinger am Verfahren beteiligt)

Wer bei Anlage von Geldern in Aktien minderjährig war und die Anlage nur mit der Unterschrift eines Elternteils ohne Pflegschaftsbehördliche Genehmigung tätigte, kann aufatmen. Das **HG Wien** hat als Berufungsgericht zu 1 R 15/12w, dass bei Fehlen der Zustimmung des anderen Elternteils oder Nichtvorliegens der Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes für Anlagen des Vermögens des Minderjährigen dieser (auch länger als nach 3 Jahren!!!) das Geld gegen Rückgabe der verlustreichen Papiere **zurückfordern** kann.

Die bankübliche **Vertragsklausel**:

„Gemäß den §§ 230ff ABGB bedarf die Veranlagung von Mündelgeldern grundsätzlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Veranlagten Eltern Vermögen, das sie zum Zweck einer gewinnbringenden Veranlagung ihrem Kind zuwenden, liegt eine Schenkung unter Auflage vor und die Bestimmungen der §§ 230ff ABGB sind nicht anwendbar. Ich(Wir) bestätigen, dass es sich bei der Veranlagung nicht um Mündelgeld handelt“

half der Bank nichts. Die FINDIN wird Banken, die solche missverständlichen Klauseln verwenden, gerichtlich mit Unterlassungsklage verfolgen. Eine ähnliche Entscheidung erwirkte Kollege Dr. Poduschka in Bezug auf Immofinanz Ankäufe.

Diese Mängel sind bei allen nicht mündelsicheren Anlagen von zu Kaufzeitpunkt Minderjähriger **noch wahr zunehmen!**

2. Bestätigungsklauseln gegenüber Konsumenten

(Kanzlei Neumayer, Walter & Haslinger am Verfahren beteiligt)

Bestätigungen, wie „Ich bestätige, dass ich ordnungsgemäß beraten und über das Risiko aufgeklärt wurde“, sind nicht nur inhaltsleer (wie soll ein Fehlberater dies erkennen?), sondern **widersprechen dem KSchG**, weil damit eine **Beweislastumkehr zu Lasten des Kunden** bewirkt werden soll. Der OGH führt in ständiger Rechtsprechung aus, dass dies eine nach § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG unzulässige „Tatsachenbestätigung“ sei. Solche Klauseln ohne Inhalt, was denn konkret beraten wurde, **helfen somit nicht**.

3. Zinsklauseln auf den Refinanzierungszinssatz der Banken

Das **LG Klagenfurt** untersagte einer Bank die Zinsklausel (21 Cg 38/09m und 27 Cg 101/11y nicht rk), die **einen Zuschlag im Hinblick auf die eigenen (erhöhten) Refinanzierungskosten ermöglichte**. Nach § 6 Abs.1 Z 5 KSchG seien Umstände, die eine Erhöhung des Preises ermöglichen sollen, genau zu umschreiben. Diese Klausel widerspreche auch dem Transparenz-Gebot nach § 6 Abs.3 KSchG. **Der Verweis auf eigene Refinanzierungskosten sei zu unbestimmt und nicht nachvollziehbar**.

Die FINDIN wird allen Kunden und Vermögensberatern bei Problemen mit den Kreditkonditionen im Rahmen der Sprechstunden helfen.

4. Kein Regress der Meiri Bank gegen die Vermittler

(Kanzlei Neumayer, Walter & Haslinger am Verfahren beteiligt)

Die medienwirksame Ankündigung der Meiri Bank, bei jedem Prozessverlust die Kosten vom Berater zu verlangen, **scheiterte beim OLG Linz** (rk). Das OLG Linz 2 R 210/11g führte zutreffend aus, dass der Vermögensberater als Berater des Kunden aus dem Beratungsvertrag mit dem Kunden keine Schutzpflichten gegenüber der Bank habe und diese daher den Berater aufgrund der Nichtaufklärung über die Fehler im Prospekt der Bank nicht haftbar machen könne.

Eine Vertragsvereinbarung zwischen der Bank und dem Berater wurde von dieser immer bestritten, da eine Vertriebsgesellschaft (MSF) dazwischen geschaltet war.

5. Regress des haftenden Beraters gegen die Meinl Bank und Meinl Success Finanz AG?

Die FINDIN unterstützt eine **beim HG Wien anhängige Klage** des Vermögensberaters, der wegen MEL Vermittlung verurteilt wurde, gegen Meinl Bank und Meinl Success Finanz AG auf 50 % der Aufwendungen (Schadensteilung), deren Ausgang noch ungewiss ist. Über diesen wird die FINDIN berichten, da eine Vielzahl von Vermögensberatern betroffen ist.

6. Vorsicht bei zu einseitigen Gesamtkonzepten und zu geringer Aufteilung der Assets:

Das **OLG Wien** (2 R 2011/11t) hob ein Urteil auf, weil zwar bei einzelnen Produkten, die als **Tilgungsträger** empfohlen worden waren, durchaus das (hohe) Risiko erkennbar aufgeklärt wurde, aber das Gesamtkonzept von Tilgungsträgern mit hohem Risikoanteil, Fremdwährungsrisiko dem Kunden (einem "Häuselbauer") für den Zweck des privaten Hausbaues insgesamt unangemessene Risiken aufgebürdet habe.

Die Gesamtrisiko-Analyse im Verhältnis zu den Einzelrisiken ist ein weiteres Prüffeld der Gerichte, sodass die Entscheidung, weiter Tilgungsträger zu sparen und wenn worin oder ganz oder teilweise zu veräußern und den Kredit zu tilgen, laufende und schwierige Anforderungen an den Vermögensberater stellt.

7. „Freisprüche“ für Vermögensberater:
(Kanzlei Neumayer, Walter & Haslinger am Verfahren beteiligt)

In der Öffentlichkeit wurden die Vermögensberater als Schuldige für das Desaster um die Immobilienaktien hingestellt. Der **OGH entschied** nach langen Verfahren zu Recht:

- a) **OGH-Urteil 8Ob107/11k**
(Kanzlei Neumayer, Walter & Haslinger am Verfahren beteiligt)

Ausgehend von den Feststellungen ist die Klägerin von nicht stark schwankenden Kursen ausgegangen. Sie wollte Geld für die Anschaffung eines Hauses ansparen und kein besonders hohes Risiko eingehen.

In diesem Sinn bezeichnete der Berater die Veranlagung als sehr sichere Anlageform. Er wies auch darauf hin, dass die Gesellschaft **in Immobilien investiere** und die Immobilien als Wert vorhanden seien, sowie dass die Klägerin eine **Einzelaktie erwerbe**.

Nach diesen Prämissen ist durchaus fraglich, ob die Risikoeinstufung der Veranlagung im Anlageprofil mit „mittel“ tatsächlich der Risikoerwartung der Klägerin entsprach. Das Erstgericht hat dazu festgehalten, dass der Berater die gewählte Risikoklasse deshalb angekreuzt habe, **weil auf Seminaren diese Empfehlung abgegeben** worden sei. Der allenfalls begründeten Erwartung einer besonderen Risikobegrenzung durch vorhandenes Immobilienvermögen hätten die Zertifikate, wie sich im Nachhinein ergeben hat, objektiv nicht entsprochen.

Im vorliegenden Fall darf aber nicht übersehen werden, dass die Klägerin Kursschwankungen grundsätzlich in Kauf nahm, sie in Aktien investieren wollte und ihr eine Risikostreuung in Form eines Zwei-Säulen-Modells empfohlen wurde. Hinzu kommt, dass die **Zertifikate zum Zeitpunkt des Erwerbs auch tatsächlich in die Risikoklasse „geringes bis mittleres Risiko“ fielen** und professionelle Vermittler und Berater jedenfalls nicht vor Mitte 2007 mit einer nachhaltigen Trendumkehr rechnen mussten.

Österreichische Immobilienaktien unterlagen schon etwas früher dem Abwärtstrend. In dieser Situation kann auch einem professionell agierenden Berater kein für eine Haftung der Beklagten vorausgesetzter Verschuldensvorwurf im Hinblick auf eine Abweichung des Anlageprodukts von der Risikoerwartung bzw. dem Anlageziel der Klägerin gemacht werden.

Die Einholung selbst sachverständiger Informationen über die Wirtschaftlichkeit und das Risikopotential der Anlage im November 2006 hätte für die Beklagte **kein anderes Bild** ergeben.

- b) **OGH-Urteil 3Ob214/11h**
(Kanzlei Neumayer, Walter & Haslinger am Verfahren beteiligt)

Die Rechtsansicht, die Beklagte habe das (mittlere) Risiko der gewählten Anlageform weder verharmlost noch unrichtig beschrieben, erweist sich bei der gebotenen Würdigung des Anlegerprofils und der Äußerungen der Erfüllungsgehilfin der Beklagten in ihrer Gesamtheit keinesfalls als unvertretbar.

Ihre Behauptung, sie hätte bei Kenntnis davon, dass sie keine Aktien, sondern Zertifikate erwerbe, davon Abstand genommen, konnte die Klägerin nicht unter Beweis stellen; dem Umstand der Qualifikation der Anlageform als Aktie oder Zertifikat kommt daher keine Relevanz zu.

Der Klägerin war aber **bewusst**, (zum Teil) eine Anlageform zu wählen, die von der Gefahr gekennzeichnet ist, das **investierte Kapital (durch Kursverluste) teilweise, aber auch zur Gänze verlieren zu können**. Vor diesem Hintergrund und der (sowohl mündlichen als auch schriftlichen) Klarstellung der Erfüllungsgehilfin der Beklagten, es handle sich um ein Anlageprodukt mittleren Risikos, durfte die Klägerin die Argumentation, es sei im Vergleich zu anderen Aktien weniger riskant bzw. nichts Riskantes, nur als Abgrenzung von Anlageformen mit hohem Risiko verstehen.

Keinesfalls durfte sie eine Auslegung dahin vornehmen, es bestehe gar kein oder nur ein geringes Risiko, weil damit die aufrecht erhaltene Einstufung als Anlageprodukt mittleren Risikos unberücksichtigt bliebe. Das gilt auch für den Hinweis, die Anlage sei sicherer als eine Veranlagung bei einer Bank, die in Konkurs gehen könne, während die Wirtschaft zusammenfallen müsse, damit die erworbenen Liegenschaften an Wert verlieren und auch dieses Produkt pleiteginge, der im Übrigen zweifelsfrei den Totalverlust des eingesetzten Kapitals im Insolvenzfall anspricht, also eine Gefahr, die sich hier gar nicht realisiert hat; die Gefahr von Kursschwankungen wurde damit aber keinesfalls als unwahrscheinlich oder wenig wahrscheinlich dargestellt und mussten deshalb von der Klägerin als mittleres Risikos (weiter) in Betracht gezogen werden. Für einen die Haftung der Beklagten als professionelle Anlageberaterin begründenden Verschuldensvorwurf wegen Abweichung des gewählten Anlageprodukts vom Anlageziel der Klägerin bleibt daher kein Raum.

8) **Mitwirkung bei Strafverfahren und verblüffende Aussagen der Meinl und MSF Mitarbeiter und weitere Urteile**

- a) Die Frage, ob auch die Meinl Success Finanz AG selbst von einer Investition der Meinl European Land bis August 2007 nur in Barvermögen und vermietete Immobilien ohne jedes Wissen um Rückkäufe ausging, beantwortete deren **Exvorstand Karl Mauracher im** Verfahren 43 Cg 137/08g des HG Wien im März 2012 mit einem glatten „Ja“.
- b) **Die Rückkäufe** wurden nunmehr im Berufungsverfahren vor dem HG Wien 1 R 272/09k **festgestellt**. In diesem Urteil gab das Berufungsgericht an, dass auch ein Wirtschaftstreuhand über Immobilienaktien irreführt werden kann.
- c) Die Frage des Gerichtes, ob ein Mitarbeiter der Meinl Bank die Mel Zertifikate auch einem konservativen Kunden empfohlen hätte, wenn er gewusst hätte, dass Rückkäufe in massiver Form stattfinden, beantwortete dieser Mitarbeiter zu **37 Cg 46/09g des HG Wien wie folgt:**

„Für den Fall, dass ich bereits im Zeitpunkt der Ankäufe durch die klagende Partei der hier klagsgegenständlichen Mel-Aktienankäufe der klagenden Partei gewusst hätte, dass Aktienrückkäufe stattgefunden haben oder hätten, ob ich dann der klagenden Partei dieses Produkt empfohlen hätte, so muss ich das verneinen, und zwar deshalb, weil die Börsenkurse damals über dem Buchwert lagen und Aktienrückkäufe negativ auf das Kapital wirken.“

Prägnanter kann man diese Frage nicht mehr beantworten.

9) **Vienna Life X1/K1**

Die FINDIN bereitet die Unterstützung der Kunden und Vermögensberater im Bereich der Anlagen in diesen Produkten zufolge der Risikohinweise, dass ein Teil der im Deckungsstock veranlagten Vermögenswerte verloren gehen könne, aufgrund des Totalverlustes und der Anlage in bloß einer Hand (des verurteilten Herrn Kiener) ohne Risikostreuung vor. Analog hat das OLG Wien bei Madoff die Haftung zufolge mangelnder Risikostreuung und Vereinigung der Depotbank(überwachungs)funktion und der Verwalterstellung in einer Hand zu 2 R 44/12 y am 29.3.2012 bejaht.

10) Zusammenfassung der Trends:

Langsam wird die Judikatur präziser und differenzierter und löst sich vom durchaus nachvollziehbar - durch wenige schwarze Schafe - geprägtem „Feindbild“ Vermögensberater. Ein falsches Konzept bleibt aber ein falsches Konzept. Der Rat kann nur lauten, mit **einfachen und verständlichen Worten** den Kunden aufzuklären. Zukünftige Probleme wird es im Bereich Tilgungsträgerisiko mit Kreditrisiko im Gesamtkonzept und dem Clusterrisiko geben. Raten Sie zur Aufteilung der Anlagen und auch manchmal zu „halben“ Sachen. Bei Unklarheit, ob man verkaufen soll oder nicht, ob man „switchen“ soll oder nicht, ist es wichtig das „Für und Wider“ nachvollziehbar zu thematisieren, u.U. auch einfach einen Mittelweg zu gehen, und einen Teil zu verkaufen oder zu switchen, um das strukturelle Risiko zu mindern. Das bloße Kreuzchen am Anlageprofil hat ausgedient, es zählt nur das beweisbare (**Beweislast liegt beim Berater**) Verständnis des Kunden. Der das Gemetzel überlebt habende Vermögensberater findet **furchtbare und fruchtbare** Zustände vor:

- Die Konkurrenz ist wesentlich weniger geworden.
- Die Kunden können nach den Finanzkrisen und der Berichterstattung in den Medien kaum vorbringen, nicht um das Risiko von Vermögenswerten und Anlagen gewusst zu haben.
- Die Kunden sind risikobewusster und- averser geworden und daher mit einfachen und ehrlich gestreuten Anlagen leichter zu beraten, weil der Finanzberater nicht mehr mit der marktschreierischen Konkurrenz und deren Versprechen von zweistelligen Renditen leben muss.

Mit den besten Wünschen an die Mitglieder, in Zukunft weniger oder gar keine Zeit bei Gericht verbringen zu müssen
Johannes Neumayer

Mail für Reaktionen und Anfragen: rechtsanwalt@neumayer-walter.at