

**Exklusive
Leseprobe**
Redaktionsstand: April 2008

Demuth

Privatvermögen

Planen Gestalten Beraten

Handbuch für Berater, Finanzdienstleister und Vermögende
Ertragsoptimierung, Risikominimierung
Anlageformen, Finanzmarkt, Vorsorge, Nachfolge
Steuerliche, rechtliche und internationale Aspekte

Stollfuß

STOTax
ONLINE · SOFTWARE · PRINT

Vorwort

Das Thema Sicherung und Mehrung von Vermögen ist stets aktuell. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die privaten Vermögen seit Jahren kontinuierlich wachsen. In einem globalisierenden Markt ist jeder Risiken und Chancen zugleich ausgesetzt. Aktuelles Beispiel ist die Auswirkung der amerikanischen Immobilien-Krise auf den deutschen Aktien- und Finanzmarkt. Zudem erfordern geplante Reformen, wie z.B. die Erbschaftsteuerreform oder die Reform des Erb- und Pflichtteilsrechts, in vielen Bereichen planerischen Weitblick.

Zum Thema der Gestaltungsberatung privater Vermögen gab es auf dem Buchmarkt bislang kein umfassendes Kompendium. Die vorhandene Literatur war mehr oder weniger vertiefend und auf Teilspekte der Nachfolgegestaltung, etwa auf die richtige Gestaltung eines Testamentes, der Steueroptimierung einer vorweggenommenen Erbfolge oder der richtigen Auswahl von Anlageprodukten, begrenzt. Ein alles umfassendes Nachschlagewerk mit einem Rundumblick existierte noch nicht, noch dazu eines, das regelmäßig auf dem laufenden Stand gehalten wird.

Das vorliegende Handbuch schließt diese Lücke. Es ist von Praktikern mit dem Ziel verfasst, leicht verständlich und praxisorientiert die komplexe Materie darzustellen, einen ersten Überblick zu verschaffen sowie in Spezialthemen vertiefende Informationen zu vermitteln. Das Handbuch richtet sich als Nachschlagewerk zugleich an Praktiker und gestaltungswillige Privatpersonen. Systematisch und themenorientiert sind die Informationen gegliedert. Neben der übersichtlichen Darstellung wird auf einen ausreichenden Tiefgang Wert gelegt, ohne dabei die Verständlichkeit der Beiträge aus dem Auge zu verlieren. Vielmehr soll auch ein in einzelnen oder allen Themen noch nicht vertrauter Leser in die Lage versetzt werden, sich mit der komplexen und in vielen Teilbereichen auch sehr schwierigen und (für Berater) schadensersatzträchtigen Materie auseinander setzen zu können.

Das Handbuch Privatvermögen beleuchtet die rechtlichen, wirtschaftlichen und steuerlichen Aspekte einer umfassenden Vermögensberatung. Für den steuerlichen Berater werden zudem die berufsrechtlichen Möglichkeiten aufgezeigt. Das Werk orientiert sich an dem typischen Ablauf einer Beratung: Nach der Statuserfassung werden zusammen mit dem Mandanten die Anlageziele konkretisiert und festgelegt, um sie danach erfolgreich umzusetzen. Dabei stellen Prüf- und Checklisten sowie Fallbeispiele plastisch – aufbauend auf den vorangegangenen abstrakten Ausführungen – dar, wie möglicherweise agiert werden oder welche Auswirkungen die eine oder andere Gestaltung haben kann. So wird die Verständlichkeit und praktische Umsetzbarkeit zusätzlich erhöht.

Schwerpunkt des Werks sind u.a. das Financial Planning und die Erörterung aller wichtigen Vermögensanlageklassen wie Aktien, Rentenpapiere und Immobilien unter besonderer Berücksichtigung der Themen Ertragsoptimierung, Risikominimierung und Finanzierung. Ebenso werden Spezialthemen wie Family Office, Asset Protection und die Altersvorsorge berücksichtigt.

Das Handbuch berücksichtigt auch die sich immer stärker ausbreitende Internationalisierung der Vermögen, die ihre besonderen Handling-, Rechts- sowie Steuerprobleme aufwerfen. Insofern wird von Beratern eine zunehmend stärkere internationale Vernetzung über die Grenzen und Themen hinweg erwartet, um die Klienten ggf. weltweit beraten, begleiten und unterstützen zu können. Dies gilt auch für die Finanzierungsseite bei internationalen Investitionsengagements. Demgemäß ist in dem Handbuch ein größerer international orientierter Teil enthalten, der im Laufe der Zeit weiter ausgebaut und ergänzt werden soll.

Vorwort

Das Handbuch Privatvermögen ist ein Werk der Praxis für die Praxis. Das Autorenteam ist ausschließlich aus qualifizierten Praktikern zusammengestellt. Die Autoren sind hervorragende Sachkenner auf dem jeweilig bearbeiteten Gebiet. Sie wenden das Recht und die betriebs- und finanzwirtschaftlichen Grundlagen als Praktiker seit Jahren selbst an. Als besonderer Bonus sind zur Erleichterung des (neudeutschen) Networkings die kompletten Kontaktdaten der Autoren sowie möglicher weiterer Anlaufstellen aufgelistet. Damit sind kompetente Ansprechpartner für Einzelfragen oder zur Unterstützung in der Beratung oder Umsetzung der eigenen Ziele zu finden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Autorenteam, insbesondere CMS Hasche Sigle in Stuttgart, das mich bei der Umsetzung des Projekts in jeder Hinsicht unterstützt hat. Ferner danke ich Stollfuß Medien, die die Idee zu diesem Werk an mich herangetragen haben. Die hervorragende Zusammenarbeit bei der Weiterentwicklung des Konzepts sowie die Betreuung und Koordination bei der Umsetzung haben dieses Werk erst ermöglicht. Das Werk widme ich meinem Vater Reinhold Demuth, der mir durch seine Tätigkeit als Rechtsanwalt und Notar den Weg zur Vermögens- und Nachfolgeberatung aufgezeigt hat.

Ich wünsche Ihnen viel Freude beim Lesen und viel Erfolg mit Unterstützung dieses Buches in Ihren Gestaltungsüberlegungen. Über Anregungen und Verbesserungsvorschläge der Leserinnen und Leser des Handbuchs Privatvermögen würde ich mich sehr freuen.

Stuttgart, im April 2008

Björn Demuth

Autorenverzeichnis

Dr. Peter Balzer
Rechtsanwalt, Bonn

Dr. Wolfgang Bartels
Rechtsanwalt, Sindelfingen

Hans Christian Blum
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Erbrecht, Stuttgart

Dr. Jean-Pierre Béguelin
Direktor und Leiter des
Bereich Volkswirtschaftsstudien, Genf

Wolfram von Braunschweig
Senior Kundenberater
Pictet Private Banking
Dipl.-Volkswirt, M.A., MBA, Frankfurt/M

Dr. Björn Demuth
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Steuerberater
Partner CMS Hasche Sigle, Stuttgart

Rainer Gaensslen
Senior Strategic Investment Advisor
Pictet Global Custody&Investor Services
Dipl.-Kaufmann,
MBA Finanzwirtschaft und Kapitalmärkte, Zürich

Werner Gasser
Gesellschafter, Prokurist
Lehrbeauftragter der
Berufsakademie Ravensburg,
Bad Waldsee

Dr. Jörn Heidrich
Leiter Private&Corporate Clients
Kunden&Produkte
Produktmanagement Investment
Spezialprodukte, Oberursel

Markus Heilig
Dipl.-Betriebswirt (BA)
Direktor, Mannheim

Dr. Marcus A. Hosser
Rechtsanwalt, Frankfurt

Monika Mertens-Marl
Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Familienrecht, Düsseldorf

Mario Müller
Dipl.-Bankbetriebswirt (BA)
Zertifizierter Wertpapierberater, Stuttgart

Dr. Fariba Peykan
Rechtsanwältin, München

Andreas Preißner
Dipl.-Kaufmann, Offenbach

Dr. Patrick Prinz,
Dipl.-Kaufmann, CFA, CAIA
Leiter Family Office, Zürich

Michael Retschitzegger
Dipl.-Betriebswirt (BA)
Geschäftstellenleiter
Dozent an der Berufsakademie
Villingen Schwenningen, München

Wolfgang Rombach
Dipl.-Betriebswirt (BA)
geschäftsführender
Gesellschafter, Bad Waldsee

Martin Roth
Dipl.-Volkswirt
Leiter des Investment Office
Deutschland, Frankfurt

Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin, Stuttgart

Christian Schneider
Dipl.-Betriebswirt (FH),
Finanzökonom (ebs),
CFP, CEP, CFEP, Ratingen

Autorenverzeichnis

Reinhold Schöttner

Dipl.-Wirtschaftsjurist (FH), Stuttgart

Wolfgang Spang

Bankkaufmann
Vermögensberater
Geschäftsführer, Stuttgart

Tilmann Speck

Dipl.-Volkswirt
Vorstand, Stuttgart

Steffen Thum

Dipl.-Betriebswirt (BA), CFP,
Investment Officer im
Private Wealth Management
Deutschland-Süd, München

Jürgen Treiber

Dipl.-Betriebswirt (FH)
Bereichsleiter Süd, Stuttgart

Dr. Stefan F. Voß

Rechtsanwalt, Stuttgart

Monika Will-Brinkmann

Rechtsanwältin, Bremen

Markus Zydra

Finanzkorrespondent, Frankfurt

Gesamtübersicht

1 Register

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

A. Systematik des Werks

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

- I. Der Steuerberater als Gestaltungsberater
- II. Rechtsrahmen der privaten Finanzplanung

C. Vergütung und Preise

- I. Honorarberatung
- II. Beratung gegen Provision
- III. Erfolgsabhängige Vergütung
- IV. Mischformen
- V. Wahl der richtigen Vergütungsform

3 Private Finanzplanung

A. Was ist private Finanzplanung?

- I. Begriff und Bedeutung
- II. Ursprung
- III. Abgrenzung zu anderen Dienstleistungen
- IV. Grundsätze ordnungsmäßiger Finanzplanung
- V. Nutzen gegenüber traditioneller Beratung
- VI. Qualifikation und Ausbildung des professionellen Finanzplaners
- VII. Nationale und internationale Qualitätszertifikate
- VIII. Rechtsanwalt und Steuerberater als Financial-Planning-Berater

B. Hilfsmittel

- I. Tipps für Neuberater
- II. Softwareprodukte

C. Ablauf einer privaten Finanzplanung

- I. Auftragsklärung und Akquisition
- II. Datenerfassung
- III. Analyse und Bewertung des Status quo
- IV. Erstellung des Finanzplans
- V. Strategieentwicklung
- VI. Aktualisierung des privaten Finanzplans

D. Erscheinungsformen

- I. Einführung
- II. Der umfassende private Finanzplan
- III. Der umfassende Unternehmer-Finanzplan
- IV. Themenfinanzplan
- V. Generationenübergreifender Finanzplan

E. Aktuelle Marktsituation

- I. Zusammenfassung
- II. Lagerbeurteilung
- III. Ausblick und Prognosen
- IV. Quellen und Definitionen

F. Vermögensumstrukturierung / Vermögensoptimierung

- I. Vermögensumstrukturierung
- II. Besonderheiten bei der Strukturierung von privaten Großvermögen
- III. Family-Office
- IV. Vermögensverwaltung
- V. Vermögensverwaltung aus Sicht des Steuerberaters

4 Vermögensanlagen

A. Anlageformen im Überblick / Beurteilungskriterien

- I. Einleitung
- II. Goldene Drittregele
- III. Individuelles Risikoprofil
- IV. Traditionelle und nicht traditionelle Anlageformen
- V. Beurteilungskriterien der Anlageformen
- VI. Zugangswege zu den Anlageformen

B. Geldvermögen / Liquidität

- I. Liquidität in der Gesamtvermögensstruktur
- II. Steuerliche Betrachtung
- III. Basisrisiken bei der Vermögensanlage
- IV. Einlagensicherung
- V. Möglichkeiten zur Anlage von liquiden Mitteln

C. Kapitalvermögen

- I. Formen im Überblick
- II. Wertpapiere
- III. Offene Investmentfonds
- IV. Kapitalertragsteuer

D. Immobilien

- I. Grundlagen
- II. Marktanalyse / Bewertung
- III. Baufinanzierung
- IV. Eigengenutzte Immobilien
- V. Vermietete Immobilien
- VI. Typische Rechtsprobleme bei Immobilientransaktionen
- VII. Besonderheiten beim Erwerb eines Erbaurechts
- VIII. Erwerb von Auslandsimmobilien
- IX. Immobilienbesteuerung

E. Alternative Investments

- I. Einführung
- II. Privat Equity
- III. Hedgefonds und deren Strategien
- IV. Rohstoffe als Vermögensanlage
- V. Sonderformen

F. Altersvorsorge

- I. Das Alterseinkünftegesetz
- II. Besteuerung in der Erwerbszeit
- III. Besteuerung von Alterseinkünften
- IV. Sozialversicherungspflicht in der Erwerbszeit
- V. Sozialversicherungspflicht in der Rentenzeit
- VI. Gesetzliche Rente
- VII. Betriebsrente
- VIII. Private Riester-Rente
- IX. Rürup-Rente
- X. Private ungeförderte Rente
- XI. Zusammenfassende Betrachtung
- XII. Rente mit 67
- XIII. Britische Lebensversicherungen

G. Versicherungen

- I. Grundlagen
- II. Sachversicherungen
- III. Personenversicherungen
- IV. Typische Bedarfssachverhalte und Lösungsmöglichkeiten

H. Finanzierungen (insbesondere Immobilienfinanzierungen)

- I. Darlehentypen
- II. Effektivzins
- III. Leverage-Effekt
- IV. Darlehenstilgungsmöglichkeiten
- V. Finanzierung von Vermögensgegenständen
- VI. Finanzierungen von Konsumgütern
- VII. Wahl der richtigen Finanzierung

5 Vermögensgestaltung – Schwerpunkt Vermögensnachfolge

A. Nationale Sachverhalte

- I. Erbrecht
- II. Schnittstellen Familienrecht und Erbrecht
- III. Erbschaftsteuerrecht
- IV. Vorsorgemaßnahmen
- V. Unentgeltliche Verfügungen unter Lebenden
- VI. Familiengesellschaften und Treuhandrecht
- VII. Stiftung
- VIII. Vermögens- und Erbfolgeplanung mit Stiftung und Trust

B. Internationale Sachverhalte

- I. Internationales Zivilrecht
- II. Internationales Zivilverfahrensrecht
- III. Internationales Familienrecht
- IV. Internationales Erbrecht
- V. Internationales Steuerrecht

Gesamtübersicht

6 Fachwörterbuch

A. Zivilrecht

B. Familienrecht

C. Erbrecht

D. Allgemeines Steuerrecht

E. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

7 Arbeitshilfen

Adressen

II. Rechtsrahmen der privaten Finanzplanung

Bearbeitet von:
Dr. Peter Balzer

1. Einleitung

Neben der klassischen Steuerberatung bieten immer mehr Steuerberater auch Dienstleistungen an, die sich auf die Unterstützung beim Management der Vermögenswerte ihrer Mandanten beziehen.¹⁾ Die Begriffsvielfalt der in diesem Zusammenhang angebotenen Dienstleistungen ist groß, sie reicht u. a. von der Finanzplanung sowie der Anlage- und Vermögensberatung über die Anlagevermittlung bis hin zur Vermögensverwaltung.

41

Das Anbieten und die Erbringung solcher Dienstleistungen durch Steuerberater wirkt zahlreiche Rechtsfragen auf, die mit der Problematik der Zulässigkeit solcher Tätigkeiten zum einen die **aufsichtsrechtliche Ebene**, daneben aber auch das **Haftungsrecht** und damit die Frage nach der Verantwortlichkeit des Steuerberaters bei Pflichtverletzungen betreffen.

42

2. Begriffliche Abgrenzungen und vertragsrechtliche Grundlagen

Sowohl für die aufsichtsrechtliche Erfassung der verschiedenen Tätigkeiten von Steuerberatern im Zusammenhang mit der Vermögensbetreuung ihrer Mandanten als auch für die zivilrechtliche Bestimmung der entsprechenden Pflichten ist es unabdingbar, die unterschiedlichen Arten möglicher Dienstleistungen inhaltlich zu präzisieren und gegeneinander abzugrenzen.

43

a) Finanzplanung

Bei der (privaten) Finanzplanung, die nach dem englischen Sprachgebrauch auch als **Financial Planning** bezeichnet wird,²⁾ handelt es sich um eine eigenständige **Finanzdienstleistung**,³⁾ die durch eine **ganzheitliche Planungs- und Beratungsphilosophie** gekennzeichnet ist.⁴⁾ Zielgruppe des Financial Planning sind private Haushalte, die über ein größeres disponibles Vermögen verfügen, Bezieher hoher Einkommen sowie Inhaber umfangreicher, komplex strukturierter Vermögen, die einen erheblichen Planungsbedarf haben.⁵⁾

44

- 1) Vgl. Farkas-Richling, NWB Fach 30, 1693, der ausführt, dass nach Angaben des „Steuerberater-Suchdienstes“ auf der Homepage der Bundessteuerberaterkammer 2876 Steuerberater auf dem Gebiet „Vermögensberatung und -verwaltung“ tätig sind.
- 2) In der Vertragspraxis sind auch die Bezeichnungen Vermögensstrukturberatung, Vermögensstrukturanalyse, strategische Vermögensplanung, Finanzgutachten, Finanzcheck oder Vorsorgeplanung anzutreffen, ohne dass sich hieraus aber regelmäßig Unterschiede hinsichtlich des Leistungsumfangs ableiten lassen. Vgl. zur Begriffsvielfalt Tilmes, 3. Aufl. 2002, 15, m. w. N. in Fn. 1.
- 3) Diese Einordnung führt nicht zu einer Unterstellung des Financial Planning unter die Aufsicht der BaFin, da der hier verwendete Begriff der Finanzdienstleistung nicht mit dem aufsichtsrechtlichen Begriffsverständnis identisch ist, das der Aufzählung in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1–8 KWG zugrunde liegt. Vgl. zur Beaufsichtigung der Tätigkeit von Financial Plannern vor dem Hintergrund der Vorgaben des KWG und WpHG Balzer, FB 2002, 111, 114 ff.
- 4) Vgl. zu Begriff und Entwicklung des Financial Planning v. Heymann/Kruschev, Vermögen & Steuern 12/00, 18 f.; Kruschev, 1999, 21 ff.; Lammer, 2002, 15 ff.; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 17 ff.; Eder, ÖBA 2002, 116; Hofbauer, ÖBA 2002, 971 f.
- 5) Hofbauer, ÖBA 2002, 971 f.; zur anbieterspezifischen Segmentierung der Financial Planner-Angebote in Deutschland vgl. Tilmes, 3. Aufl. 2002, 56 f.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

- 45 Kennzeichnend für das Financial Planning ist die Erbringung der Beratungsdienstleistung auf der Grundlage eines systematisch koordinierten Prozesses, der aus Auftragsvergabe, Datenaufnahme, Analyse und Planung, Dokumentation sowie ggf. aus einer Begleitung des Kunden bei der Umsetzung der Handlungsempfehlungen besteht.¹⁾ Ausgehend von der Erfassung sämtlicher Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, Einnahmen und Ausgaben sowie der notwendigen persönlichen Informationen des Kunden liegt der Schwerpunkt des Financial Planning auf einer langfristig angelegten, **systematischen Strukturierung des gesamten Privatvermögens**. Die Finanzplanung ist darauf ausgelegt, dem Kunden ein vollständiges, klar strukturiertes Bild seiner Finanz- und Vermögenslage zu vermitteln, das ihm – ggf. im Zusammenwirken mit dem Finanzplaner –²⁾ helfen soll, zuvor festgelegte Ziele zu erreichen. Der besondere Nutzen des Financial Planning besteht dabei in der Vernetzung – dem Aufzeigen aller Wirkungen und Wechselwirkungen – sämtlicher Einzelpositionen **unter Einschluss persönlicher, steuerlicher und rechtlicher Faktoren**.³⁾ (→ Fach 3 A Rz. 1 ff.)
- 46 Die Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen dem Steuerberater und dem Mandanten im Financial Planning bildet ein regelmäßig schriftlich abgeschlossener, standardisierter Finanzplanungsvertrag, der die gegenseitigen Pflichten der Parteien regelt und insbesondere den Vergütungsanspruch des Steuerberaters festschreibt.⁴⁾ Bei dem im Rahmen der Finanzplanung zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag handelt es sich um ein **Geschäftsbesorgungsverhältnis** i. S. v. § 675 Abs. 1 BGB, da der Steuerberater insoweit eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art für den Mandanten übernimmt.⁵⁾ Problematisch ist lediglich, ob dieses Vertragsverhältnis auf einen **Dienst- oder Werkvertrag** gerichtet ist. Gemeinsam ist beiden Vertragstypen, dass sie eine entgeltliche Tätigkeit zum Gegenstand haben. Während beim Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) aber nur die Tätigkeit als solche geschuldet ist, schuldet beim Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) der Unternehmer einen bestimmten Erfolg als Ergebnis seiner Tätigkeit.⁶⁾ Die Abgrenzung beider Vertragstypen ist insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Folgen bei Leistungsstörungen von Bedeutung. Beim Werkvertrag lösen Mängel der geleisteten Arbeit primär eine Gewährleistung nach §§ 634 ff. BGB aus, bei der eine verschuldensunabhängige und nicht besonders zu vergütende Nacherfüllung im Vordergrund steht, während das Dienstvertragsrecht solche Ansprüche nicht kennt, sondern die Probleme mit Schadensersatzansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB bewältigt.

1) Eingehend zu den Definitionskriterien der Finanzplanung Tilmes, 3. Aufl. 2002, 18 ff.; vgl. auch Lammer, 2002, 19; Richter, 2001, 47 f.

2) Die Betreuung bei der Umsetzung der Handlungsempfehlungen ist nicht mehr Bestandteil des Pflichtenprogramms aus dem Finanzplanungsvertrag, sondern bedarf einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung, vgl. Balzer in Welter/Lang, 2005 Rz. 6.2, Fn. 6; Lammer, 2002, 31; Kruschew, 1999, 21 ff.; a. A. dagegen Tilmes, 3. Aufl. 2002, 43 ff.; Richter, 2001, 22 ff, die die Umsetzung zu den konstitutiven Phasen des Financial Planning zählen.

3) Balzer, FB 2002, 111. Vor diesem Hintergrund entdecken zunehmend auch Rechtsanwälte das Beratungsfeld Financial Planning, vgl. Kolyvas, Anwalt 4/2001, 20 ff. Zur Zulässigkeit der Einbeziehung steuerlicher und rechtlicher Faktoren vgl. Lammer, 2002, 135 ff.; Richter, 2001, 115 ff.; Balzer, FB 2002, 111, 116 ff.

4) Zum typischen Inhalt eines Finanzplanungsvertrags vgl. das Vertragsmuster bei Lammer, 2002, 275 ff. Zu den verschiedenen Vergütungsmodellen im Rahmen der Finanzplanung vgl. Hofbauer, ÖBA 2002, 971, 974; Kruschew, 1999, 135 ff.

5) Vgl. zur Definition des Geschäftsbesorgungsbegriffs i. S. v. § 675 Abs. 1 BGB, BGH v. 25.4.1996, VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223, 228 f. = NJW 1966, 1452; BGH v. 25.10.1988, XI ZR 3/88, NJW 1989, 1216 f. = ZIP 1988, 1474; BGH v. 17.10.1991, III ZR 352/89, NJW-RR 1992, 560 = WM 1992, 879; Sprau in Palandt, 66. Aufl. 2007, § 675 BGB Rz. 2.

6) Vgl. BGHZ v. 4.6.1970, VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106 f. = NJW 1970, 1596.

Ob die Vertragsparteien einen Dienst- oder einen Werkvertrag abgeschlossen haben, muss zunächst durch **Auslegung** des in den Vertragserklärungen zum Ausdruck gekommenen Willens der Parteien ermittelt werden. Hiernach ergibt sich, dass der zwischen dem Steuerberater und dem Mandanten abgeschlossene Finanzplanungsvertrag regelmäßig eine Dienstleistung zum Gegenstand hat (§§ 675 Abs. 1, 611 BGB). Der Steuerberater schuldet insoweit die Erfassung der Kundendaten, deren Analyse sowie die Erarbeitung von Handlungsempfehlungen; der Kunde ist zur Leistung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Den Schwerpunkt der Vertragspflichten im Financial Planning bildet somit eine Tätigkeit, nicht aber ein Erfolg, wie er z. B. bei der Anfertigung eines Gutachtens anzunehmen ist.¹⁾ Auch wenn der Finanzplan letztlich in schriftlicher Form niedergelegt wird, handelt es sich hierbei nicht um einen eigenständig geschuldeten Erfolg, der eine Einordnung als Werkvertrag rechtfertigen könnte, sondern nur um eine Zusammenfassung der Analyseergebnisse und Handlungsempfehlungen, die der Steuerberater auf dienstvertraglicher Grundlage ermittelt hat.²⁾

47

b) Anlage- und Vermögensberatung

Bei der **Anlageberatung** zieht der Anleger einen unabhängigen Berater hinzu, weil er selbst keine ausreichenden Kenntnisse und keinen genügenden Überblick über die wirtschaftlichen Zusammenhänge hat.³⁾ Vom Anlageberater, dem er weitreichendes persönliches Vertrauen entgegenbringt, erwartet der Anleger nicht nur Informationen über Tatsachen, sondern insbesondere auch deren fachkundige Bewertung und Beurteilung unter Berücksichtigung seiner persönlichen Verhältnisse.⁴⁾ Kennzeichnend für die Anlageberatung ist, dass der Berater **keine Dispositionsbefugnis** über das Anlegervermögen hat, sondern seine Hinzuziehung nur die eigenverantwortliche Anlageentscheidung des Kunden vorbereiten soll.⁵⁾ Die Pflichten des Beraters enden daher auch mit der Anlageentscheidung des Kunden; eine nachvertragliche Beratungspflicht besteht nicht.⁶⁾

48

Mit der Anlageberatung weist die Finanzplanung insoweit Überschneidungen auf, als in beiden Fällen Vorschläge für Vermögensdispositionen unterbreitet werden. Während bei der Anlageberatung aber eine konkrete produktbezogene Empfehlung z. B. bezüglich einer bestimmten Kapitalanlage ausgesprochen wird, steht beim Financial Planning die **reine Beratungsleistung ohne jede Transaktionskomponente** im Vordergrund.⁷⁾ Die Anlageberatung ist daher insofern nicht mit dem Financial Planning vergleichbar, als sie sich an einem konkreten **Anlagewunsch** im Einzelfall orientiert und

49

1) Zur Rechtsnatur des Gutachtervertrags als Werkvertrag vgl. BGH v. 10.6.1976, VII ZR 129/74, BGHZ 67, 1 = WM 1976, 841 (Wertgutachten); BGH v. 20.10.1964, VI ZR 101/63, BGHZ 42, 230 = NJW 1965, 106 (Rechtsgutachten).

2) Balzer in Welter/Lang, 2005, Rz. 6.13; vgl. hierzu auch Lammer, 2002, 141, der zwar auf die Erarbeitung der individuellen Empfehlungen Dienstvertragsrecht anwenden will, den analytischen Teil des Finanzplans aber dem Werkvertragsrecht unterstellt. Für die Anwendung von Werkvertragsrecht auf den gesamten Finanzplanungsvertrag – allerdings ohne jegliche Begründung: Dembowski/Ehrlich, 2002, 184.

3) von Heymann/Edelmann in Assmann/Schütze, 3. Aufl. 2007, § 4 Rz. 3; Waldeck in Cramer/Rudolph, 1995, 647 f.; Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 10.

4) Vgl. BGH v. 6.7.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 = ZIP 1993, 1148; BGH v. 25.11.1981, IVa ZR 286/80, ZIP 1982, 169 = WM 1982, 90 = NJW 1982, 1095; BGH v. 13.5.1993, III ZR 25/92, WM 1993, 1238 f. = ZIP 1993, 997 = NJW-RR 1993, 1114 f.; Raesche-Kessler, WM 1993, 1830, 1832; von Heymann, DStR 1993, 1147.

5) Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 18 Rz. 3; Lang, 2003, § 4 Rz. 38.

6) Vgl. OLG München v. 5.3.1997, 15 U 5361/96, WM 1997, 1802, 1806; OLG Köln v. 18.2.1994, 19 U 195/93, WM 1995, 381; OLG Frankfurt/M. v. 2.12.1993, 16 U 247/92, WM 1994, 234; OLG Karlsruhe v. 28.1.1992, 18a U 143/91, WM 1992, 577; Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 182.

7) Lammer, 2002, 124; vgl. auch Tilmes, 3. Aufl. 2002, 37 f.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

die Vermögenssituation des Kunden nur insoweit berücksichtigt, als dies für eine anleger- und objektgerechte Beratung erforderlich ist.

- 50 Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung der Anlageberatung zur **Vermögensberatung**. Diese Abgrenzung wird durch den Umstand erschwert, dass sich ein einheitliches Begriffsverständnis der **Vermögensberatung** bislang nicht durchgesetzt hat. Die Vermögensberatung wird häufig mit der **Anlageberatung** gleichgesetzt,¹⁾ bisweilen aber auch als Ausgestaltung der (bankmäßigen) **Vermögensverwaltung** (→ 3. G) qualifiziert.²⁾ Die Vereinbarung einer Vermögensberatung hat zum Inhalt, dass der Berater die Vermögenswerte des Kunden laufend beobachtet und ihm regelmäßig Vorschläge für die Vermögensanlage und ggf. erforderliche Umstrukturierungen unterbreitet.³⁾ Die Vermögensberatung ist daher zunächst wie die Anlageberatung darauf ausgerichtet, dem Kapitalanleger eine Informations- und Entscheidungshilfe zu geben, die auf seine persönlichen und individuellen Verhältnisse zugeschnitten ist.⁴⁾ Auch bei der Vermögensberatung besteht keine Dispositionsbefugnis über das Vermögen des Anlegers; vielmehr trifft der Kunde auf der Grundlage der vom Berater ausgesprochenen Empfehlung seine Anlageentscheidung selbst.⁵⁾ Ein Unterschied zur Anlageberatung, die häufig situativ ist,⁶⁾ besteht allenfalls insoweit, als die Vermögensberatung eine auf Dauer ausgestaltete **laufende Überwachung des Kundenvermögens** beinhaltet,⁷⁾ während die Pflichten im übrigen deckungsgleich sind.
- 51 Zur Begründung von Beratungspflichten im Rahmen der Anlage- und Vermögensberatung zieht die Rechtsprechung regelmäßig einen **eigenständigen Beratungsvertrag** als Pflichtengrundlage heran.⁸⁾ Dieser Beratungsvertrag ist, wenn er entgeltlich ist, **Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienst- oder Werkvertragscharakter** (§§ 675 Abs. 1 i. V. m. § 631 bzw. § 611 BGB), bei Unentgeltlichkeit **Auftrag** i. S. v. § 662 BGB.⁹⁾ Ein solcher Beratungsvertrag kommt stillschweigend zustande, wenn der Berater Auskünfte erteilt, die für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung sind und die dieser zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse und Maßnahmen machen will.¹⁰⁾ Für das Zustandekommen des Beratungsvertrags spielt es weder eine Rolle, ob die Beratung **entgeltlich oder unentgeltlich** erfolgt,¹¹⁾ noch kommt es darauf an, ob der Berater tatsächlich über **besondere Sachkunde** verfügt.¹²⁾

1) Vgl. Kienle in Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 111 Rz. 1; Hopt, 2. Aufl. 1985, 1f.; wohl auch Brunner, 1987, 7 Fn. 1 mit der allerdings unzutreffenden Annahme, dass sich beide Begriffe nicht eindeutig gegeneinander abgrenzen lassen.

2) Schönle, 2. Aufl. 1976, § 20 IV 2a; Brunner, 1987, 25, der jedoch an anderer Stelle (7) eine Gleichsetzung von Anlage- und Vermögensberatung vornimmt.

3) Vgl. Balzer, FB 2002, 111 f.; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 38; Lammer, 2002, 23.

4) Dorner, 1970, 52 f.; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 38; Lammer, 2002, 23.

5) Roll, 1983, 33; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 38; Lammer, 2002, 23; Balzer, FB 2002, 111 f.

6) Vgl. Dorner, 1970, 57; ebenso Roll, 1983, 35; Balzer, FB 2002, 111 f.

7) Roll, 1983, 33; Balzer, FB 2002, 111 f.; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 38.

8) BGH v. 4.3.1987, IVa ZR 122/85, BGHZ 100, 117 f. = BGH ZIP 1987, 500 = WM 1987, 495; BGH v. 6.7.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 = BGH ZBB 1994, 44 = ZIP 1993, 1148 = NJW 1993, 2433; BGH v. 9.5.2000, XI ZR 159/99, ZIP 2000, 1204 = NJW-RR 2000, 1497; vgl. auch Siol in Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 43 Rz. 7.

9) BGH v. 11.3.1999, III ZR 292/97, NJW 1999, 1540 f. = WM 1999, 1170; vgl. auch Bamberger in Ledler/Knops/Bamberger, 2004, § 44 Rz. 16 m. w. N.

10) RG v. 9.2.1921, I 337/20, RGZ 101, 297, 301 f.; BGH v. 29.10.1952, II ZR 283/51, BGHZ 7, 371, 374 f.; BGH v. 22.3.1979, VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103, 106; BGH v. 30.3.1976, VI ZR 21/74, WM 1976, 498 f.; BGH v. 11.10.1988, XI ZR 1/88, NJW 1989, 1029 m. w. N.

11) Vgl. BGH v. 4.3.1987, IVa ZR 122/85, BGHZ 100, 117 f. = BGH ZIP 1987, 500 = WM 1987, 495; Siol in Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 43 Rz. 7.

12) Schimansky in Horn/Schimansky, 1998, 49, 52.

c) *Anlagevermittlung*

Im Rahmen der Anlagevermittlung übernimmt der Vermittler für Dritte gegen Entgelt den Vertrieb von Kapitalanlagen. Der Vertrieb erfolgt meist auf Grund mündlicher Erläuterungen des Anlagekonzepts, ggf. auch unter Übergabe von Prospekten oder sonstigen Verkaufsunterlagen.¹⁾ Der zwischen dem Anlagevermittler und dem Interessenten regelmäßig bestehende **Vertrag auf Auskunftserteilung** verpflichtet den Vermittler zwar zu richtiger und vollständiger Information über die für den Anlageentschluss wesentlichen tatsächlichen Umstände, nicht jedoch zu deren Bewertung.²⁾ Der Pflichtenkreis des Anlagevermittlers ist daher gegenüber dem des Anlageberaters deutlich abgesenkt, da er dem Anleger keine Beratung im Sinne einer Empfehlung über die Eignung der Kapitalanlage vor dem Hintergrund seiner persönlichen Verhältnisse schuldet.

52

Im Gegensatz zur Finanzplanung ist auch die Anlagevermittlung somit nicht auf eine ganzheitliche Beratung des Kunden über seine Vermögensstruktur ausgelegt, sondern rein vertriebsorientiert ausgestaltet.³⁾

53

Im Gegensatz zur Anlage- und Vermögensberatung kommt bei der Anlagevermittlung regelmäßig kein Beratungsvertrag, sondern lediglich ein **Auskunfts- oder Vermittlungsvertrag** zustande, der als Geschäftsbesorgungsvertrag mit **Dienst- oder Werkvertragscharakter** (§§ 675 Abs. 1 i. V. m. § 631 bzw. § 611 BGB) oder bei Unentgeltlichkeit als **Auftrag** i. S. v. § 662 BGB einzustufen ist.⁴⁾

54

d) *Vermögensverwaltung*

Bei der Vermögensverwaltung (→ 3. G) übernimmt der Verwalter die Verpflichtung, das ihm anvertraute Vermögen nach eigenem Ermessen und ohne Rücksprache mit dem Kunden zu disponieren.⁵⁾ Im Gegensatz zur Anlageberatung berät der Vermögensverwalter nicht hinsichtlich der Auswahl geeigneter Anlagen, sondern verwaltet das Vermögen nach den bei Vertragsschluss mit dem Kunden vereinbarten Anlage-richtlinien innerhalb der ihm erteilten **Dispositionsbefugnis**.⁶⁾ Aufklärungs- und Beratungspflichten des Vermögensverwalters bestehen lediglich bei Abschluss des Verwaltungsvertrags, nicht aber vor der einzelnen Anlageentscheidung, die er in eigener Verantwortung trifft.⁷⁾

55

Vermögensverwaltung und Finanzplanung ähneln sich zunächst insoweit, als auch der Vermögensverwaltung regelmäßig eine umfangreiche Ziel-, Risiko- und Ertragsbestimmung vorgeschaltet ist, die in die Vereinbarung von Anlagerichtlinien mündet.⁸⁾ Der wesentliche Unterschied zwischen Finanzplanung und Vermögensverwaltung besteht aber darin, dass sich die Vermögensverwaltung nur auf **einzelne Vermögensgegenstände** (regelmäßig Wertpapiere) des Kunden erstreckt, während sich die

56

1) von Heymann/Edelmann in Assmann/Schütze, 3. Aufl. 2007, § 4 Rz. 4; Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 8; Lang, 2003, § 4 Rz. 26.

2) BGH v. 13.5.1993, III ZR 25/92, WM 1993, 1238 f. = ZIP 1993, 997 = NJW-RR 1993, 1114 f.; BGH v. 25.11.1981, IVa ZR 286/80, ZIP 1982, 169 = WM 1982, 90 = NJW 1982, 1095; BGH v. 17.10.1989, XI ZR 173/88, NJW 1990, 506 f. = ZIP 1990, 43; zur Prüfung des Anlagekonzepts auf wirtschaftliche Plausibilität ist der Anlagevermittler bereits auf Grund des Auskunftsvertrags mit dem Kunden verpflichtet, vgl. BGH v. 13.1.2000, III ZR 62/99, ZIP 2000, 355 f. = WM 2000, 426.

3) Tilmes, 3. Aufl. 2002, 37; Lammer, 2002, 24 f.

4) Vgl. BGH v. 13.5.1993, III ZR 25/92, NJW-RR 1993, 1114; BGH v. 13.1.2000, III ZR 62/99.

5) Kienle in Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 111 Rz. 1; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 19 Rz. 28; Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 12; Lang, 2003, § 21 Rz. 2.

6) Zu Pflichten und Haftung von Wertpapiervermögensverwaltern vgl. Balzer, FB 2000, 499.

7) Vgl. zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten des Vermögensverwalters eingehend Balzer, WM 2000, 441 ff.

8) Tilmes, 3. Aufl. 2002, 38. Zu Inhalt und Rechtsnatur von Anlagerichtlinien vgl. Balzer, 1999, 29, 81 f.; Lang, 2003, § 23 Rz. 29 ff.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

Pflichten des Finanzplaners auf die Beratung des Kunden bei der Strukturierung seines Gesamtvermögens beziehen.¹⁾

- 57 Die Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen Verwalter und Kunde bildet der **Vermögensverwaltungsvertrag**. In diesem Vertrag verpflichtet sich der Verwalter, das anvertraute Vermögen im Interesse des Anlegers zu verwalten und zu mehren. Der Verwalter hat nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit (Mehring des Kundenvermögens) einzustehen; er schuldet nur die ordnungsgemäße Vornahme der Verwalterhandlungen.²⁾ Da die Tätigkeit des Vermögensverwalters auf die Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts im fremden Interesse gerichtet ist und eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zum Gegenstand hat, ist die Rechtsbeziehung mit dem Anleger nach § 675 Abs. 1, 611 BGB als **Geschäftsbesorgungsverhältnis** zu qualifizieren, das einen **Dienstvertrag** zum Inhalt hat.³⁾

3. Aufsichts- und berufsrechtliche Erfassung der vermögensbegleitenden Tätigkeiten von Steuerberatern

- 58 Die derzeitige Diskussion um die aufsichtsrechtliche Erfassung vermögensbegleitender Tätigkeiten von Steuerberatern wird durch sehr gegenläufige Standpunkte geprägt. Insbesondere von Seiten der Steuerberater und ihrer Berufsorganisationen wird ein Vorrang des StBerG gegenüber den aufsichtsrechtlichen Vorgaben des KWG postuliert. Ausgegangen wird hierbei von dem Standpunkt, dass den Steuerberaterkammern nach § 76 StBerG die Aufgabe zugewiesen ist, die beruflichen Belange der Gesamtheit der Mitglieder zu wahren und die Erfüllung der beruflichen Pflichten zu überwachen. Hieraus wird abgeleitet, dass sämtliche Tätigkeiten des Steuerberaters von einer Genehmigung nach KWG und der Aufsicht durch die BaFin freigestellt sind, die im Einklang mit dem Berufsrecht der Steuerberater stehen.⁴⁾ Maßgeblich für die aufsichtsrechtliche Beurteilung soll daher insbesondere nicht sein, ob die Tätigkeit zum Kern der in § 33 StBerG erfassten steuerberatenden Tätigkeiten gehört.⁵⁾
- 59 Dieser Ansicht wird aber in jüngster Zeit insbesondere auch im Hinblick auf die Aufsichtspraxis der BaFin deutlich widersprochen. Für die aufsichtsrechtliche Beurteilung wird insoweit darauf abgestellt, ob die Erbringung der betreffenden Finanzdienstleistung in einem engen Zusammenhang mit einem konkreten (sich auf Steuersachen i. S. v. § 33 StBerG beziehenden) Mandat erfolgt.⁶⁾ Einigkeit besteht trotz der unterschiedlichen Begründungsansätze jedenfalls darin, dass eine gewerbliche Erbringung von Finanzdienstleistungen durch Steuerberater nach § 57 Abs. 4 StBerG, die die Grenzen berufsrechtlich zulässiger Tätigkeiten überschreitet, vorbehaltlich etwaiger Ausnahmetatbestände eine Erlaubnispflicht durch die BaFin auslösen kann.⁷⁾

1) Balzer in Welter/Lang, 2005, Rz. 6.11; Lammer, 2002, 23f.; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 38.

2) Balzer, 1999, 44; Schade in Vortmann, 2000, § 7 Rz. 30; Schäfer in Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 11/18a.

3) BGH v. 25.4.1966, VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223, 229; BGH v. 22.12.1966, VII ZR 195/64, BGHZ 46, 268; BGH v. 5.4.1962, II ZR 101/61, WM 1962, 675 f; BGH v. 29.3.1994, XI ZR 31/93, ZIP 1994, 693 f. = WM 1994, 834 ff. = NJW 1994, 1861 f.; BGH v. 28.10.1997, XI ZR 260/96, BGHZ 137, 69 = BGH ZIP 1997, 2149 f. = WM 1998, 21 = NJW 1998, 449; OLG Düsseldorf v. 13.6.1990, 6 U 234/89, WM 1991, 94; Roll, 1983, 48; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 19 Rz. 19; Kienle in Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 111 Rz. 14; Schönle, 2. Aufl. 1976, § 20 IV 2b; Balzer, 1999, 42; Horn in Horn/Schimansky, 1998, 265, 270; Müller in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 208; Lang, 2003, § 21 Rz. 8; Schäfer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 11/18a.

4) Farkas-Richling, NWB Fach 30, 1693, 1699.

5) So ausdrücklich Farkas-Richling, NWB Fach 30, 1693, 1699.

6) Vgl. Kühne, ErbStB 2007, 96ff.

7) Vgl. Farkas-Richling, NWB Fach 30, 1693, 1699.

a) *Aufsichtsrechtliche Vorgaben beim Erbringen von Finanzdienstleistungen*

Nach § 1 Abs. 1a KWG unterliegen – neben den Kreditinstituten – auch die sogenannten Finanzdienstleistungsinstitute der Aufsicht durch die BaFin. **Finanzdienstleistungsinstitute** sind nach der Definition in § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind. Das geforderte **gewerbsmäßige** Betreiben wird angenommen, wenn der Betrieb auf eine **gewisse Dauer** angelegt ist und der Betreiber mit **Gewinnerzielungsabsicht** tätig wird.¹⁾

60

Zu den (grundsätzlich erlaubnispflichtigen) Tätigkeitsbereichen der Finanzdienstleistungsinstitute gehören zunächst die **Anlagevermittlung** von Finanzinstrumenten i. S. d. § 1 Abs. 11 KWG (u. a. Wertpapiere, Devisen und Derivate) sowie die Verwaltung in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum (**Vermögensverwaltung**, § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 und 3 KWG). Als **Anlagevermittlung** nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG bezeichnet man die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten und deren Nachweis. Kennzeichnend für die Anlagevermittlung ist die Entgegennahme und Übermittlung von Aufträgen des Kunden.²⁾ Als **Finanzdienstleistungsinstitute** sind daher anzusehen die Vermittler von Geschäften in Wertpapieren, insbesondere **Aktien** und **Optionsscheinen**, sofern diese an einem – nicht notwendig regulierten – Markt handelbar sind. Zu den Wertpapieren zählen auch **Anteile an Investmentfonds**, d. h. in- und ausländischen (sofern diese zum Vertrieb in Deutschland zugelassen sind) **Aktien-, Renten- und (offenen) Immobilienfonds**. Nicht durch § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG erfasst werden demgegenüber die Vermittler von Immobilien- und Gesellschaftsanteilen, soweit diese nicht den **Wertpapierbegriff** des § 1 Abs. 11 KWG erfüllen. Die Vermittlung von Anteilen an **geschlossenen Fonds** fällt daher nicht unter den Begriff der Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG.³⁾

61

Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG wird auch die **Vermögensverwaltung** als Finanzdienstleistung erfasst. Maßgeblich für die Qualifikation einer Tätigkeit als Vermögensverwaltung ist, dass dem Finanzdienstleister ein eigener **Ermessensrahmen** bei den Anlageentscheidungen eingeräumt ist. Dies ist lediglich der Fall, wenn der Verwalter die Entscheidung über die konkrete Anlage trifft. Sofern jedoch der Anleger dem Verwalter nach dem Beratungsgespräch eine bestimmte Weisung zum An- oder Verkauf eines Finanzinstruments erteilt, liegt keine Vermögensverwaltung, sondern lediglich eine **Anlageberatung** oder **Anlagevermittlung** vor.⁴⁾ Bei Erbringung durch Steuerberater liegt folglich nur dann eine Vermögensverwaltung i. S. v. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG vor, wenn dieser eine Dispositionsbefugnis besitzt, die es ihm ermöglicht, ohne vorherige Absprache mit dem Mandanten über dessen Vermögenswerte zu verfügen.

62

Im Zug der Umsetzung der **MiFID (Markets in Financial Instruments Directive)** ist seit dem 1.11.2007 auch die **Anlageberatung** als Finanzdienstleistung erlaubnispflichtig. Als Anlageberatung definiert § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG die **Abgabe von persönlichen Empfehlungen** an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird. Ausweislich der Begründung zum Gesetzesentwurf des **FRUG (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz)**, mit dem die Ver-

63

1) Fülbier in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, 2. Aufl. 2004, § 1 Rz. 17.

2) Fülbier in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, 2. Aufl. 2004, § 1 Rz. 120.

3) Jung/Schleicher, 1998, 53.

4) Fülbier in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, 2. Aufl. 2004, § 1 Rz. 122; Jung/Schleicher, 1998, 55.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

gaben der MiFID in deutsches Recht transformiert worden sind, ist es für die Qualifizierung als Anlageberatung unerheblich, ob die Anlageberatung aus eigener Initiative oder auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden erfolgt. Entscheidend für die Qualifizierung als (grundsätzlich erlaubnispflichtige) Anlageberatung ist es, dass sie sich auf bestimmte Finanzinstrumente bezieht und die persönlichen Umstände des Kunden berücksichtigt. Durch das Abstellen auf bestimmte Finanzinstrumente erfolgt die Abgrenzung zur allgemeinen Anlageberatung über Arten von Finanzinstrumenten, die nicht vom Anwendungsbereich der Neuregelung erfasst wird.¹⁾ Geschäfte mit Finanzinstrumenten sind der Kauf, der Verkauf, die Zeichnung, der Tausch, der Rückkauf, das Halten oder die Übernahme eines Finanzinstruments sowie die Ausführung bzw. Nichtausübung sich darauf beziehender Rechte. Vor dem Hintergrund der Neuregelung ist als Ergebnis festzuhalten, dass bestimmte Elemente der Vermögensbetreuung durch Steuerberater als – grundsätzlich erlaubnispflichtige – Anlageberatung zu qualifizieren sind.

Beratungshinweis: Soweit es bestehende Beratungsverhältnisse zulassen, sollte künftig erwogen werden, ob sich die Beratung des Steuerberaters in Bezug auf Finanzinstrumente mehr auf die entsprechenden Branchengewichtungen und Aktien- oder Rentenquoten beschränkt.²⁾

- 64 Für die **Finanzplanung** besteht demgegenüber keine **Erlaubnispflicht** nach § 32 Abs. 1 KWG, da sie nicht auf die Erteilung **produktbezogener Anlageempfehlungen** ausgerichtet ist und damit noch hinter der Anlageberatung zurückbleibt.³⁾ Eine Erlaubnispflicht kann sich aber dann ergeben, wenn der Steuerberater sich gegenüber seinem Mandanten nicht auf die Erstellung von Finanzplänen mit nur allgemeinen **Handlungsempfehlungen** beschränkt, sondern auch eine **Umsetzungsbegleitung** vornimmt, bei der die allgemeinen Empfehlungen der Finanzplanung mit konkreten Produkten unterlegt werden und daher z.B. den Tatbestand einer **Anlageberatung** erfüllen.

b) Ausnahmen von der Zulassungspflicht

aa) Erlaubnisfreiheit der Anlageberatung und Anlagevermittlung von Investmentfondsanteilen

- 65 Nach § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG gelten als Finanzdienstleistungsinstitute nicht Anlageberater und Anlagevermittler, die ausschließlich die **Beratung** in oder die **Vermittlung von** (in- und ausländischen) **Investmentanteilen** betreiben. Der Grund für die Freistellung liegt darin, dass es sich bei Investmentanteilen um **standardisierte Produkte** handelt, denen auf Grund der reinen Weiterleitung von Kauf- und Verkaufsaufträgen keine besonderen Risiken innewohnen, und zudem die Fondsgesellschaft bzw. Investmentgesellschaft selbst der staatlichen Aufsicht unterliegt.⁴⁾

1) Zur Anlageberatung über Arten von Finanzinstrumenten würde z.B. gehören: Die Beratung darüber, inwieweit die Aktienquoten, oder auch der Anteil bestimmter Branchen im Wertpapierportfolio erhöht oder gesenkt werden soll. Auch die Beratung zur Vermögensstruktur und beispielsweise eine Diskussion darüber, ob in regionalen Märkten Aufstockungen oder Zurückstufungen erfolgen sollen, dürfte nicht als Anlageberatung in bestimmten Finanzinstrumenten qualifiziert werden.

2) In diesem Sinne auch Kühne in Clouth/Lang, 2007, 169, 180.

3) Balzer, FB 2002, 111, 115.

4) Vgl. BR-Drucks. 963/96 v. 20.12.1996, 71 f.; kritisch hierzu Jung, BB 1998, 649, 652, der bemängelt, dass auch bei Fondsprodukten aus einer Fehlberatung für die Kunden erhebliche Risiken entstehen können.

Beratungshinweis: Ein Steuerberater kann somit grundsätzlich seine Mandanten in Bezug auf Investmentfondsanteile beraten und ihnen diese Fondsanteile auch vermitteln, sofern die Tätigkeit nicht die Grenze der Gewerbsmäßigkeit (§ 57 Abs. 4 StBerG) erreicht.

bb) Erlaubnisfreiheit der Anlageberatung und Anlagevermittlung bei Tätigwerden als gebundener Agent

Nach § 2 Abs. 10 KWG gilt ein Unternehmen dann nicht als Finanzdienstleistungsinstitut, wenn es die **Anlageberatung** oder **Anlagevermittlung** ausschließlich für Rechnung und unter der Haftung eines **Einlagenkreditinstituts** oder **Wertpapier-handelsunternehmens** vornimmt und keine anderen Finanzdienstleistungen erbracht werden. Die Ausnahmevorschrift nach § 2 Abs. 10 KWG bezieht sich nicht nur auf natürliche Personen, sondern auch auf **Personen- und Kapitalgesellschaften**.¹⁾ Die für das Eingreifen des § 2 Abs. 10 KWG erforderliche Haftung des Instituts oder Unternehmens liegt nach Ansicht der BaFin nur dann vor, wenn der Kunde im Haftungsfall bei einer Pflichtverletzung des Vermittlers einen unmittelbaren zivilrechtlichen Anspruch gegen diese Einrichtung hat, aus dem er sich in voller Höhe befriedigen kann.²⁾ Dies ist dann der Fall, wenn der Anlagevermittler die Geschäfte als **Erfüllungsgehilfe** i. S. d. § 278 Satz 1 BGB ausführt oder in **offener Stellvertretung** (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB) für das Unternehmen handelt.³⁾

66

cc) Erlaubnisfreiheit der Erbringung von Finanzdienstleistungen durch Freiberufler

Für die Frage der Erlaubnisfreiheit der Erbringung von Finanzdienstleistungen durch Steuerberater (und sonstige Freiberufler) ist insbesondere die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG von zentraler Bedeutung. Diese Vorschrift stellt sicher, dass bestimmte Personengruppen nicht als Finanzdienstleistungsinstitut gelten, selbst wenn sie Finanzdienstleistungen i. S. d. § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG erbringen.

67

Nach § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG gelten **Angehörige freier Berufe**, die Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1–4 KWG nur **gelegentlich** im Rahmen eines Mandatsverhältnisses erbringen und einer Berufskammer in der Form der Körperschaft des öffentlichen Rechts angehören, deren Berufsrecht die Erbringung von Finanzdienstleistungen nicht ausschließt, nicht als Finanzdienstleistungsinstitute. Zu beachten ist indes, dass die vorgenannte Freistellung keine generelle Ausnahmevorschrift für Freiberufler im Hinblick auf die Erbringung von Finanzdienstleistungen darstellt, sondern vielmehr mit einigen Einschränkungen versehen ist. So dürfen Finanzdienstleistungen (also z. B. **Anlageberatung, Anlagevermittlung** oder **Finanzportfolioverwaltung**) nur gelegentlich, also gerade nicht gewerbsmäßig erbracht werden. Mit gewerbsmäßig ist hier die Gewerbsmäßigkeit i. S. d. KWG gemeint.⁴⁾

68

Beratungshinweis: Da es für die Gewerbsmäßigkeit darauf ankommt, dass der Betrieb auf gewisse Dauer angelegt ist und der Betreiber ihn mit Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, besteht bei der Vermögensbetreuung für den Steuerberater grundsätzlich die Gefahr, dass, wenn es sich bei der Vermögensbetreuung um eine Finanzdienstleistung handeln würde, diese nicht mehr gelegentlich wäre, da sie gewerbsmäßig erbracht wurde.⁵⁾

1) Jung/Schleicher, 2001, 61 m. w. N.

2) Vgl. Rundschreiben 8/98 des BAKred v. 2.6.1998, VII 4 – 71.61.

3) Füllbier in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, 2. Aufl. 2004, § 2 Rz. 58.

4) Füllbier in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, 2. Aufl. 2004, § 2 Rz. 63.

5) Zutreffend Kühne in Clouth/Lang, 2007, 169, 176.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

- 69 Die Abgrenzung der gewerblichen von der freiberuflichen Tätigkeit wird von der BaFin in Anlehnung an die von Rechtsprechung und Literatur ermittelten Kriterien zu § 18 Abs. 1 EStG vorgenommen.¹⁾ Wird demnach eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt, die sich wesensmäßig von der berufstypischen Tätigkeit des Berufsstands unterscheidet, so ist diese gesondert von der freiberuflichen Tätigkeit zu beurteilen. Ist diese auf **gewisse Dauer** angelegt und wird sie mit **Gewinnerzielungsabsicht** betrieben, ist die Tätigkeit gewerbsmäßig. Die BaFin wendet die **Ausnahmeregelung** dann an, wenn Angehörige freier Berufe Finanzdienstleistungen zwar in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, aber die Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit noch nicht erfüllt sind. Außerdem müssen die Finanzdienstleistungen, um von der Befreiungsvorschrift des § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG profitieren zu können, **im Rahmen eines Mandatsverhältnisses** erbracht werden. Davon ist nach Ansicht der BaFin und der Rechtsprechung dann auszugehen, wenn zwischen der Finanzdienstleistung und der jeweiligen berufstypischen Tätigkeit ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Finanzdienstleistung als Teil davon anzusehen ist und damit zum **Kernbereich** der beruflichen Aufgaben gehört.²⁾
- 70 Im Zusammenhang mit der Frage der berufstypischen Tätigkeit eines Freiberuflers hat der BGH hervorgehoben, dass bei einem Rechtsanwalt die Anlageberatung grundsätzlich nicht zur berufstypischen anwaltlichen Berufstätigkeit gehören soll.³⁾ Das lässt die Schlussfolgerung zu, dass auch bei anderen Freiberuflern die Anlageberatung nicht zur berufstypischen Tätigkeit zählt. Für die Frage, ob die betreffenden Finanzdienstleistungen durch einen Steuerberater erlaubnispflichtig sind, dürfte es daher insbesondere darauf ankommen, ob die Tätigkeit in einem engen Zusammenhang mit einem konkreten (sich auf Steuersachen beziehenden) Mandat erbracht wird. Für diese Beurteilung dürfte auch maßgeblich sein, ob die Beratung in Steuersachen die Finanzdienstleistung in Bezug auf Zeitaufwand und Vergütungsumfang überwiegt.⁴⁾

Beratungshinweis: Eine isolierte Erbringung von Finanzdienstleistungen außerhalb eines Mandatsverhältnisses ist jedenfalls durch die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG nicht gedeckt, sodass hier – die erforderliche Gewerbsmäßigkeit unterstellt – eine Erlaubnis durch die BaFin nach § 32 KWG einzuholen ist.

4. Inhaltliche Konkretisierung der zivilrechtlichen Pflichten von Steuerberatern bei der Vermögensbegleitung ihrer Mandanten

- 71 Für die nachfolgend (vgl. → D) zu erörternden haftungsrechtlichen Aspekte der Tätigkeit von Steuerberatern bei der Vermögensbegleitung ihrer Mandanten ist es unerlässlich, zunächst einmal eine inhaltliche Konkretisierung der hierbei zu erfüllenden Verpflichtungen vorzunehmen, da nur auf diesem Weg relevante Haftungstatbestände ermittelt werden können. Wie bereits bei der aufsichtsrechtlichen Erfassung, ist auch hinsichtlich der zivilrechtlichen Pflichten zwischen den verschiedenen Dienstleistungen Finanzplanung, Anlage- und Vermögensberatung, Anlagevermittlung und Vermögensverwaltung zu unterscheiden.

a) Finanzplanung

- 72 Bei der Konkretisierung der Pflichten des Steuerberaters bei der Erstellung einer Finanzplanung ist von den verschiedenen Phasen des Beratungsprozesses im Financial Planning auszugehen. Zu unterscheiden ist daher zwischen den Pflichten bei Ab-

1) Schreiben des BaKred vom 6.4.1998 VII. 4-71. 99. 10.

2) Vgl. Kühne in Clouth/Lang, 2007, 169, 176.

3) Vgl. BGH v. 17.4.1980, III ZR 73/19, NJW 1980, 1855.

4) In diesem Sinn auch Kühne, ErbStB 2007, 96 ff.

schluss des Finanzplanungsvertrags, bei Erhebung der Angaben des Mandanten, bei der Planerstellung sowie der Präsentation des Finanzplans.

aa) Informationspflichten bei Abschluss des Finanzplanungsvertrags

Im Vorfeld des Abschlusses eines Finanzplanungsvertrags ist der Steuerberater verpflichtet, seinem Mandanten die Informationen zur Verfügung zu stellen, die dieser für seine eigenverantwortliche Entscheidung über den Vertragsabschluss benötigt.

73

Hierzu gehören insbesondere:

- Aussagen über das **angebotene Leistungsspektrum**,
- der Umfang des konkret angebotenen Financial Planning (Umfang und Tiefe der Bestandsaufnahme und der Analysen),
- das zu erstellende Endprodukt (Form und Umfang des Finanzplans),
- Art der Empfehlungen, die zu erwartenden Kosten,
- der erforderliche Zeitaufwand, das voraussichtliche Datum der Fertigstellung¹⁾ sowie der realistischerweise zu erwartende Nutzen.²⁾

Über mögliche **Interessenkonflikte** oder Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit des Steuerberaters – beides vor allem hinsichtlich möglicher Doppelrollen sowie eigener Interessen im Produktvertrieb – ist der Mandant ebenfalls zu informieren.³⁾

Beratungshinweis: Nicht erforderlich ist es hingegen, den Mandanten bereits bei Vertragsschluss über die Risiken der einzelnen Anlageformen und -produkte aufzuklären, die erst später in die Analyse einbezogen werden.⁴⁾

bb) Pflichten im Zusammenhang mit der Datenaufnahme

In der Phase der Datenaufnahme (→ 3 C. I Rz. 1 ff.) erhebt der Steuerberater die für das Financial Planning erforderlichen Angaben über die Situation des Mandanten, die Grundlage für die weiteren Analysen und Empfehlungen bilden. Hierbei ist der Steuerberater verpflichtet, sich ein umfassendes Bild über die Situation des Mandanten zu machen, da nur so sichergestellt werden kann, dass die Handlungsempfehlungen des Finanzplans auf seine individuellen Gegebenheiten abgestimmt sind.⁵⁾

74

Die Erkundigungspflicht ist dahingehend zu konkretisieren, dass der Steuerberater die wichtigsten **Angaben zur Person des Mandanten**, seine **Anlageerfahrungen**, seine **Ziele**, seine **finanziellen Verhältnisse** und sein **Risikoprofil** zu erfragen hat. Auf Grund des ganzheitlichen Beratungsansatzes des Financial Planning sind bei den Angaben zur Person des Mandanten auch geplante bzw. absehbare Veränderungen (wie z. B. Heirat, Geburt eines Kindes oder Pensionierung) abzufragen.⁶⁾

75

Die Erhebung der Kenntnisse und Erfahrungen des Mandanten ist generell erforderlich, damit der Steuerberater beurteilen kann, in welchem Maß der Mandant Informationen zu einzelnen Produkten und Anlagemöglichkeiten benötigt.⁷⁾ Bei der Finanzplanung geht es im Zeitpunkt der Datenaufnahme indes im Unterschied zur An-

76

1) In Finanzplanungsverträgen findet sich in diesem Zusammenhang häufig die Regelung, dass die Erstellung des Finanzplans innerhalb eines festgelegten Zeitraums (z. B. zwölf Wochen nach vollständiger Datenaufnahme) erfolgt.

2) Vgl. Lammer, 2002, 152.

3) Lammer, 2002, 152; vgl. allg. zur erforderlichen Unabhängigkeit des Finanzplaners Richter, 2001, 158 ff.

4) Lammer, 2002, 153.

5) Vgl. Balzer in Welter/Lang, 2005, Rz. 6.21.

6) Lammer, 2002, 159; Balzer in Welter/Lang, 2005, Rz. 6.22; Tilmes, 3. Aufl. 2002, 46.

7) Vgl. allg. Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 123; Lang, 2003, § 9 Rz. 2.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

lageberatung noch nicht um konkrete Produkte oder auch nur Produktgattungen, deren Risiken dem Mandanten dargelegt werden müssten. Es erscheint daher zu weitgehend, bereits zu diesem Zeitpunkt – ähnlich wie bei der Vermögensverwaltung¹⁾ – eine umfassende Aufklärungspflicht des Steuerberaters über sämtliche Anlageformen anzunehmen, die möglicherweise im Rahmen des Financial Planning untersucht und empfohlen werden.²⁾ Da der Mandant erst bei der Präsentation des Finanzplans Handlungsempfehlungen erhält, muss der Steuerberater auch erst im Zusammenhang mit der hierbei geschuldeten Aufklärung und Beratung die Erfahrungen und Kenntnisse des Kunden ermitteln, um den Umfang der noch erforderlichen Informationen bestimmen zu können.

- 77 Die **Erfragung der Ziele sowie der finanziellen Verhältnisse des Mandanten** sind demgegenüber bereits im Stadium der Datenaufnahme erforderlich. Die Erteilung von geeigneten Handlungsempfehlungen durch den Steuerberater kann nur erfolgen, wenn ihm die Zielsetzung des Mandanten bekannt ist. Von Bedeutung sind für den Steuerberater zunächst alle finanziellen Ziele des Mandanten, die z.B. den Aufbau seines Vermögens, aber auch die Anschaffung einer Immobilie betreffen können. Daneben sind auch Ziele zu erfassen, die nicht primär finanzieller Art sind (z.B. Familiengründung), aber Auswirkungen finanzieller Art (z.B. Schaffung zusätzlichen Wohnraums, erhöhte Lebenshaltungskosten) haben.³⁾ Die Ermittlung der Anlageziele erstreckt sich auch auf die (subjektive) Risikobereitschaft des Mandanten,⁴⁾ deren Kenntnis der Steuerberater für die Erarbeitung der Handlungsempfehlungen benötigt.
- 78 Vor dem Hintergrund des ganzheitlichen Beratungskonzepts im Financial Planning, das sich auf die Einbeziehung aller Vermögenswerte des Mandanten erstreckt, ist eine umfassende Ermittlung seiner finanziellen Verhältnisse erforderlich. Diese ist auch insoweit von Bedeutung, als sich aus den finanziellen Verhältnissen regelmäßig die (objektive) **Risikotragungsfähigkeit** des Mandanten ableiten lässt.⁵⁾ Die Angaben über die finanziellen Verhältnisse betreffen nicht nur die vorhandenen Vermögenswerte des Mandanten und ihre Struktur (z.B. Barvermögen, Wertpapiere, Immobilien und Beteiligungen, sondern auch das berufliche Einkommen (z.B. Grundbezüge, Sonderzahlungen, Beteiligung an Aktienoptionsprogrammen), die beruflichen Perspektiven sowie den Umfang der finanziellen Verpflichtungen (z.B. aufgenommenen Kredite, laufende Verpflichtungen, Sonderausgaben).⁶⁾

cc) Pflichten während der Planerstellungphase

- 79 In der auf die Datenaufnahme folgenden Planerstellungphase erfolgen die **Analyse des Vermögens des Mandanten** sowie die **Erarbeitung von Handlungsempfehlungen** auf der Grundlage der mithilfe des Mandanten erhobenen Daten und Zielvorstellungen. Bei der Erarbeitung der **Handlungsempfehlungen** hat der Steuerberater – in Anlehnung an die Pflichten eines Vermögensverwalters – das Gebot einer produktiven Finanzplanung sowie das Gebot der Risikostreuung zu befolgen; zudem unterliegt er dem Verbot der Spekulation.⁷⁾

1) Vgl. zu dieser Aufklärungspflicht des Vermögensverwalters Müller in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 257; Balzer, 1999, 84 f.; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 19 Rz. 44.

2) In diesem Sinn aber Lammer, 2002, 159f. mit der Einschränkung, dass eine Reduzierung der Fragepflicht dann angezeigt ist, wenn der Umfang des Finanzplans von vornherein (z.B. auf einen Themenplan zur Altersvorsorge) beschränkt ist.

3) Vgl. Balzer in Welter/Lang, 2005, Rz. 6.24; Lammer, 2002, 160.

4) Vgl. Nobbe in Horn/Schimansky, 1998, 235, 241; Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 123; Lang, 2003, § 9 Rz. 44.

5) Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 123; Lang, 2003, § 9 Rz. 39.

6) Vgl. Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 85; Lammer, 2002, 162.

7) Eingehend hierzu Lammer, 2002, 166f. Vgl. zu diesen Grundsätzen im Rahmen der Vermögensverwaltung auch Kienle in Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 111 Rz. 19; Balzer, 1999, 104 ff.; Müller in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 270 ff.

Die Erstellung des Finanzplans erfolgt durchgängig ohne direkten Kontakt zum Mandanten, sodass für die Annahme von Informations- und **Beratungspflichten** in dieser Phase grundsätzlich kein Raum ist. Im Einzelfall können gleichwohl entsprechende Pflichten gegenüber dem Kunden bestehen. So ist z. B. eine Information des Kunden geboten, wenn der Steuerberater während der Ausarbeitung des Plans feststellt, dass vorgegebene Anlageziele mit Vermögensanlagen, die der Risikobereitschaft des Mandanten entsprechen, nicht zu erreichen sind. Der Mandant hat dann die Möglichkeit, seine Anlageziele neu zu definieren und damit den bestehenden Zielkonflikt zu beseitigen. Sofern der Steuerberater erst bei der Planerstellung feststellt, dass die Angaben des Mandanten nicht stimmig oder unvollständig sind, ist er zur Nachfrage bei diesem verpflichtet, da die Erstellung eines Finanzplans anhand erkennbar unrichtiger Daten keine Erfüllung seiner **Vertragspflichten** bedeutet.¹⁾

80

dd) Informations- und Beratungspflichten im Zusammenhang mit der Präsentation des Finanzplans

Die Ergebnisse der Analyse und Planung werden dem Mandanten regelmäßig im Rahmen eines Strategiegesprächs anhand eines schriftlich dokumentierten Finanzplans vorgestellt und erläutert.²⁾ In diesem Zusammenhang erfolgt auch eine umfassende Beratung des Mandanten über seine Vermögenssituation und die künftige Anlagestrategie.³⁾ Ziel des Strategiegesprächs ist es, den Mandanten mit den erforderlichen Informationen zu versehen, die ihm eine eigenverantwortliche Entscheidung über die **Umsetzung der Handlungsempfehlungen** ermöglichen. Für die in diesem Zusammenhang vorzunehmende anleger- und objektgerechte Beratung des Mandanten ist es erforderlich, dass sich der Steuerberater über die Erfahrungen und Kenntnisse des Kunden Klarheit verschafft. Diese Angaben sind für die Beurteilung des Steuerberaters notwendig, welche Informationen der Mandant benötigt, damit er eine nach seinen Vorstellungen sachgerechte Anlageentscheidung treffen kann.⁴⁾

81

Da im Rahmen des **Strategiegesprächs** noch **keine konkreten Produktempfehlungen** erteilt werden, sondern nur die im Finanzplan dokumentierte **Anlagestrategie** erörtert wird, ähnelt die Beratungssituation derjenigen, wie sie bei einer **Vermögensverwaltung** vor Abschluss des Verwaltungsvertrags besteht. Geschuldet wird hier nur eine Darstellung der abstrakten Funktionsweise der nach dem Vermögensverwaltungsvertrag zulässigen Anlageformen, die sich lediglich auf die mit einzelnen Anlagen grundsätzlich verbundenen Risikoparameter bezieht.⁵⁾

82

Beispiel:

Sofern der Finanzplan eine Umschichtung einzelner Vermögensbestandteile in festverzinsliche Wertpapiere vorsieht, ist der Steuerberater verpflichtet, den Mandanten über die grundsätzlichen Ausstattungsmerkmale und Risiken (z. B. Bonitätsrisiko, Kurs- und Zinsrisiko) einer solchen Anlage zu informieren.⁶⁾ Bei einer vorgeschlagenen Anlage in Aktien sollen die Risiko-

1) Balzer in Welter/Lang, 2005, Rz. 6.29.

2) Vgl. zu Struktur und Inhalt eines solchen Finanzplans Tilmes, 3. Aufl. 2002, 48f.; Kruschev, 1999, 99ff.

3) Lammer, 2002, 142.

4) Vgl. Schäfer in Schäfer, 1999, § 31 Rz. 56; Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 81. Vgl. aber auch Lammer, 2002, 159, der sich für eine Bestandsaufnahme der Erfahrungen und Kenntnisse des Kunden im Rahmen der Datenaufnahme ausspricht, obwohl zu diesem Zeitpunkt eine Information und Beratung über einzelne Anlagen noch nicht erfolgt.

5) Vgl. Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 19 Rz. 44; Balzer, 1999, 84f.; Lang, 2003, § 23 Rz. 19f.

6) Vgl. Ziff. 2.2.1 der Richtlinie des BAWe zu §§ 31, 32 WpHG v. 23.8.2001, BAnz Nr. 165 v. 4.9.2001, 19217.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

hinweise generelle Informationen über Kursrisiken, Bonitätsrisiken, Liquiditätsrisiken und Währungsrisiken enthalten.¹⁾

b) Anlage- und Vermögensberatung; Anlagevermittlung

aa) Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung des Mandanten

- 83** Soweit mit dem Mandanten – wie im Regelfall – ein eigenständiger **Beratungsvertrag** zustande kommt, resultiert hieraus die Verpflichtung des Steuerberaters, eine **anleger- und objektgerechte Beratung** des Mandanten vorzunehmen.²⁾ Die Gerichte haben in den letzten Jahren eine Vielzahl von Entscheidungen zur Konkretisierung der Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung getroffen. Auch wenn diese Entscheidungen nahezu durchgängig die Rechtsbeziehung zwischen Banken oder freien Finanzdienstleistern mit ihren Kunden betreffen, können die Grundsätze auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Steuerberater und seinem Mandanten übertragen werden.

(1) Anlegergerechte Beratung des Mandanten

- 84** Eine anlegergerechte Beratung setzt voraus, dass der Steuerberater hinreichende Kenntnisse über seinen Mandanten besitzt und diese bei der Erteilung der Anlageempfehlung berücksichtigt.³⁾ In der Praxis erfolgt die Abfrage der Angaben des Mandanten regelmäßig auf der Grundlage **standardisierter Erhebungsbögen**, mit denen Erfahrungen und Kenntnisse des Mandanten, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele abgefragt werden. (→ vor 3. A.)

(1.1) Ermittlung der Erfahrungen und Kenntnisse

- 85** Die Befragung des Mandanten soll klarstellen, ob seine Angaben zu Anlagezwecken und Risikoneigung durch abstrakte Kenntnisse und konkrete Erfahrungen gedeckt sind.⁴⁾ Im Rahmen der Erkundigung ist der Mandant daher darüber zu befragen, in welchen Anlageformen (z. B. Schuldverschreibungen, Aktien, Derivate) er über (praktisches und theoretisches) Wissen verfügt und welche Anlageformen er in der Vergangenheit selbst genutzt hat, wobei neben dem **Zeitraum** auch **Umfang** und **Häufigkeit der Geschäfte** detailliert anzugeben sind.⁵⁾

(1.2) Ermittlung der Anlageziele

- 86** Die Erforschung der Anlageziele bezieht sich sowohl auf die Zwecke, die der Mandant mit der Anlage verfolgt (z. B. Altersvorsorge, Ausbildung der Kinder, Anschaffungen), als auch auf seine Einstellung zu den darin enthaltenen Risiken.⁶⁾ Die **Risikoeinstellung des Mandanten**, die im Wesentlichen die Persönlichkeit des Anlegers im Hinblick auf das von ihm kalkulierte und bewusst eingegangene Risiko beschreibt, wird üblicherweise in die Kategorien **konservativ**, **risikobewusst** und **spekulativ** un-

1) Vgl. Ziff. 2.2.2 der Richtlinie des BAWe zu §§ 31, 32 WpHG; zur entsprechenden Aufklärungspflicht bei der Vermögensverwaltung auch Balzer, 1999, 85f.

2) Grundlegend BGH v. 6.7.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 = ZBB 1994, 44 = ZIP 1993, 1148 = NJW 1993, 2433 – „Bond“.

3) Vgl. BGH v. 6.7.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 131 = ZBB 1994, 44 = ZIP 1993, 1148 = NJW 1993, 2433; OLG Braunschweig v. 12.6.1996, 3 U 78/95, ZIP 1996, 1242 = WM 1996, 1484; Nobbe in Horn/Schimansky, 1998, 235, 241.

4) Vgl. Schäfer in Schäfer, 1999, § 31 WpHG Rz. 58.

5) Vgl. Ziff. 2.1 b) der Richtlinie des BAWe zu §§ 31, 32 WpHG; Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 83.

6) Vgl. Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 84; Lang, 2003, § 9 Rz. 42. Nach Ziff. 2.1 a) Satz 2 der Richtlinie des BAWe zu §§ 31, 32 WpHG ist der Kunde insbesondere über sein Interesse an lang- oder kurzfristigen Anlagen, einmaligen oder wiederkehrenden Ausschüttungen und den Umfang seiner Risikobereitschaft zu befragen.

teilt.¹⁾ Bei der Ermittlung der Risikoeinstellung des Mandanten können auch die bereits von ihm getätigten Geschäfte berücksichtigt werden. Hierbei steht der frühere Erwerb von deutschen „Blue Chips“ (hier: Siemens AG und Mercedes Benz AG) der Einstufung des Mandanten als konservativ nicht entgegen.²⁾ Auch kann ein Mandant nicht bereits deswegen als risikobereit eingestuft werden, weil er zuvor Festgeldanlagen in US-Dollar getätigt hat, deren Währungsrisiko durch Optionsgeschäfte abgesichert war.³⁾

(1.3) Ermittlung der finanziellen Verhältnisse

Die Pflicht, Informationen über die finanziellen Verhältnisse des Mandanten einzuholen, soll dem Steuerberater die Beurteilung ermöglichen, ob die konkrete Anlage oder Anlagestrategie geeignet ist, die genannten Anlageziele zu erreichen, oder ob sie den Mandanten gefährdet und deshalb ein besonderer Bedarf an zweckdienlichen Informationen besteht.⁴⁾ Die Erforschung der Vermögensverhältnisse dient daher allein dem **Schutz der Anleger** und der **Bestimmung seiner Risikofähigkeit**.⁵⁾ Der Mandant soll letztlich keine Anlagegeschäfte tätigen, die seine finanzielle Leistungsfähigkeit übersteigen und daher seine wirtschaftliche Existenz in nicht abzuschätzender Weise gefährden könnten.⁶⁾

87

Im Rahmen der Erforschung der finanziellen Verhältnisse gilt es vor allem, die aktuelle und künftige **Einkommens- und Vermögenssituation des Mandanten** festzustellen.⁷⁾ Besondere Bedeutung kommt hierbei dem freien Finanzvermögen zu, da dieses am ehesten etwaige Verluste kompensieren kann.⁸⁾ Zu erfragen ist zum einen der Vermögensbestand einschließlich seiner Struktur (z.B. Immobilien- und Barvermögen, Kunstgegenstände), Verbindlichkeiten sowie das (verfügbare) Einkommen.⁹⁾ Zur Ermittlung der **Risikofähigkeit** des Mandanten können schließlich auch außerhalb der eigentlichen Einkommens- und Vermögenssituation, aber hiermit eng zusammenhängende Umstände, wie z. B. das Alter, die berufliche Stellung, der Familienstand und die Zahl der (unterhaltsberechtigten) Kinder herangezogen werden.¹⁰⁾

88

(1.4) Zurechenbarkeit der Angaben des Mandanten

Der Mandant muss sich die von ihm gemachten Angaben zu seinen Kenntnissen und Erfahrungen, seinen Anlagezielen sowie seinen finanziellen Verhältnissen grundsätzlich zurechnen lassen. Eine Pflicht des Steuerberaters, die Angaben des Mandanten nachzuprüfen, besteht daher nicht.¹¹⁾ Bezeichnet sich der Mandant z. B. als erfahren und risikobewusst mit solidem finanziellem Hintergrund, so kann er später nicht ein-

89

1) Scharrenberg, Sparkasse 1995, 108f.; Arendts in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995, 165, 173; vgl. auch Schlotthauer, Sparkasse 1994, 434f.

2) LG München I v. 16.4.2002, 23 O 18881/01, BKR 2003, 558.

3) LG Osnabrück v. 20.3.2003, 5 O 1301/01, BKR 2003, 552.

4) Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 85; vgl. auch Hopt, 2. Aufl. 1985, 436ff.; Heinsius, ZfR 1981, 177, 189f.

5) Schwark in Schwark, 3. Aufl. 2004, § 31 WpHG Rz. 46; vgl. auch Lang, 2003, § 9 Rz. 39.

6) Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 12/7918, 103; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 18 Rz. 15; ders. in Schäfer, 1999, § 31 WpHG Rz. 59; Gaßner/Escher, WM 1997, 93, 96; Balzer, WM 2000, 441, 445; Wieneke, 1999, 133.

7) Vgl. Steuer in FS Schimansky, 793, 802; van Look in Vortmann, 2000, § 1 Rz. 100.

8) Vgl. Lang, 2003, § 9 Rz. 38.

9) Vgl. van Look in Vortmann, 2000, § 1 Rz. 100.

10) Lang, 2003, § 9 Rz. 40; vgl. auch Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 85.

11) Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 93; Schäfer in Schäfer, 1999, § 31 WpHG Rz. 43; Schwark in Schwark, 3. Aufl. 2004, § 31 WpHG Rz. 40; Siol in FS Schimansky, 781, 790; Raeschke-Kessler, WM 1996, 1764, 1768.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

wenden, seine Angaben seien unzutreffend gewesen.¹⁾ Voraussetzung ist jedoch, dass die Angaben **nicht offensichtlich ungläubhaft oder widersprüchlich** sind.²⁾ Ist dies der Fall, genügt es nicht, wenn der Steuerberater den Mandanten lediglich als unerfahren und ohne nennenswerte Kenntnis betrachtet.³⁾ Er ist vielmehr gehalten, beim Mandanten nachzufragen und auf eine **Richtigstellung der Angaben** hinzuwirken, um ggf. seiner auf der Erkundungspflicht aufsetzenden Pflicht zur Aufklärung des Mandanten nachkommen zu können.

(1.5) Berücksichtigung der Mandantenangaben bei der Anlageempfehlung

- 90** Eine anlegergerechte Beratung erfordert nicht nur die Erhebung der Angaben über den Mandanten, sondern auch deren angemessene Berücksichtigung bei der konkreten Anlageempfehlung. Die **Empfehlung eines spekulativen Fonds** an einen bislang nur mit „Blue Chips“ vertrauten Mandanten ist nicht anlegergerecht und stellt eine Verletzung der Pflichten aus einem Beratungsvertrag dar.⁴⁾ Nicht anlegergerecht ist auch eine Beratung, die das ursprünglich vorhandene Anlageziel des Mandanten dem Umsatzinteresse des Beraters anpasst. Eine Verletzung des Beratungsvertrags liegt daher vor, wenn der Berater einen Mandanten, der ersparte 80000 DM in Standardaktien anlegen will, zu einer Spekulation auf Kredit verleitet.⁵⁾
- 91** Ein Verstoß gegen die Pflicht zur anlegergerechten Beratung liegt demgegenüber noch nicht darin, dass der Steuerberater das Beratungsgespräch mit nur einem Ehepartner geführt hat, während die anschließende Ordererteilung auch im Namen der nicht anwesenden Ehefrau erfolgt, da diese sich jedenfalls das **Wissen** des Ehemannes **zurechnen** lassen muss.⁶⁾ Nicht ohne weiteres pflichtwidrig ist auch eine Empfehlung, die auf der Grundlage unwahr oder unvollständiger Angaben des Mandanten erfolgt und daher sein persönliches Profil nicht hinreichend widerspiegelt.⁷⁾ Sofern der Mandant bereits mit deutlichen Vorstellungen vom gewünschten Anlagegeschäft und seiner Finanzierung an den Berater herantritt, schuldet dieser weder die Ermittlung seines Wissensstands noch eine Erläuterung aller in Betracht zu ziehenden Anlagemöglichkeiten. Die Beratungsaufgabe besteht in diesen Fällen lediglich darin, dem Mandanten eine sachgerechte Auswahl unter den in Betracht gezogenen Wertpapieren zu ermöglichen.⁸⁾ Eine Verletzung der aus dem Beratungsvertrag resultierenden Pflichten liegt auch nicht darin, dass der Steuerberater seinem börsenerfahrenen Mandanten, der eine sichere und risikolose Anlage wünscht, einen deutschen Rentenfonds zum Kauf empfiehlt, dessen Erträge an die Zinsentwicklung gekoppelt sind.⁹⁾

1) Vgl. BGH v. 14.5.1996, XI ZR 188/95, ZIP 1996, 1161, 1163 = WM 1996, 1214; BGH v. 24.9.1996, XI ZR 244/95, ZIP 1996, 2064, 2066 = WM 1997, 309; Schäfer in Schäfer, 1999, § 31 WpHG Rz. 43; Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 90; vgl. auch Köndgen, ZBB 1996, 361, 363; Balzer, ZBB 1997, 260, 262; Lange, 2000, 318.

2) Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 90; Schäfer in Schäfer, 1999, § 31 WpHG Rz. 43. Vgl. insoweit auch Nobbe in Horn/Schimansky 1998, 235, 252, der bei Discount-Brokern fordert, dass die Unkenntnis der Bank von der Unrichtigkeit der Kundenangaben im Hinblick auf die Beurteilung der Aufklärungsbedürftigkeit nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen dürfe; weitergehend Horn, ZBB 1997, 139, 150 sowie Balzer, DB 1997, 2311, 2316, die der Bank nur die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der Kundenangaben zurechnen wollen.

3) So aber wohl Lang, 2003, § 9 Rz. 12, der als weitere Möglichkeit die Ablehnung des Geschäfts vorschlägt.

4) LG München I v. 16.4.2002, 23 O 18881/01, BKR 2003, 558 = VuR 2002, 437.

5) BGH v. 24.4.1990, XI ZR 236/89, NJW-RR 1990, 876.

6) OLG Koblenz v. 22.4.2004, 5 U 1384/03, VuR 2004, 337.

7) Lang, 2003, § 9 Rz. 28; Lange, 2000, 237.

8) BGH v. 27.2.1996, XI ZR 133/95, ZIP 1996, 667f. = WM 1996, 664f.

9) A.A. aber AG Frankfurt/M. v. 6.3.1995, 31 C 3752/94, WM 1995, 700 = NJW-RR 1996, 110.

(2) Objektgerechte Beratung des Kunden

(2.1) Pflichteninhalt

Neben der Pflicht zur anlegergerechten Beratung folgt aus dem Beratungsvertrag weiterhin eine Pflicht zur objekt- oder anlagegerechten Beratung des Mandanten. Inhaltlich ist die Verpflichtung zur objektgerechten Beratung dahingehend zu konkretisieren, dass der Mandant einerseits über das Anlageobjekt **zutreffend, vollständig und verständlich aufzuklären** ist und andererseits der Berater eine **Einschätzung und Bewertung** des nachgefragten oder angebotenen Anlageobjekts auszusprechen hat.¹⁾ Sinn und Zweck der objektgerechten Beratung ist es, den Anleger in die Lage zu versetzen, eine seinen Wünschen und Bedürfnissen entsprechende Anlageentscheidung zu treffen.²⁾

92

Die Pflicht zur **Aufklärung** des Mandanten bezieht sich dabei auf alle Eigenschaften und Risiken des Anlageobjekts, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können.³⁾ Inhaltlich stimmt die im Rahmen der objektgerechten Beratung geschuldete Information des Mandanten mit den Aufklärungspflichten überein, die z. B. im Rahmen der **Anlagevermittlung** auch bei Fehlen eines Beratungsvertrags auf Grund des geschlossenen Auskunfts- oder Vermittlungsvertrags bestehen. Das Vorliegen eines Beratungsvertrags führt lediglich zu einer Ausweitung des Pflichtenkreises des Steuerberaters, als die Risiken des konkreten (vom Mandanten nachgefragten oder ihm angebotenen Produktes) in Bezug zu anderen Anlagemöglichkeiten gesetzt werden müssen, um dem Mandanten die Tragweite seiner eigenverantwortlichen Anlageentscheidung zu verdeutlichen.

93

Die Pflicht zur objektgerechten Beratung wird grundsätzlich nicht dadurch erfüllt, dass der Steuerberater dem Mandanten schriftliche Unterlagen überlässt, aus denen dieser alle erforderlichen Informationen entnehmen kann.⁴⁾ Entscheidend ist vielmehr, dass der Mandant in die Lage versetzt wird, das Anlagerisiko objektiv richtig zu beurteilen. Der Steuerberater hat daher **schriftlich überreichtes Material und Prospekte** nach den Umständen des Einzelfalles in einzelnen Punkten zu **erläutern**. Sofern das schriftliche Material widersprüchlich ist, muss der Steuerberater die Widersprüche aufdecken und erklären.

94

Beratungshinweis: Bei falschen Angaben in einem Prospekt besteht eine Pflicht zur ausdrücklichen **Richtigstellung**, soweit die Angaben nicht offensichtlich unwesentlich für den Anlageentschluss des Mandanten sind.⁵⁾

(2.2) Inhaltliche Überschneidungen mit der Pflicht zur anlegergerechten Beratung

Trotz der durchgängig anzutreffenden begrifflichen **Abgrenzung** lassen sich die Pflicht zur anlegergerechten Beratung und die Pflicht zur objektgerechten Beratung nicht eindeutig trennen, da beide Pflichtenkreise **inhaltliche Überschneidungen** aufweisen. Soweit der Steuerberater seine Pflicht zur objektgerechten Beratung verletzt, wird regelmäßig auch eine nicht anlegergerechte Empfehlung vorliegen.⁶⁾ Dies folgt daraus, dass die Erfüllung der Pflicht zur objektgerechten Beratung Informationen über das

95

1) Nobbe in Horn/Schimansky 1998, 235, 245; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, 2. Aufl. 2004, § 18 Rz. 20; Horn, ZBB 1997, 139, 141.

2) OLG Düsseldorf v. 10.10.2002, 6 U 9/02, WM 2003, 1263 f. = ZIP 2003, 471 f.

3) Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 104; Waldeck in Cramer/Rudolph, 1995, 647, 660.

4) Ellenberger, WM-Sonderbeilage 1/2001, 1, 5.

5) BGH v. 31.5.1990, VII ZR 340/88, WM 1990, 1276, 1279 = ZIP 1990, 928.

6) Vgl. aber auch Lang, 2003, § 9 Rz. 29, der eine eigenständige Bedeutung der Pflicht zur objektgerechten Beratung nur dann annehmen will, wenn überhaupt eine anlegergerechte Beratung erfolgt ist.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

Anlageobjekt erfordert, wozu insbesondere auch Informationen über die Plausibilität des Anlagekonzepts gehören.¹⁾ Erteilt der Steuerberater einen Anlagerat, obwohl ihm diese Informationen nicht zur Verfügung stehen, fehlt es nicht nur an einer objektgerechten Beratung, vielmehr kann der Steuerberater auch die im Rahmen der anlegergerechten Beratung erforderliche Abwägung, ob die Anlage zum Mandanten passt, nicht vornehmen.

bb) Aufklärungspflichten

(1) Rechtsgrundlagen

- 96 Anders als die Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung setzen die Aufklärungspflichten des Steuerberaters keinen Beratungsvertrag voraus. Sie finden ihre Grundlage vielmehr nach § 241 Abs. 2 BGB in dem mit Aufnahme geschäftlichen Kontakts entstehenden vertragsähnlichen **Vertrauensverhältnis** mit dem Mandanten.²⁾ Im Zusammenhang mit der **Anlagevermittlung** ziehen die Gerichte zur Begründung von Aufklärungs- oder Informationspflichten des Vermittlers regelmäßig einen stillschweigend geschlossenen Auskunfts- oder Vermittlungsvertrag heran.³⁾

(2) Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten

(2.1) Allgemeiner Pflichteninhalt

- 97 Bei der inhaltlichen Konkretisierung der Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Kapitalanlagen ist die **Zielrichtung** der Verpflichtung zu berücksichtigen. Infolge der Aufklärung soll sichergestellt werden, dass der Mandant in die Lage versetzt wird, eine **eigenverantwortliche Anlageentscheidung** zu treffen.⁴⁾ Auf Grund dieser Zielrichtung ist eine Erfüllung der Aufklärungspflichten nur dann gegeben, wenn die Informationen dem Mandanten **vor Erteilung des Auftrags** vorliegen.⁵⁾
- 98 Im Gegensatz zu der vertraglich übernommenen Beratung sind bei der Konkretisierung der Aufklärungspflichten nicht nur die Person und Verhältnisse des Anlegers zu berücksichtigen, vielmehr sind auch die **Umstände der Anbahnung des geschäftlichen Kontakts** mit einzubeziehen.⁶⁾ Eine Aufklärungspflichtverletzung kommt daher gegenüber einem Mandanten, der angeblich keine Aufklärung benötigt oder eine solche nicht wünscht, grundsätzlich nicht in Betracht.⁷⁾ Der Steuerberater kann zudem durch ausdrückliche Erklärung, über die spezifischen Risiken einer Anlage, die der Mandant beabsichtigt, nicht informiert zu sein, seine Aufklärungspflichten reduzieren.⁸⁾
- 99 Die dem Mandanten zur Verfügung gestellten Informationen müssen ihrem Inhalt nach **vollständig, zutreffend und aktuell**, ihrer Form nach **verständlich und gedanklich ge-**

1) BGH v. 13.1.2000, III ZR 62/99, ZIP 2000, 355 f. = WM 2000, 426; zu den Grenzen der Plausibilitätsprüfungspflicht des Anlageberaters vgl. OLG Frankfurt/M. v. 30.8.2000, 23 U 136/99, NJW-RR 2001, 479.

2) BGH v. 24.5.1993, II ZR 136/92, ZIP 1993, 1089 f.; BGH v. 14.5.1996, XI ZR 188/95, ZIP 1996, 1161 f.; BGH v. 24.9.1996, XI ZR 244/95, ZIP 1996, 2064 f.

3) Vgl. BGH v. 13.5.1993, III ZR 25/92, NJW-RR 1993, 1114; BGH v. 13.1.2000, III ZR 62/99, ZIP 2000, 355.

4) Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 12/7918, 103; Schwark in Schwark, 3. Aufl. 2004, § 31 WpHG Rz. 58; Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 104.

5) Schwark in Schwark, 3. Aufl. 2004, § 31 WpHG Rz. 61; Ellenberger, WM-Sonderbeilage 1/2001, 1, 8.

6) Ellenberger, WM-Sonderbeilage 1/2001, 1, 6; Nobbe in Horn/Schimansky, 1998, 235, 251.

7) BGH v. 14.5.1996, XI ZR 188/95, ZIP 1996, 1161, 1164 = WM 1996, 1214; BGH v. 9.12.1997, XI ZR 85/97, ZIP 1998, 284 f. = WM 1998, 274; s. auch OLG München v. 30.7.1997, 15 U 2954/97, BB 1997, 2501.

8) Nobbe in Horn/Schimansky, 1998, 235, 251.

ordnet gestaltet sein.¹⁾ Die **Pflicht zur vollständigen Information** beinhaltet, dass der Mandant über alle für die jeweilige individuelle Anlageentscheidung wesentlichen Einzelheiten zu informieren ist.²⁾ Die Aufklärungspflicht erstreckt sich nicht nur auch auf eine **negative Berichterstattung** in der Fachpresse, auf die der Steuerberater hinweisen muss.³⁾ Zum Inhalt der geschuldeten Aufklärung gehört auch ein Hinweis auf die Ungeprüftheit der Angaben zur Sicherheit der Kapitalanlage,⁴⁾ da der Berater davon ausgehen muss, dass diese Information für die sachgerechte Anlageentscheidung des Mandanten benötigt wird.

Aus der Aufklärungspflicht des Steuerberaters ergibt sich zugleich auch eine Pflicht zur **Informationsbeschaffung**.⁵⁾ Der Steuerberater hat daher in zumutbarem Umfang die allgemein verfügbaren Informationsquellen auszuwerten, wozu u.a. die einschlägige **Wirtschaftspresse, Brancheninformationsdienste, Datenbanken und Prospekte** gehören.⁶⁾ Hinsichtlich der Auswertung von Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse besteht jedenfalls keine Pflicht, den „gerlach-report“ regelmäßig zu lesen.⁷⁾ Der Informations- und Beratungsumfang des Anlageberaters kann nicht an konkreten Presseerzeugnissen festgemacht oder gar eine Berichtspflicht des Beraters über konkrete Artikel konstruiert werden. Entscheidend ist vielmehr die Pflicht des Beraters, alle die Anlage betreffenden, zutreffend und sorgfältig recherchierten Informationen, die er – aus welcher Quelle auch immer – hat oder bei sorgfältiger Vorbereitung und Qualifizierung haben kann, weiterzugeben, ohne dass hiermit aber eine Pflicht zur Quellenangabe verbunden ist.⁸⁾

Aus dem **Gebot der Verständlichkeit** ist abzuleiten, dass der Mandant Bedeutung und Tragweite der Informationen unschwer erfassen kann.⁹⁾ In diesem Zusammenhang hat der Steuerberater sowohl auf die **unterschiedliche Auffassungsgabe** als auch auf das **unterschiedliche Basiswissen** der einzelnen Mandanten Rücksicht zu nehmen.¹⁰⁾ Aus dem Erfordernis einer verständlichen Information ergeben sich zudem erhöhte Anforderungen an die Gestaltung und Aufmachung insbesondere von schriftlichen Informationsbroschüren. Unzulässig ist es, negative Informationen und Risiken zu verharmlosen, durch Kombination mit überflüssigen Fakten zu verwässern oder positive Informationen zu übertreiben.¹¹⁾

- 1) Vgl. van Look in Vortmann, 2000, § 1 Rz. 84; s. auch Ziff. 2.2 Abs. 3 der Richtlinie des BAWe zu § § 31, 32 WpHG.
- 2) Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 12/7918, 103; Schwark in Schwark, 3. Aufl. 2004, § 31 WpHG Rz. 58; Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 115.
- 3) LG Stuttgart v. 28.2.2003, 26 O 396/02, BKR 2003, 386 = VuR 2003, 188; eingehend zu dieser Verpflichtung auch Renner, DStR 2001, 1706 ff.; Assmann, ZIP 2002, 637 ff.; Loritz, NZG 2002, 889 ff.
- 4) BGH v. 11.9.2003, III ZR 381/02, ZIP 2003, 1928 = WM 2003, 2064 = BB 2003, 2311.
- 5) Vgl. Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 99; Assmann, ZIP 2002, 637, 644 ff.; kritisch Loritz, NZG 2002, 889, 893 ff.
- 6) Arendts, 1998, 37 ff.; Waldeck in Cramer/Rudolph, 1995, 647, 658; vgl. ferner OLG Braunschweig v. 12.6.1996, 3 U 78/95, ZIP 1996, 1242 = WM 1996, 1484; OLG Celle v. 15.8.2002, 11 U 341/01, DB 2002, 2211.
- 7) OLG München v. 6.12.2002, 21 U 3997/01, BKR 2003, 875; a. A. LG München I v. 23.1.2002, 27 O 7101/01, VuR 2002, 325, 327 = BKR 2002, 467.
- 8) LG Tübingen v. 17.9.2003, 6 O 38/03, WM 2004, 641. Vgl. allg. zu den Grenzen der Informationsbeschaffungspflicht unter dem Aspekt der Zumutbarkeit Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 99.
- 9) Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 115; Lang, 2003, § 10 Rz. 36; Kämpel, 2. Aufl. 2006, 174.
- 10) Vgl. BGH v. 11.6.1996, XI ZR 172/95, BGHZ 133, 82 = ZIP 1996, 1206 f. = WM 1996, 1260; BGH v. 4.4.2002, III ZR 237/01, WM 2002, 913 f. = ZIP 2002, 795; Raeschke-Kessler, WM 1993, 1830, 1835; Arendts, DZWIR 1994, 185 f.
- 11) Vgl. BGH v. 17.3.1992, XI ZR 204/91, ZIP 1992, 612 = WM 1992, 770; Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 118; Lang, 2003, § 10 Rz. 37; Arendts, DZWIR 1994, 185 f.

2 Grundlagen für die Vermögensgestaltungsberatung

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

(2.2) Aufklärungspflichten bei einzelnen Anlageformen

(2.2.1) Aktien

- 102** Beim Erwerb von Aktien sind dem Anleger grundsätzlich Informationen über den **Ertrag** (Dividende), das **Kursrisiko**, das **Bonitätsrisiko**, das **Liquiditätsrisiko**, das **Konjunktur- und das Währungsrisiko** zur Verfügung zu stellen.¹⁾ Der bloße Hinweis auf das allgemeine Kursrisiko reicht für eine ordnungsgemäße Anlageberatung nicht aus, wenn es dem Mandanten erkennbar um eine sichere Anlage und vor allem um Substanzerhalt geht. Erforderlich ist vielmehr der Hinweis auf die Möglichkeit des **Substanzverlusts** bis hin zum **Totalverlust**.²⁾ Gegenüber einem nicht ganz unerfahrenen Mandanten ist der Berater bei einer sich abzeichnenden Krise nicht verpflichtet, auf das **Risiko eines künftigen Kurssturzes** von Aktien hinzuweisen.³⁾ Tritt der Kunde mit dem Wunsch an den Berater heran, eine große Stückzahl einer bestimmten Aktie zu erwerben und wird der Kauf sodann durch einen Lombardkredit finanziert, begründen in der Regel weder die Fremdfinanzierung noch die große Stückzahl eine besondere Aufklärungspflicht.⁴⁾ Bei **Neuemissionen** ist hinsichtlich der Aufklärung des Anlegers zu fordern, dass ihm das **Zuteilungsverfahren** hinreichend plausibel dargelegt wird.⁵⁾ Auch der fehlende Hinweis auf einen Emissionsprospekt kann eine Pflichtverletzung darstellen.⁶⁾ Aufzuklären ist zudem über die Möglichkeit der **Limitierung von Wertpapieraufträgen** sowie über die mit der Transaktion und der anschließenden Verwahrung verbundenen Kosten.⁷⁾ Notwendig ist auch ein Hinweis, wenn eine Aktie nur im Freiverkehr oder im Neuen Markt gehandelt wird.⁸⁾ Beim Erwerb ausländischer Aktien ist der Anleger über die erhöhten Kosten der Transaktion sowie der späteren Depotverwaltung aufzuklären.⁹⁾
- 103** Bei der **Vermittlung nicht börsennotierter Aktien** hat der Anlageberater dem Käufer die sich aus der fehlenden Börseneinführung ergebenden Konsequenzen zu erläutern und ihm deutlich zu machen, dass die jederzeitige Handelbarkeit solcher Aktien nicht gewährleistet ist.¹⁰⁾

1) Vortmann in Vortmann, 2000, § 5 Rz. 79; Horn in Bankrecht und Bankpraxis (BuB), Rz. 7/1398; vgl. auch Ziff. 2.2.2 der Richtlinie des BAWe zu §§ 31, 32 WpHG.

2) LG Kleve v. 11.6.2003, 4 O 109/92, EWiR 2003, 1011.

3) OLG München v. 10.2.1993, 7 U 3781/92, ZIP 1994, 125 = WM 1994, 236 = BB 1994, 533.

4) OLG Düsseldorf v. 31.7.2003, 6 U 7/03, NJW-RR 2004, 409.

5) Lang, 2003, § 10 Rz. 59.

6) A. A. LG Wiesbaden v. 6.3.1992, 3 O 305/91, NJW-RR 1992, 1074 = WM 1993, 209; Vortmann, 8. Aufl. 2006, Rz. 374; dagegen Hartung, EWiR 1991, 1059f.; offengelassen von Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 163.

7) Koller in Assmann/Schneider, 4. Aufl. 2006, § 31 Rz. 105; Schäfer in Schäfer/Müller, 1999, Rz. 162; Lang, 2003, § 10 Rz. 60.

8) Nobbe in Horn/Schimansky, 1998, 235, 256; Vortmann in Vortmann, 2000, § 5 Rz. 82; Horn in Bankrecht und Bankpraxis (BuB), Rz. 7/1398.

9) OLG München v. 11.10.1985, 2 Ws 983/85, WM 1986, 1217; Vortmann in Vortmann, 2000, § 5 Rz. 83.

10) OLG Oldenburg v. 6.9.2002, 6 U 66/02, ZIP 2002, 2252f. = BKR 2003, 161 = MDR 2003, 166; LG Hamburg v. 4.12.1997, 327 O 143/97, NJW-RR 1999, 556 = VuR 1998, 156; Vortmann, 8. Aufl. 2006, Rz. 334 m. w. N.

Die Stollfuß Praxishandbücher.

Sie sind online!



Papperitz | Keller
ABC Betriebsprüfung
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 180,-
 ISBN 978-3-08-170100-4

Rosarius
AfA-Lexikon
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 120,-
 ISBN 978-3-08-174300-4

Kirschbaum
Existenzgründung Handbuch
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 140,-
 ISBN 978-3-08-170300-8

Halbach u.a.
Handbuch Betrieb und Personal
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 270,-
 ISBN 978-3-08-176500-6

Kraemer | Vallender | Vogelsang
Handbuch zur Insolvenz
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 180,-
 ISBN 978-3-08-174800-9

Jasper | Sönksen | Rosarius
Investitionsförderung
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 210,-
 ISBN 978-3-08-176000-1

Demuth u.a.
Privatvermögen
 Online-Nutzung
 Preis jährlich ca. € 120,-
 ISBN 978-3-08-171000-6
 Erscheint voraussichtlich Mai 2008

NEU!

Steuerberater Branchenhandbuch
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 320,-
 ISBN 978-3-08-176200-5

Steuerberater Handbuch
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 125,-
 ISBN 978-3-08-184000-0

Steuerberater Handbuch Europa
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 240,-
 ISBN 978-3-08-176400-9

Steuerberater Rechtshandbuch
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 240,-
 ISBN 978-3-08-176100-8

Ernst & Young
Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen
 Online-Nutzung
 Preis jährlich € 140,-
 ISBN 978-3-08-170200-1

Hochwertige Fachinformationen online recherchieren und nutzen!
 Weitere Informationen finden Sie im Internet unter
www.stollfuss.de

Bestellen Sie bei unserem Kundenservice
 Telefon 0 18 05-78 97 77*, Ihrem Buchhändler
 oder im Internet unter www.stollfuss.de

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, die Ware innerhalb von 2 Wochen nach Lieferung ohne Begründung an Ihren Lieferanten (Verlagsauslieferung, Buchhändler) zurückzusenden, wobei die rechtzeitige Absendung genügt. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Ihre Stollfuß Medien GmbH & Co. KG, Dechenstraße 7, 53115 Bonn.

* Dieser Anruf kostet aus dem Festnetz der Deutschen Telekom 14 ct pro Minute. Bei Anrufen aus anderen Netzen, auch Mobilfunknetzen, gelten möglicherweise abweichende Preise.

