

04/2010

finanzwelt

Das Fachmagazin der Finanzbranche



(Ein)Blick in die Finanzwelt

Einzelpreis 4,50 Euro – G48695 – www.finanzwelt.de



FW-Verlag GmbH, Sohnleinstraße 17, 65201 Wiesbaden

P 48695 PVST

*248 *

Rechtsanwalt und Notar
Herrn Dr. jur. Klaus-R. Wagner
Lessingstraße 10
65189 Wiesbaden

Pro und Contra

Unter Juristen und anderen Experten der Anlageberatungsbranche ist Streit darüber ausgebrochen, wie ein Beratungsprotokoll aussehen soll und ob es stimmt, dass standardisierte Protokolle ihren Zweck verfehlen, weil sie unter die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) fallen:

„Ja, das Protokoll ist AGB-verdächtig“, sagt Rechtsanwalt Werner Klumpe, Köln.

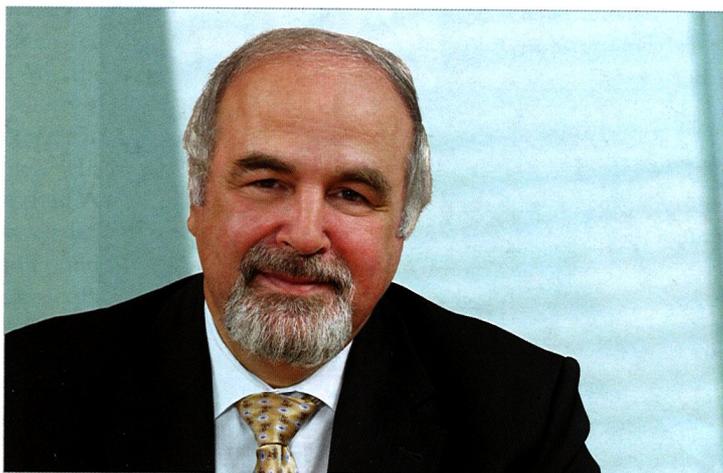
„Nein“, sagt Rechtsanwalt Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden.



JA

**Rechtsanwalt Werner Klumpe,
Gründer der Kölner Kanzlei Klumpe,
Schroeder + Partner**

Seit einigen Jahren finden beim Vertrieb von Kapitalanlagen zunehmend Beratungsprotokolle Verwendung. Bereits seit dem Jahr 2008 besteht eine Pflicht zur Beratung und Protokollierung des Beratungsgesprächs bei der Vermittlung von Versicherungsprodukten und seit Beginn dieses Jahres für die Anlageberatung von Privatanlegern durch Banken. Der wesentliche Ablauf des Beratungsgesprächs muss nachvollziehbar protokolliert werden. Dabei ist auch eine starke Tendenz in Richtung einer Standardisierung von Beratungsprotokollen zu erkennen. Bei allem Verständnis für den zeitlichen Druck und auch das Bedürfnis nach Vereinfachung können durch Protokolle, bei denen Antwortmöglichkeiten vorgegeben



NEIN

**Rechtsanwalt und Notar
Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden,
Fachanwalt für Steuerrecht**

Über jede Anlageberatung – nicht Anlagevermittlung – bei einem Privatkunden ist ein schriftliches Protokoll anzufertigen. Die ohnehin problematische einzelfallbezogene Abgrenzung der Anlagevermittlung zur Anlageberatung gewinnt mithin auch beim Thema Beratungsprotokoll Bedeutung. Dieses Beratungsprotokoll muss gemäß § 34 Abs. 2a Satz 2 WpHG von demjenigen unterschrieben werden, der die Anlageberatung durchgeführt hat, also nicht von einem Protokollführer. Insoweit handelt es sich um eine aufsichtsrechtliche Regelung, die sich nicht an die Vertragsparteien eines Anlageberatungsvertrages richtet, sondern an das eine Anlageberatung durchführende Unternehmen. In der Rechtsprechung ist u. a. noch nicht geklärt, ob § 34 Abs. 2a WpHG auch zivilrechtlich Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist, so dass bereits bei Verstößen gegen § 34 Abs. 2a WpHG Anlegern deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche zustehen können.

Die Bedeutung von Beratungsprotokollen wird – ohne jedweden Zweifel – noch weiter zunehmen. Sie vermögen ihren Zweck aber nur dann zu erfüllen, wenn die Individualität nicht zu kurz kommt.



und durch Ankreuzen ausgewählt werden können, die Ziele nicht vollständig erreicht werden. Es wird insbesondere genau zu differenzieren sein, ob es sich um ein leicht verständliches Standardprodukt handelt wie beispielsweise eine Hausrat- oder Haftpflichtversicherung oder um ein komplexes Produkt, dessen Vor- und Nachteile im Einzelnen zu erläutern sind. Selbst bei Standardprodukten gibt es enorme Unterschiede im Detail, so dass zweckmäßigerweise auch hier das Für und Wider von miteinander im Wettbewerb stehenden Produkten gegeneinander abgewogen werden sollte.

Hinter allem steht natürlich auch das Damoklesschwert der Haftung, wenn

Beratungsprotokolle unvollständig sein sollten oder als gerichtsverwertbares Dokument sogar belegen, dass bestimmte Punkte nicht richtig oder nicht vollständig abgehandelt worden sind. Nicht umsonst wurde bei früheren Diskussionen immer wieder die Frage aufgeworfen, inwieweit Beratungsprotokolle ihrerseits eine Haftungsfalle darstellen. Ein mit Sorgfalt erstelltes Beratungsprotokoll hat den Vorteil, dass aus ihm hervorgeht, welche verschiedenen Informationen einem Anleger gegeben worden sind. Nicht selten spielen auch subjektive Einschätzungen und individuelle Verhältnisse des Anlegers eine Rolle. Dies erfordert ein umso gewissenhafteres Vorgehen bei Produktauswahl und Empfehlung.

Eine Anlageberatung muss stets anlegergerecht und anlegergerecht erfolgen. Die Vielzahl anfallender Beratungsprotokolle wird dazu führen, dass diese inhaltlich in einem gewissen Umfang standardisiert werden, soweit es z. B. um die anlagebezogene Beratung geht. Ausgenommen bleiben sollten jedoch die Passagen, die individuell den jeweiligen Anleger betreffen, die also die anlegergerechte Beratung betreffen. Zwar ist eine Anlageberatung stets individuell, so dass eigentlich deshalb eine Standardisierung des Protokolls fern liegend scheint. Wenn aber ein gewisser Kanon der in der Anlageberatung abzuhandelnden Themen sich standardisieren lassen sollte, ist es insoweit naheliegend, dass bezüglich solcher Themen der Anlageberatung auch das jeweilige Beratungsprotokoll standardisiert wird. Dies erleichtert insoweit auch die Überwachung von Protokollinhalten durch Finanzdienstleistungsinstitute.

Gleichwohl bleiben hier folgende Bedenken: *Der Sinn eines Protokolls ist, den Ver-*

lauf der Anlageberatung zu dokumentieren und nicht den Inhalt der Anlageberatung vorzugeben. Wie mithin Gerichte vor diesem Hintergrund für den Fall standardisierter Beratungsprotokolle entscheiden werden, ist ungewiss.

Für den Fall der Standardisierung von Beratungsprotokollen wurde die Frage thematisiert, ob solche Beratungsprotokolle als AGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen) anzusehen seien. Dies scheint mir aus folgenden Gründen nicht zutreffend zu sein: Ausgangspunkt ist ein zwischen einem Privatkunden und einem Anlageberater zustande gekommener Anlageberatungsvertrag. Dieser ist der Vertrag, nicht das Beratungsprotokoll. Von allgemeinen Geschäftsbedingungen spricht man nur, wenn für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen gestellt werden (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), nicht aber, wenn ein Beratungsprotokoll eine Dokumentation teilweise standardisierte Themen zum Inhalt hat, denn dadurch werden keine Vertragsbedingungen

In vielen Beratungsprotokollen werden zugleich standardisierte Regelungen integriert, beispielsweise im Hinblick auf den Wunsch, Verjährungsfristen abzukürzen oder Beratungsfehler wegen leichter Fahrlässigkeit nach Möglichkeit auszuschließen. Hier ist zu beachten, dass derlei Regelungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen sind und insofern die verschiedenen Klauselverbote insbesondere betreffend fingierte Erklärungen (§ 308 Nr. 5 BGB), Haftungsausschlüsse (§ 309 Nr. 7 und Nr. 8 BGB) und Beweislastverteilungen (§ 309 Nr. 12 BGB) zu beachten sind. ■

für den Anlageberatungsvertrag gestellt. Soweit die Frage diskutiert wird, ob ein Tonbandprotokoll ein Beratungsprotokoll ersetzen könne, ist auf § 34 Abs. 2a Satz 1 WpHG zu verweisen. Danach muss über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll angefertigt werden. ■

– ANZEIGE –

QUALITÄT WUNSCH ODER WIRKLICHKEIT?
 QUALITÄT WUNSCH ODER WIRKLICHKEIT?
 www.ausgezeichnete-maklerpools.de

In Zusammenarbeit mit finanzwelt, Redaktionsbüro Hamburg