

Protokoll sollte zur Routine werden



Beweiskraft gilt als wichtigste Funktion der Dokumentation – Auch der Graue Kapitalmarkt sollte sich jetzt schon auf die neuen Regeln einstellen

Von STEPHANIE DEBLITZ

Pläne zur Regulierung des Vertriebs von Finanzprodukten und Maßnahmen zum Schutz privater Anleger werden in Fachkreisen schon seit geraumer Zeit immer wieder erörtert. Im Zuge der Wirtschaftskrise ist dieses Thema nun auch in den Fokus der öffentlichen Diskussion gerückt. Vorläufiger Höhepunkt der gesetzgeberischen Bemühungen um effektiven Verbraucherschutz war das Inkrafttreten des „Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“

am 05.08.2009. Durch dieses Gesetz wurde unter anderem § 34 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) um die Absätze 2a und 2b ergänzt, die nun jedes Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichten, „über jede Anlageberatung bei einem Privatkunden ein schriftliches Protokoll an[zufertigen“. Gemäß der Übergangsregelung des § 47 WpHG gilt dies für alle Beratungsgespräche, die nach dem 31.12.2009 stattfinden.

Da bislang kein brancheneinheitliches Muster existiert, liegt es allein in der Verantwortung des beratenden Instituts,

aus dem Dickicht vorhandener Protokollentwürfe einen passenden auszuwählen oder alternativ ein eigenes Dokument zu erstellen. Haftungsrechtlich betrachtet, macht es keinen Unterschied, ob eine eigene oder eine fremde Vorlage verwendet wird. Gewähr für seine rechtliche Unangreifbarkeit bietet unter Umständen nicht einmal das Muster eines übergeordneten Verbandes (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.2009 – XI ZR 156/08 – Widerrufsbelehrung nach Muster des Bankenverbandes).

Unabhängig von der Frage, ob ein eigenes Dokument entwickelt oder ein

Musterprotokoll eines Fremdanbieters verwendet wird, müssen darin in jedem Fall die gesetzlichen Mindestangaben enthalten sein. Gemäß dem neu eingefügten § 14 Abs. 6 Wertpapierdienstleistungs-, Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVerOV) sind dies im Wesentlichen Anlass und Dauer des Beratungsvorganges, Informationen über persönliche Verhältnisse, Anlageziele und -prioritäten des Kunden sowie die auf dieser Basis erteilten Empfehlungen nebst Begründung. Das Protokoll ist sodann gemäß § 34 Abs 2a WpHG von demjenigen zu unterzeichnen, der auch die Beratung durchgeführt hat. Eine Ausfertigung ist unverzüglich nach Abschluss der Beratung dem Kunden zur Verfügung zu stellen. Erst nach Aushängung des Protokolls soll dann das Anlagegeschäft vorgenommen werden.

Gefahr ausgedehnter Rechtsdiskussionen

Im Einzelnen werden der Inhalt und die exakte Bedeutung dieser Mindestanforderungen noch näherer Konkretisierung bedürfen (so auch die Bedenken des Bundesrats mit Stellungnahme vom 03.04.2009, BR-Drs. 180/09). Selbst scheinbar unproblematische Tatbestandsmerkmale können im Ernstfall reichlich Anlass zu ausgedehnten Rechtsdiskussionen bieten. So wird zu klären sein, wann ein tatsächlicher „Abschluss“ der Beratung vorliegt (z. B. in Fällen langfristiger Vermögensbetreuung), wer bei Beteiligung mehrerer Berater die Beratung denn nun verantwortlich „durchgeführt“ hat oder auch, wie präzise die Gründe für die erteilten Empfehlungen festgehalten werden müssen (nur Pro oder auch Contra).

Darüber hinaus sollte das beratende Institut die Entwicklung der Rechtsprechung zu Schadensersatzansprüchen bei Beratungspflichtverletzungen beobachten. Auf diese Weise kann das Bewusstsein für relevante Umstände geschärft werden, die in die verwendeten Protokollmuster einfließen sollten – auch wenn diese nicht zu den gesetzlichen Mindestangaben gehören. Denn in jedem Fall gilt: Je umfangreicher der Beratungsvorgang dokumentiert ist, desto größer sind die Chancen, im Streitfall eine sorgfältige und sachgerechte Aufklärung und Beratung des Kunden beweisen zu können.

In dieser Beweiskraft des Protokolls dürfte auch seine wichtigste Funktion liegen. Zwar muss nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen immer die Partei, die sich auf fehlende Risikohinweise beruft, beweisen, dass die Hinweise tatsächlich nicht erteilt wurden. Ein solcher Beweis „negativer Tatsachen“ (= Nichterteilung eines erforderlichen Hinweises) führt aber im Zivilprozess in der Regel dazu, dass der Anspruchsgegner Tatsachenvortrag „vorlegen“ muss. Der Berater muss also detailliert darlegen, über welche Risiken er in welcher Form aufgeklärt hat, um dem Kunden eine Erwiderung zu ermöglichen. Die Beweislast für die Vollständigkeit und Schlüssigkeit des erstellten Protokolls trägt das beratende Institut. An dieser Stelle kann es streitentscheidend sein, wenn ein ausführliches, in besonderer Weise auf den konkreten Einzelfall bezogenes Protokoll vorgelegt werden kann.

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, die Beratungsprotokolle länger aufzubewahren als die gesetzlich vorgeschriebenen fünf Jahre ab Erstellung. Um ganz sicher zu gehen, empfiehlt es sich, die Aufbewahrung der Unterlagen an der kenntnisunabhängigen Höchstverjährungsfrist von zehn Jahren ab Entstehung möglicher Ansprüche auszurichten.

Anwendungsbereich der Neuregelung

Die neuen Vorgaben erfassen gemäß § 2 Abs. 4 WpHG im Wesentlichen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, die gewerbsmäßig Wertpapierdienstleistungen anbieten. Der so genannte Graue Kapitalmarkt ist gegenwärtig von den verschärften Anforderungen noch nicht betroffen.

Aber auch wenn die Neuregelungen in erster Linie auf Beratungen durch Wertpapierhandelsunternehmen im Sinne des WpHG zugeschnitten sind, lassen sich die der Gesetzesänderung zugrundeliegenden Wertungsgesichtspunkte unproblematisch auch auf Beratungsvorgänge auf dem Gebiet des Grauen Kapitalmarkts übertragen. Die Forderung nach mehr Anlegerschutz auf dem Grauen Kapitalmarkt wird immer lauter (Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 180/09, Ziffer 11; Fraktionsantrag, BT-Drs. 16/13402; Stellungnahme

des vzbv vom 29.06.2009). Daher ist es nur noch eine Frage der Zeit, bis vergleichbare Regelungen auch für den Bereich des bislang unreglementierten Kapitalmarkts in Kraft treten werden. Das Bundesfinanzministerium hat bereits mit Pressemitteilung vom 03.03.2010 (Nr. 8/2010) angekündigt, im April 2010 einen Diskussionsentwurf eines Gesetzes vorzulegen, das unter anderem „strengere Anlegerschutzbestimmungen im Grauen Kapitalmarkt“ enthalten soll.

Detaillierte Dokumentation sollte Routine werden

Die Tatsache, dass die Protokollpflicht gegenwärtig noch nicht alle Beratungsgegenstände erfasst, sollte daher nicht als Freifahrtschein betrachtet werden, Produkte des Grauen Kapitalmarkts auch weiterhin wie gewohnt zu präsentieren. Vielmehr sollte die Einführung der Protokollpflicht zum Anlass genommen werden, sämtliche Beratungsvorgänge bereits jetzt strukturell so weit umzustellen, dass auch der Vertrieb der (noch) nicht erfassten Produkte den neuen Anforderungen genügt. Die detaillierte Dokumentation des Inhalts und Umfangs der geführten Beratungsgespräche sollte in jedem Fall selbstverständliche Routine werden und nicht als (mehr oder weniger) notwendiges Übel betrachtet werden. Eine solche Handhabung wird die Umstellung erheblich erleichtern, die erforderlich werden wird, sobald auch der Graue Kapitalmarkt den geltenden Dokumentationspflichten unterworfen wird.

„Je umfangreicher der Beratungsvorgang dokumentiert ist, desto größer sind die Chancen, im Streitfall eine sorgfältige und sachgerechte Aufklärung und Beratung des Kunden beweisen zu können. In dieser Beweiskraft des Protokolls dürfte auch seine wichtigste Funktion liegen.“

Stephanie Deblitz, Rechtsanwältin,
mzs Rechtsanwältin, Düsseldorf