

Aufklärung über Kick-Backs in der Anlageberatung



Von Dr. Jochen Strohmeyer, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht, mzs Rechtsanwälte

Die als mögliches Unwort des Jahres 2009 hoch gehandelte „Finanzkrise“ hat die staatlichen Akteure jetzt auch bei der Anlageberatung zum Handeln bewegt. Am 20.02.2009 brachte die Bundesregierung einen Gesetzentwurf in das parlamentarische Verfahren ein, der durch eine neue Dokumentationspflicht im Bereich des Wertpapierhandels einen Paradigmenwechsel für die Anlageberatung bedeutet. Zugleich prüft das Verbraucherschutzministerium weiterreichende Maßnahmen, die den gesamten Finanzdienstleistungsbereich einschließlich der Assekuranz betreffen. Neben diesen in die Zukunft gerichteten Ansätzen ist bereits heute die gesamte Anlageberatung den Anforderungen an die Aufklärung der Kunden über Innenprovisionen/Kick-Backs unterworfen, die der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 20.01.2009 mit erheblichen Konsequenzen für die Branche konkretisiert hat. Dieser Beitrag will die Folgen dieser Ereignisse für die Anlageberatung erläutern, die inhaltlichen Zusammenhänge beleuchten und eine Empfehlung zum Umgang damit abgeben.

Dokumentationspflicht und Verjährung in der Wertpapieranlageberatung

In der Drucksache des Bundesrats 180/09 vom 20.02.2009 findet sich ein bislang zu Unrecht eher wenig beachteter Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein „Gesetz (...) zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“. Gerade im Zusammenhang mit der Finanzkrise, so die Bundesregierung in ihrer Begründung, habe sich gezeigt, dass viele Anleger die Risiken der Produkte nicht verstehen. Es müsse daher für mehr Transparenz und Möglich-

keiten gesorgt werden, dass Anleger im Falle einer Fehlberatung ihre Ansprüche leichter durchsetzen können. Die Ende 2007 in das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) eingeführte Dokumentationspflicht habe sich – so die Bundesregierung – als nicht ausreichend erwiesen, da sie sich in der Praxis zumeist auf den sogenannten WpHG-Bogen reduziere.

Um hier Abhilfe zu schaffen, schlägt die Regierung vor, den Umfang der Dokumentation erheblich zu erweitern. Es sollen nun auch der Anlass des Beratungsgesprächs, seine Dauer, die vom Kunden mitgeteilten Informationen über seine persönliche Situation und seine Anlageziele sowie die erteilten Empfehlungen nebst Begründung mit aufgenommen werden. Darüber hinaus enthält der Gesetzentwurf das Novum, dass das erweiterte Protokoll – außer bei telefonischer Beratung – dem Kunden vor seiner Unterschrift zu übergeben ist und dem Kunden insoweit auch ein einklagbarer Anspruch zusteht. Im Falle eines fehlerhaften oder in sich widersprüchlichen Protokolls könnte dieses für den Kunden damit in der Tat ein wichtiges Beweismittel sein. Bislang waren Berater nämlich nicht verpflichtet, ein angefertigtes Beratungsprotokoll zu übergeben. Durch den Vorschlag der Bundesregierung wird daher das Beratungsprotokoll von einem Instrument des Beraters zur Haftungsvermeidung in ein Instrument der Haftungsbegründung umgewandelt. Der genaue Inhalt dieser Protokolle wird sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vermutlich noch erheblich ändern. So wird etwa seitens des Bundesrats vorgeschlagen, insoweit ein einheitliches Standardformular zu entwickeln.



Allerdings gilt der Entwurf nicht für alle Kapitalanlagen, sondern nur für von Wertpapierhandelsunternehmen vertriebene Wertpapiere. Nicht umfasst ist daher der Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds und anderen Produkten des früher sogenannten grauen Kapitalmarkts, unabhängig davon, ob diese Beteiligungen durch ein Wertpapierhandelsunternehmen vertrieben werden. Auch der Vertrieb von Versicherungen fällt nicht unter den Gesetzentwurf.

Zu Lasten der Wertpapierhandelsunternehmen will der Gesetzentwurf zugleich ihre Privilegierung durch die bisherige kenntnisunabhängige Verjährungsfrist von nur drei Jahren abschaffen.

Dokumentation und Beweislast bei sonstiger Anlageberatung

Kann noch werden, was nicht ist? Zum gegenwärtigen Zeitpunkt scheint nicht einmal sicher, ob es der Bundesregierung überhaupt gelingen wird, ihren Entwurf in Gesetzesform zu gießen. Denn das gesetzgebungstechnische Zeitfenster ist mit Blick auf das nahe Ende der Legislaturperiode schon jetzt nur noch einen Spalt geöffnet. Keine Bedenken bestehen indes am breiten politischen Willen, die Position des Verbrauchers massiv zu stärken. Besonders deutlich zeigt sich dies an einer parallelen Initiative des Verbraucherschutzministeriums, das seit Anfang 2009 für vergleichbare Maßnahmen im gesamten Finanzdienstleistungssektor einschließlich der Assekuranz wirbt. Diese auf der Internetseite des Ministeriums dokumentierte Initiative beabsichtigt einerseits, die Qualität der Beratung durch Festlegung einheitlicher Mindeststandards bei gleichzeitigem Schutz des Begriffs „Finanzberater“ und die Förderung der Honorarberatung zu verbessern. Andererseits finden sich hier auch Vorschläge zur Verbesserung der Beweissituation der Kunden bis hin zu einer vollen Umkehr der Beweislast für den gesamten Sektor.

Zwar sei eine volle Beweislastumkehr in der laufenden Legislaturperiode bereits von der politischen Agenda genommen, wie Ministerin Ilse Aigner in einer Fachtagung ihres Ministeriums am 10.03.2009 erklärte. Damit ist das Thema Beweiserleichterung außerhalb des Wertpapierhandels jedoch keinesfalls vom Tisch. So nutzen etwa die Fachausschüsse des Bundesrats ihre Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20.02.2009 zu der Empfehlung, einen vergleichbaren Gesetzesrahmen auch für den Vertrieb geschlossener Fonds zu schaffen. Zudem sollten, so die Ausschüsse des Bundesrats, die Berufsqualifikationen von Finanzvermittlern gesetzlich definiert und eine zwingende Berufshaftpflichtversicherung eingeführt werden. Eine echte Beweislastumkehr fordern die Ausschüsse für den Fall, dass der Berater das schriftliche Beratungsprotokoll nicht oder nicht rechtzeitig übergibt.

Ist heute noch ungewiss, ob und vor allem in welchem Ausmaß es zu Gunsten des Kunden zu Beweiserleich-

terungen kommen wird, so ist die Anlageberatung heute schon betroffen von den Folgen des Kick-Back-Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 20.01.2009 (Az. XI ZR 510/07). Diese für Kenner der Rechtsprechung wenig überraschende Entscheidung stellt klar, dass jeder Anlageberater seine Kunden darüber aufzuklären hat, ob und in welcher Höhe er von Dritten Provisionen für den am Ende der Beratung stehenden Verkauf eines Anlageprodukts erhält. Wie so oft sind Details der Auswirkungen dieser Entscheidung unter Juristen umstritten: Gestritten wird etwa um die Frage, ob diese Entscheidung nur für Anlageberater gilt oder auch für Anlagevermittler, bei deren Auftritt dem Kunden klar ist, dass dieser kein auf ihn zugeschnittenes Produkt aus einer breiteren Palette auswählt. Zwar dürfte dieser Streit mit Blick auf die Tatsache, dass in der großen Mehrzahl der Fälle von einer Anlageberatung und nicht nur von einer Anlagevermittlung auszugehen sein wird, praktisch von eher geringer Bedeutung sein. Voraussichtlich wird die Kick-Back-Rechtsprechung aber nur auf die Anlageberatung anzuwenden sein. Der Anlagevermittler ist dann nach wie vor nur dazu verpflichtet, über Kick-Backs oder Innenprovisionen, von denen in diesem Zusammenhang üblicherweise synonym gesprochen wird, aufzuklären, wenn diese in der Summe die Grenze von 15% überschreiten und als „versteckt“ anzusehen sind. Nicht „versteckt“ sind Innenprovisionen, wenn sie in einem Prospekt transparent und an nur einer Stelle dargestellt werden und der Anlagevermittler den Prospekt frühzeitig übergibt. Aber auch bei der Anlageberatung wird die Rechtsprechung es vermutlich für ausreichend erachten, wenn die Innenprovisionen bzw. das Kick-Back in einem frühzeitig überreichten Prospekt auf transparente Art und Weise erläutert werden.

Transparenz als aktuelles und zukünftiges Leitbild der Anlageberatung

Sowohl die zukünftigen als auch die bereits bestehenden Anforderungen an die Anlageberatung zeichnen sich durch die Notwendigkeit von Transparenz aus. Verkaufsprospekte sollten möglichst frühzeitig – in der Regel mindestens eine Woche vor dem Abschluss – überreicht werden. Bei komplizierten Fonds- oder Derivateprodukten sollte die Prospektübergabe noch einige Tage früher erfolgen.

Zwar besteht heute (noch) keine allgemeine Pflicht zur Dokumentation der Anlageberatung. Gleichwohl ist dem Anlageberater grundsätzlich zu raten, eine solche Dokumentation im Eigeninteresse durchzuführen. Dabei müssen – spätestens ab sofort – jedoch die Anforderungen der Kick-Back-Rechtsprechung zwingend beachtet werden. Die Dokumentation muss also entweder einen expliziten Hinweis auf die Höhe der Provision enthalten oder aber auf die entsprechende Stelle des Verkaufsprospekts verweisen und eine Notiz zum Übergabezeitpunkt enthalten. Anderenfalls erweist sich die freiwillige Dokumentation als wertlos, wenn nicht sogar schädlich. ■