

## Merkblatt

### Protokollierung der Anlageberatung

Ab dem 1. Januar 2010 müssen Mitarbeiter von Wertpapierhandelsunternehmen verpflichtend Beratungsgespräche schriftlich dokumentieren. Dies regelt das im August 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Neuerung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung (BGBl. I S. 2512). Durch das Gesetz entfällt außerdem die kurze Sonderverjährungsfrist bei fehlerhafter Beratung und emittierende Unternehmen müssen bei ihren Produktinformationen über Anlageprodukte ein neues Transparenzgebot berücksichtigen.

Das vorliegende Merkblatt stellt die Kernpunkte der gesetzlich eingeführten Neuerungen vor:

#### I. Dokumentationspflicht

Ab dem 01.01.2010 sind Wertpapierdienstleistungsunternehmen dazu verpflichtet, über jede (!) Anlageberatung bei einem Privatkunden ein schriftliches Protokoll anzufertigen (§ 34 Abs. 2a WpHG n.F.).

##### 1) Wer ist von der Regelung erfasst?

Die Dokumentationspflicht trifft nur Mitarbeiter von Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 2 Abs. 4 WpHG). Dies sind in jedem Falle Bankinstitute und sonstige Finanzdienstleister, die auch der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unterliegen. Dazu gehören jedoch auch Anlageberater, die gewerbsmäßig z. B. zum Kauf bzw. Verkauf von Aktien, Zertifikaten, Geldmarktinstrumenten, Devisen oder sonstigen Wertpapieren Empfehlungen abgeben.

##### 2) Wer ist nicht von der Regelung erfasst?

Anlageberater, die nur hinsichtlich des Kaufs oder Verkaufs von Investmentfondsanteilen, des Kaufs von Immobilien oder Rohstoffen, Empfehlungen abgeben, müssen keine Beratungsprotokolle erstellen. Nicht betroffen sind auch Versicherungsvermittler.

### 3) Was ist zu protokollieren?

In dem Beratungsprotokoll ist der wesentliche Ablauf des Beratungsgesprächs niederzulegen. Im Einzelnen hat die Dokumentation folgende Mindestangaben zu enthalten (§ 14 Abs. 6 WpDVerOV nF):

#### a) Anlass der Beratung

Hierbei muss deutlich werden, auf wessen Initiative das Beratungsgespräch zustande kam (auf eigene Nachfrage des Kunden, Hinweis eines Dritten bzw. Initiative des Instituts). Außerdem sollen die Angaben ggf. auch Aufschluss darüber geben, ob es Vorgaben eines Instituts an seine Mitarbeiter gab, Kunden auf bestimmte Produkte anzusprechen.

#### b) Dauer des Beratungsgesprächs

Die Angaben über die Dauer des Gesprächs sollen Rückschlüsse auf dessen Qualität und die Plausibilität der inhaltlichen Angaben zum Gesprächsverlauf ermöglichen.

#### c) Die der Beratung zugrunde liegenden Verhältnisse des Kunden

Hierbei sind Informationen über die persönlichen Verhältnisse des Kunden unerlässlich. Außerdem sind die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden mit Finanzinstrumenten und Wertpapierdienstleistungen, die Anlageziele und die finanziellen Verhältnisse des Kunden zu dokumentieren.

#### d) Anliegen des Kunden und der gewünschten Gewichtung der Anlage

Sollten sich Anlageziele einander widersprechen, so ist zu vermerken, welche Bedeutung der Kunde den Anlagezielen beimisst. Hat er etwa erklärt, eine sichere Anlage erwerben, gleichzeitig aber eine außergewöhnlich hohe Rendite erzielen zu wollen, so muss sich aus dem Protokoll ergeben, welches Ziel vorrangig sein sollte und inwieweit der Kunde insofern von dem Berater geleitet wurde.

#### e) Alle im Verlauf des Gesprächs erteilten Empfehlungen sowie die tragenden Gründe

Es ist zu erläutern, warum das ausgewählte Produkt für den Kunden am besten geeignet ist. Dabei sind auch Empfehlungen, die verworfen werden, darzulegen!

Im Anschluss an die Beratung, vor (!) Abschluss des Geschäftes, ist dem Kunden ein vom Berater unterzeichnetes Protokoll zur Verfügung zu stellen.

In der Praxis werden Software-Lösungen versuchen, ein möglichst vollständiges Protokoll mit Hilfe einer auszufüllenden Benutzeroberfläche sicherzustellen. Dennoch liegt es in der Verantwortung des jeweiligen Beraters, eine individuelle Aufklärung des jeweiligen Kunden herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund werden auch bei der Verwendung von Software-Lösungen auf dem Einzelfall gerecht werdende individualisierte Eintragungen des Beraters unabdinglich sein.

#### Besonderheiten bei der Telefonberatung

Wählt der Kunde für Anlageberatung und Geschäftsabschluss Kommunikationsmittel, die die Übermittlung des Protokolls vor dem Geschäftsabschluss nicht gestatten (z. B. eine Telefonberatung), muss das Wertpapierdienstleistungsunternehmen eine Ausfertigung des Protokolls dem Kunden unverzüglich nach Abschluss der Anlageberatung zusenden. In diesem Fall kann der Geschäftsabschluss auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden vor Erhalt des Protokolls erfolgen, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen dem Kunden für den Fall, dass das Protokoll nicht richtig oder nicht vollständig ist, ausdrücklich ein innerhalb von einer Woche nach dem Zugang des Protokolls auszuübendes Recht zum Rücktritt von dem auf der Beratung beruhenden Geschäft einräumt. Der Kunde muss auf das Rücktrittsrecht und die Frist hingewiesen werden. Ferner ist der Wunsch des Kunden zum Geschäftsabschluss vor Übersendung des Protokolls in das Protokoll aufzunehmen. In diesem Zusammenhang sei explizit auf die Verteilung der Beweislast hinzuweisen. So hat das Kreditinstitut im Streitfall die Richtigkeit des Protokolls und dessen Zugang beim Kunden zu beweisen. Es bleibt abzuwägen, ob die hiermit ggf. verbundenen Risiken wirtschaftlich gerechtfertigt werden können, oder ob es sich anbietet, den sofortigen Geschäftsabschluss bei telefonischer Beratung aus dem Angebot des Unternehmens zu nehmen.

## **II. Abschaffung der Sonderverjährungsfrist des § 37a WpHG**

Neben der Statuierung oben skizzierter Dokumentationspflichten ist durch die Aufhebung des § 37a WpHG für ab dem 05.08.2009 entstandene Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung eine Anpassung der kapitalmarktrechtlichen Verjährungsfristen an die regelmäßige Verjährung erfolgt.

Maßgeblich sind nunmehr also §§ 195 ff. BGB, so dass Schadensersatzansprüche wegen Falschberatung nicht mehr wie bisher 3 Jahre nach Vertragsschluss verjähren. Vielmehr beginnt die dreijährige Verjährungsfrist zum Schluss des Jahres,

- in dem der Anspruch entstanden ist **und**
- der Anleger Kenntnis von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis hätte erlangen müssen.

Unabhängig von der Kenntnis bzw. der grob fahrlässigen Unkenntnis des Anlegers tritt die Verjährung spätestens zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs ein.

## **III. Das Transparenzgebot des § 3 SchVG**

Gem. § 3 SchVG muss die vom Schuldner versprochene Leistung anhand der Anleihebedingungen durch einen Anleger ermittelt werden können. Dies hat zur Folge, dass nunmehr zum Teil sehr komplexe Anlageprodukte so beschrieben werden müssen, dass sie sich dem Kunden erschließen. Allgemein erwartbare Vorkenntnisse des jeweiligen Adressatenkreises können bei der Abfassung der Bedingungen berücksichtigt werden. Wie hoch die Anforderungen in diesem Bereich sein werden, wird durch die Rechtsprechung zu klären sein und kann von Produkt zu Produkt variieren.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Nach der Gesetzesbegründung kommen je nach Schwere des Verstoßes die Auslegung der Anleihebedingungen, ein Schadensersatzanspruch des Anlegers gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB oder die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB in Betracht. Wie die Rechtsprechung die in diesen Fällen sicherlich fließenden Grenzen zieht, bleibt ebenfalls abzuwarten.