



Aktuelle Rechtsfragen der  
Berater- und Vermittlerhaftung

## Zur Person

Daniel Berger

36 Jahre

Rechtsanwalt

Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz



Aktuelle Rechtsfragen der  
Berater- und Vermittlerhaftung

## Die Kanzlei

seit 1998, Berlin

hochspezialisierte Rechtsanwälte in der Kanzlei

Kapitalanlage  
Versicherungsrecht  
Vermittlerrecht



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Bedeutung der Berater- und Vermittlerhaftung

- Ø Zunahme der Prozesse in den letzten 10 Jahren
- Ø Bedingt durch diverse Krisen im Finanzsektor
- Ø Verstärkt durch aggressive Werbung von Anlegerschutzanwälten und -vereinen
- Ø Häufig der letzte verbleibende Anspruchsgegner, wenn Ansprüche gegen Prospektverantwortliche und Initiatoren wegen Insolvenz oder Verjährung nicht mehr durchsetzbar sind
  
- Ø Aber: Gegebenenfalls wieder Abnahme, da seit 2004 regelmäßig Risikoausschluss in Rechtsschutzversicherungsbedingungen



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Aktuelle Brennpunkte

- Ø Negativberichterstattung
- Ø Plausibilitätsprüfung
- Ø Weiche Kosten
- Ø Kick Backs



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Überblick über die Pflichten von Vermittler und Berater

#### Vermittler

- §Aufklärung über alle wesentlichen Umstände/Risiken
- §Plausibilitätsprüfung

#### Berater

- §Zusätzlich: Bewertung der individuellen Anlageeignung (anlegergerechte Beratung)

ØPflichtverletzung führt in aller Regel zur vollen Haftung (es wird vermutet, dass der Anleger bei zutreffender Aufklärung/Beratung von der Anlageentscheidung vollständig Abstand genommen hätte)



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Abgrenzung Vermittler - Berater

Vermittler wird im Interesse des Kapitalsuchenden tätig und versucht werbend dessen Produkt zu verkaufen. Berater steht hingegen im Lager des Anlegers. Abgrenzung ist im Einzelfall zu treffen und häufig schwierig.

§Finanzdienstleister muss sich seinen werblichen Außenauftritt entgegenhalten lassen (BGH III ZR 71/05).

§Unerheblich ist, ob Finanzdienstleister ein Beratungshonorar vom Anleger erhält.

§Bei einer Bank dürfte in der Regel von einer Anlageberatung auszugehen sein (vgl. BGH III ZR 75/06).



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Risikoaufklärung

Mündlich und/oder durch Prospekt (BGH III ZR 302/07: auch für Berater)

Voraussetzungen für Aufklärung durch Prospekt:

§ Prospekt enthält hinreichende Risikoangaben

§ Rechtzeitige Prospektübergabe (1 Wo ausreichend)

§ Keine Entwertung durch mündliche Verharmlosung – BGH III ZR 83/06  
(unschädlich ist hingegen, wenn nur bestimmte Risiken mündlich  
angesprochen werden – BGH III ZR 145/06)



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Beweislast

Beweislast für fehlende oder fehlerhafte Aufklärung liegt grundsätzlich beim Anleger.

§ Gilt auch für nicht rechtzeitige Prospektübergabe (BGH III ZR 205/05)

§ Finanzdienstleister hat aber sekundäre Darlegungslast.

Ø Praxistipp: Lassen Sie sich den Zeitpunkt der Übergabe schriftlich bestätigen.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Beweislast

Beweislastumkehr bei fehlerhaftem Prospekt?

So BGH XI ZR 264/08:

„Der Anlageberater, der dem Anlageinteressenten in dem Beratungsgespräch einen Verkaufsprospekt vorlegt und diesen zur Grundlage seiner Beratung macht, obwohl dieser Prospekt fehlerhaft ist, hat den Anleger falsch beraten. Die Pflichtverletzung des Anlageberaters steht dann aufgrund der Übergabe des falschen Prospektes fest. Sie entfällt nur dann, wenn der Berater diesen Fehler berichtigt hat. Dafür, dass er dies getan hat, ist aber der Anlageberater und nicht etwa der Anleger beweispflichtig.“



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Beweislast

Beweislastumkehr fehlerhaftem Prospekt?

Andere Ansicht wohl BGH V ZR 114/07:

„Der Käufer trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Verkäufer seine Pflichten aus einem Beratungsvertrag verletzt hat, auch dann, wenn dieser ihm ein unvollständiges und insoweit fehlerhaftes Berechnungsbeispiel zur Ermittlung des monatlichen Eigenaufwands vorgelegt hat. Die schriftliche Beratungsunterlage trägt nicht die Vermutung, dass dem Kaufinteressenten keine weiteren, über die schriftliche Berechnung hinausgehenden Informationen erteilt worden sind.“



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Negativberichterstattung

Ob in unter welchen Voraussetzungen eine bestehende Negativberichterstattung in der Wirtschaftspresse aufklärungspflichtig ist, war lange umstritten.

Nunmehr BGH XI ZR 89/07 (für Banken) und III ZR 302/07 (für freie Berater): Finanzdienstleister muss nicht die gesamte Wirtschaftspresse auswerten. Auswertungspflicht bei privater Anleihe nur für *Börsenzeitung*, *Financial Times Deutschland*, *Handelsblatt* und *FAZ*.

Für andere Publikationsorgane (z.B. k-mi, gerlach-Report, Wirtschaftwoche) Aufklärungspflicht nur bei Kenntnis des Artikels. Ggf. auch bei massiver Negativberichterstattung, da Finanzdienstleister verpflichtet ist, eine hinreichende Anzahl an Publikationsorganen vorzuhalten.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Negativberichterstattung

Pflichtverletzung aber in jedem Fall nur, wenn

§die Berichterstattung zeitnahe zur Zeichnung erfolgte, sie also noch aktuell ist;

§in dem jeweiligen Artikel ein für sich gesehen aufklärungspflichtiger Umstand mitgeteilt wird, der über ein bloßes Werturteil hinausgeht.

Aufklärungspflichtig ist damit im Ergebnis nicht der Negativartikel an sich, sondern der dort mitgeteilte Umstand. Keine Pflichtverletzung daher, wenn nur über Risiken der Anlage berichtet wird, die sich bereits aus dem Prospekt ergeben.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Negativberichterstattung

Einen aufklärungspflichtigen Artikel im *Handelsblatt* muss der Vermittler selbst dann kennen und mitteilen, wenn der Artikel erst 3 Tage vor Zeichnung erschienen ist (BGH III ZR 302/08).

§Grund: *Handelsblatt* erscheint täglich und ist daher besonders geeignet über aktuelle Entwicklungen im Finanzsektor zu informieren.

§*Handelsblatt* ist damit unverzichtbare Pflichtlektüre (Kritik: gerichtlicher Eingriff in die Pressefreiheit, kaum Berichte über grauen Kapitalmarkt).

§Offen gelassen, ob dies auch für *Börsenzeitung*, *Financial Times Deutschland* und *FAZ* gilt (eher zu bejahen, da diese ebenfalls täglich erscheinen).



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Plausibilitätsprüfungspflicht

BGH in ständiger Rechtsprechung: „Der Anlagevermittler muss das Anlagekonzept, bezüglich dessen er Auskunft erteilt, wenigstens auf Plausibilität, insbesondere wirtschaftliche Tragfähigkeit hin überprüfen. Ansonsten kann er keine sachgerechten Auskünfte erteilen. Unterlässt er diese Prüfung, muss der Anlagevermittler den Interessenten hierauf hinweisen.“

Beinhaltet neben einer Handlungsverpflichtung auch eine Haftungsbegrenzung: Der Vermittler haftet nicht automatisch für Prospektfehler, sondern nur dann, wenn diese im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung hätten erkannt werden können.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Plausibilitätsprüfungspflicht

Umfang der Prüfungspflicht:

§In jedem Fall Risikoangaben und wirtschaftliche Plausibilität (kann z.B. zweifelhaft sein bei garantiertem hohem Renditeversprechen oder hohen weichen Kosten)

§Im Übrigen abhängig davon ab, als wie kompetent sich der Vermittler geriert. Sonderfachwissen, für dessen Erlangung ein Studium Voraussetzung ist, kann nur verlangt werden, wenn sich der Vermittler einer entsprechende Ausbildung berühmt (BGH III ZR 17/08).

§Weitergehende Ermittlungspflichten nur, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Prospektangaben bestehen (BGH III ZR 17/08).

§Wohl strengere Pflichten für Berater: Üblicher bzw. bankenüblicher kritischer Sachverstand (BGH III ZR 302/07 und XI ZR 89/07).



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Plausibilitätsprüfungspflicht

#### Einzelprobleme

§Positives Wirtschaftsprüfungsgutachten entlastet Vermittler nicht (BGH XI ZR 264/08 sowie VII ZR 340/88). Ist jedoch in der Regel Voraussetzung für Versicherungsschutz bei der Vermögensschadenshaftpflichtversicherung.

§Prüfungspflicht wohl auch für Bonität des Kapitalsuchenden (BGH III ZR 382/02), sofern es darauf ankommt (z.B. bei Anleihen).

§Bei Immobilien-Fonds: Erzielbarkeit der prospektierten Mieten (BGH III ZR 413/04). Prospektangaben müssen aber nur vertretbar sein, eine optimistische Prognose ist zulässig (BGH XI ZR 337/08).

§Prospektergänzungen sind in jedem Fall in Erfahrung zu bringen und auszuwerten.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Plausibilitätsprüfungspflicht

Neuester Trend: In jüngster Zeit wird verstärkt geltend gemacht, die Anlage sei aufgrund hoher weicher Kosten unwirtschaftlich, oder die weichen Kosten seien nur unzureichend dargestellt.

Unwirtschaftlichkeit wegen hoher weicher Kosten:  
Meist widerlegbar, erfordert aber Sachkenntnis und nähere Befassung

Problematischer: intransparente oder irreführende Darstellung der weichen Kosten. Hier ist Vorsicht geboten, wenn im Investitionsplan keine strikte Trennung zwischen weichen und sonstigen Kosten erfolgt (z.B. Baukosten und Vertriebspositionen werden in einer Position zusammengefasst) oder unklare, verschleiende Begriffe verwendet werden (z.B. Werbung, Marketing).



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Plausibilitätsprüfungspflicht

Keine Pflichtverletzung, wenn Vermittler ausdrücklich darauf hinweist, dass er keine eigene Plausibilitätsprüfung durchgeführt hat, sondern seine Beurteilung nur auf den Angaben des Kapitalsuchenden beruht.

Fraglich ist, ob insoweit ein Hinweis „im Kleingedruckten“ ausreicht.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Plausibilitätsprüfungspflicht

Beweislast:

§Anleger für Prospektfehler

§Vermittler für fehlende Erkennbarkeit des Prospektfehlers im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung

§Offen für Behauptung des Vermittlers, er habe den Anleger ausdrücklich darauf hingewiesen, keine Plausibilitätsprüfung durchgeführt zu haben (BGH XI ZR 264/08 könnte darauf hindeuten, dass Beweislast bei Vermittler liegt)



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Kick Backs

Eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berät und Fondsanteile empfiehlt, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen erhält, hat diesen Kunden über eine solche Rückvergütung aufzuklären hat, um ihm einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offenzulegen (BGH XI ZR 56/05; XI ZR 510/07; XI ZR 586/07).

§Aufklärungspflichtig ist grundsätzlich auch die Höhe der Rückvergütung.

§Aufklärungspflicht gilt für alle Kapitalanlagen.

§Aufklärungspflicht gilt nicht erst seit BGH XI ZR 56/05 (19.12.2006)



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Kick Backs

Aber: Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen nur dann vor, wenn - anders als hier - Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen (BGH XI ZR 338/08).

Möglicherweise daher auch für Banken keine Aufklärungspflicht für „normale“ Innenprovisionen, sondern für nur Rückvergütungen aus dem Agio (Entwicklung bleibt abzuwarten).



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Kick Backs

Kick Back Rechtsprechung gilt grundsätzlich nur für Banken. Der freie Berater hat jedenfalls dann nicht ungefragt über erhaltene Provisionen aufzuklären, wenn der Anleger keine Provision zahlt und die offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden (BGH III ZR 196/09).

#### Gründe:

§Bei einem freien Berater muss der Kunde wissen, dass dieser nicht umsonst arbeitet und daher seine Entlohnung von der Anlagegesellschaft erhält.

§Interessenkonflikt kann sich daher nur aus der Provisionshöhe ergeben. Da dem Anleger das generelle Provisionsinteresse aber bekannt ist, obliegt es ihm, wegen der Höhe nachzufragen.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Kick Backs

Ausnahmen, bei denen auch für freie Berater eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen zu erwägen ist:

- § Honorarberatung
- § Agio/Innenprovisionen sind im Prospekt nicht ausgewiesen
- § Berater (auch Vermittler) erhält höhere Provisionen als im Prospekt ausgewiesen
- § Ggf. im Wertpapierbereich wegen § 31d WpHG (vom BGH offen gelassen)



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Kick Backs

Sonderproblem: Ist für den reinen Investmentfondsberater mit einer Zulassung nach § 34c GewO weiterhin eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen denkbar, da der BGH eine Anwendbarkeit der Kick Back Rechtsprechung im Wertpapierbereich wegen § 31d WpHG ausdrücklich offen gelassen hat?

- Antwort: Eher nicht, die Vermittlung von Investmentfonds stellt zwar eine Wertpapierdienstleistung dar. Allerdings gilt § 31d WpHG nur für Wertpapierdienstleistungsinstitute (Banken, Finanzdienstleistungsinstitute mit KWG-Zulassung). Der reine Investmentfondsvermittler gilt nach § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG hingegen nicht als Wertpapierdienstleistungsinstitut.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Anlegergerechte Beratung (Beratungsprotokoll)

Empfohlene Anlage muss unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, der Anlageziele und der Risikobereitschaft des Anlegers für diesen individuell geeignet sein. Zur Dokumentation dient das Beratungsprotokoll.

§Pflicht nur im Wertpapierbereich (§ 34 Abs. 2a WpHG)

§Aber auch hier keine Umkehr der Beweislast bei fehlendem Protokoll (strittig)



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Anlegergerechte Beratung (Beratungsprotokoll)

Sonderproblem für Banken und zugelassene Finanzdienstleistungsinstitute bei Wertpapierberatung im Fernabsatz (insbesondere telefonische Beratung): Einwöchiges Rücktrittsrecht des Anlegers bei Wertpapiergeschäften, wenn ihm Protokoll erst nach Geschäftsabschluss zugeht und unrichtig oder unvollständig ist. Beweislast für Richtigkeit/Vollständigkeit liegt bei Finanzdienstleister!

Empfehlung: Immer erst Protokoll zukommen lassen, bevor Sie Geschäft ausführen. Per Email oder Fax ausreichend (dauerhafter Datenträger), am Besten noch Empfang bestätigen lassen.



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Anlegergerechte Beratung (Beratungsprotokoll)

Was sollte in ein Protokoll?

1. Vermögensverhältnisse (einschließlich bislang gehaltene Anlagen)
2. Anlageziele
3. Risikobereitschaft
4. Erfahrungen/Kenntnisse
5. Ggf. Hinweis, dass keine individuelle Beratung gewünscht ist bzw. der Anleger keine Angaben zu 1. - 4. machen will
6. Anzahl der Gespräche
7. Risiken der gewählten Anlage
8. Zeitpunkt der Prospektübergabe
9. Hinweis auf unterlassene Plausibilitätsprüfung
10. Banken: Hinweis auf vereinnahmte Provisionen



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Einzelne Risiken

Aktien:	Totalverlustrisiko, Volatilität
Aktienfonds:	Verlustrisiko, Volatilität
Zertifikate:	Emittentenrisiko (=Totalverlustrisiko), im Übrigen abhängig von Bedingungen
Geschlossene Fonds:	Totalverlustrisiko, eingeschränkte Fungibilität, Gefahr der Rückzahlung von Entnahmen



## Aktuelle Rechtsfragen der Berater- und Vermittlerhaftung

### Ausblick (mit welchen Änderungen ist zukünftig zu rechnen)

- ∅ Regulierung auch des grauen Kapitalmarktes, insbesondere Erlaubnispflicht auch für Vermittlung geschlossene Fonds
  - § Danach: Sachkundenachweis, Vermögensschadenshaftpflicht, Protokollpflicht, Finanzdienstleistungsregister
  - § Diskussionsentwurf Wirtschaftsministerium: KWG-Erlaubnis für alle Finanzprodukte
  
- ∅ Umkehr der Beweislast wird auf absehbare Zeit nicht kommen.