

Auf dem Vormarsch...



Haftungsdächer für Anlageberater und Vermittler schienen noch in 2008 auf dem Rückzug. Nicht nur die aktuellen Zahlen der BaFin, sondern auch zunehmend Haftungsfälle in der Praxis zeigen, dass sie tatsächlich aktueller denn je sind.

Text: Thomas Zacher

Haftungsdächer für selbstständige Vermittler von Finanzinstrumenten schienen in 2008 ein Auslaufmodell zu sein. Bei gebundenen Vermittlern im Sinne des Kreditwesengesetzes (KWG) meldete die BaFin einen steten Rückgang. Erbrachten Ende 2001 noch 14.533 gebundene Vermittler unter der Haftung von 130 Instituten erlaubnispflichtige Finanzdienstleistungen, so waren es Ende 2006 nur noch 3.358 Unternehmen unter dem Dach von 82 Instituten. Der Berliner Professor Dr. **Hans-Peter Schwintowski** meinte noch Ende 2008, dass die „hoch ambitionierte Idee des Haftungsdaches“ zunehmend „ein Flop“ sei. Von den ursprünglich etwa 30 Haftungsdächern seien bei rückläufiger Tendenz nur noch zehn am Markt.

Tatsächlich weist der aktuelle Jahresbericht 2008 der BaFin jetzt wiederum rund 50.000 selbstständige, aber vertraglich gebundene Vermittler auf, welche Finanzinstrumente für etwa 180 Institute vermitteln. Wo liegen die Gründe für dieses Auf und Ab?

Die Sonderregelung für freie Mitarbeiter bei der Anlage- und Abschlussvermittlung gem. Paragraph 2 Abs. 10 KWG besteht im Kern bereits seit Langem, ihre Ausgestaltung hat sich aber stark geändert. Bis 1. November 2007 war ein Haftungsdach nur dann erforderlich, wenn Anlage- oder Abschlussvermittlung ohne eigene Banklizenz im Sinne von Paragraph 32 KWG insbesondere bei Wertpapieren betrieben wurde.

Der durchaus mit Blick auf Strukturvertriebe, aber keineswegs auf diese beschränkten Sonderregelung lag der Gedanke zugrunde, dass eine Beaufsichtigung der gebundenen Vermittler nicht notwendig sei, weil die mithaftenden Unternehmen als Haftungsdächer selbst den Wohlverhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetzes und den Vorschriften des KWG unterlagen.

Schutz mehrerer Haftungsdächer

Durch das Erfordernis einer zivilrechtlichen Einstandspflicht des Haftungsdaches für den angezeigten gebundenen Vermittler wurde zudem eine hinreichende Sicherung für die Anleger erreicht. Paragraph 2 Abs. 10 KWG enthält jedoch keine eigene – zivilrechtliche – Haftungsverpflichtung des Haftungsdaches zugunsten der Anleger, welche mit einem gebundenen Vermittler in Kontakt stehen. Vielmehr bedarf diese einer gesonderten Begründung, was in der Praxis im Regelfall durch eine entsprechende Haftungsübernahmeerklärung zugunsten der Kunden durch das Haftungsdach geschieht.

Nach früherem Recht war es dabei auch möglich, dass ein Vermittler an mehrere Haftungsdächer „gebunden“ war, wobei diese jedoch die gesamtschuldnerische Haftung für seine Tätigkeit übernehmen mussten. Im Außenverhältnis zum Kunden ließ sich eine Haftungsbegrenzung des Haftungsdaches auf einzelne KWG-pflichtige Produkte nicht erreichen. Der Innenaus-

gleich im Haftungsfall gegenüber dem Vermittler oder gegebenenfalls einem anderen eigentlich „zuständigen“ Haftungsdach blieb davon unberührt.

Zum Teil führte diese recht liberale Handhabung auch dazu, dass Unternehmen, welche aufgrund von Altregelungen oder der Erfüllung aktueller Bestimmungen die Voraussetzungen des Paragraph 32 KWG erfüllen konnten, die Funktion als Haftungsdach mehr oder weniger als selbstständige Dienstleistung im Vertriebsbereich anboten, um Vermittlern weiterhin eine umfassende Angebotspalette bei den Vermittlungsleistungen zu ermöglichen. Damit waren die Vermittler zwar eigentlich nicht mehr „für Rechnung“ solcher Haftungsdächer tätig.

Durch entsprechende Gestattung des Provisionsflusses konnte dieser Umstand jedoch durchaus verdeckt werden. Die spätere Einführung einer besonderen Versicherungspflicht für die gebundenen Vermittler eines Haftungsdaches durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz – welche zwischenzeitlich durch das FRUG (Finanzmarkt-Richtlinien-Umsetzungsgesetz) wieder aufgehoben wurde – regulierte diesen „Markt der Haftungsdächer“ zwar etwas, ohne ihn aber substantiell einzuschränken.

Die Überwachungs- und Organisationspflichten, insbesondere aber auch zunehmend praktisch werdende Haftungsfälle mit zum Teil erheblichen Haftungssummen führten dann unter anderem zu dem noch in 2008 festgestell-

ten Rückgang bei den Haftungsdächern. Die damit verbundenen Risiken blieben nur für solche Unternehmen attraktiv, welche ein hohes wirtschaftliches Eigeninteresse an dem entsprechenden Vertrieb über selbstständige Vermittler hatten und mehr als nur ihre Haftungsdachfunktion vermarkten wollten.

Konkrete Empfehlungen verboten

Mit der MiFID haben sich allerdings die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert. Auch die gewerbsmäßige Anlageberatung ist jetzt grundsätzlich erlaubnispflichtig. Die weiterhin geltende – und nunmehr auch auf die Anlageberatung ausgedehnte – Ausnahmeregelung für Investmentanteile kann nur begrenzt zur Entwarnung beitragen. Zwar ist die Beratung wie die Vermittlung im Hinblick auf Investmentanteile – wie ebenso die Beratung beziehungsweise Vermittlung bei geschlossenen Fonds – generell KWG-erlaubnisfrei, in der Praxis ist diese scheinbar klare Trennung jedoch nur begrenzt durchzuhalten.

Der Kunde erwartet im Regelfall eine Abgrenzung oder Gegenüberstellung der vorgeschlagenen erlaubnisfreien Anlageprodukte mit anderen, aber erlaubnispflichtigen Anlageprodukten, wie zum Beispiel Aktien oder Anleihen. Gegebenenfalls kann sich bei der Beratung auch die Empfehlung ergeben, derartige beim Kunden vorhandene Produkte ganz oder teilweise abzubauen und stattdessen in andere Produkte zu investieren. Dabei ist grundsätzlich auch eine negative beziehungsweise abgrenzende Empfehlung, wenn sie sich auf bestimmte Finanzinstrumente bezieht, erlaubnispflichtig.

Wenn der Kunde einen Rat dazu erbittet, welche konkreten Aktien er denn am besten veräußern solle, muss der Anlageberater ohne KWG-Erlaubnis von Rechts wegen eigentlich die Antwort verweigern. Dies ist oft unrealistisch. Ein Grund, warum die unter einem Haftungsdach gebundenen Vermittler in letzter Zeit wieder stark zugenommen haben. Es ist für alle Beteiligten ohne eigene KWG-Erlaubnis der sicherere Weg, die Sonderregelungen für gebundene Vermittler in Anspruch zu nehmen.

Neben der Anlageberatung, Anlage- und Abschlussvermittlung sowie dem Platzierungsgeschäft dürfen allerdings keine Bankgeschäfte durchgeführt werden. Auch die erlaubten Tätigkeiten müssen inzwischen ausschließlich für Rechnung und unter Haftung eines einzigen Einlagenkreditinstitutes oder Wertpapierhandelsunternehmens stattfinden. Die besondere Versicherungspflicht für die gebundenen Vermittler

bei derartigen Instituten ist wieder weggefallen. Da sich die Aufsicht der BaFin über die Haftungsdächer selbst auch auf die für sie tätigen gebundenen Vermittler bezieht, berücksichtigt die BaFin die mit gebundenen Vermittlern verbundenen zusätzlichen Haftungsrisiken bei den Eigenkapitalanforderungen.

Im Übrigen müssen die Institute die unter ihr Haftungsdach genommenen gebundenen Vermittler sorgfältig auswählen und laufend überwachen, was der BaFin im Falle einer Überprüfung gegebenenfalls nachzuweisen ist. Schließlich ist eine förmliche Anzeige des Haftungsdaches über die von ihm gebundenen Vermittler erforderlich. Hierbei führt die BaFin über die ihr angezeigten vertraglich gebundenen Vermittler ein öffentliches Register im Internet. Die haftenden Unternehmen können inzwischen selbst im sogenannten „schreibenden Zugriff“ ihre Angaben in das internetgebundene Register einstellen.

Praktische Umsetzung erleichtert

Dies ist durchaus eine spürbare Vereinfachung in der praktischen Umsetzung. Die vom KWG nicht unmittelbar geregelten zivilrechtlichen Haftungsfragen können im Einzelfall jedoch weiterhin schwierig bleiben.

Zwar wird aufsichtsrechtlich grundsätzlich eine umfassende Haftung für den gebundenen Vermittler gefordert; zugleich ist aber im KWG eindeutig geregelt, dass auch ein Haftungsdach nur die gesetzlich eng definierten Ausnahmefälle abdecken kann. Setzt sich der gebundene Vermittler über diese Grenzen hinweg, handelt er rechtswidrig. Hier liegt nun die Argumentation der Haftungsdächer nahe, dass ein derartiges Handeln außerhalb der Befugnisse auch von der zivilrechtlichen Haftung nicht mehr gedeckt sein kann.

Dennoch kann dies eigentlich kaum dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung entsprechen, die gerade eine möglichst umfängliche Einstandspflicht des haftenden Institutes statuieren soll. Wenn dieses für den gebundenen Vermittler „wie für eigenes Verschulden“ haften soll, müssen auch solches Verhalten „out of area“ mit umfasst sein. Im Außenverhältnis ist daher von einer entsprechenden Haftung auszugehen.

Die Bedeutung der Haftungsdächer ist damit wieder gewachsen – die Sensibilität im Umgang mit ihnen bei allen Beteiligten sollte dem folgen.

Professor Dr. jur. **Thomas Zacher** ist Partner in der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, Professor an der FHDW Bergisch Gladbach und Vorstandsmitglied im Rechtsforum Finanzdienstleistung e.V.

WERTE,
DIE BEGEISTERN



Geschwitzer Straße 11 in Leipzig, im Hintergrund

Wir suchen:
Vertriebspartner
mit Qualitätsbewusstsein

Wir bieten:
45 Jahre Erfahrung
Denkmalschutzobjekte mit
Niedrigenergiestandard
(KW-Effizienzklasse 70)
TÜV-Baucontrolling
Stock Option Modell



Leipzig • München • Berlin



L-KONZEPT
Immobilien Management Vertrieben

Telefon: 0341 - 260044 0
www.l-konzept.de