

Veranstaltungsbericht
Forum des Bankverbandes am 05. September 2007 in Berlin
„Zivilrecht und MiFID im Spannungsfeld“

Am 05. September 2007 fand in Berlin ein Workshop des Bundesverbandes Deutscher Banken statt, der sich mit dem Thema „Zivilrecht und MiFID im Spannungsfeld“ beschäftigte. Referenten der Veranstaltung waren *Dr. Thorsten Pötzsch* (Bundesministerium der Finanzen), *Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Schäfer* (Rechtsanwälte Sernetz-Schäfer); *Rechtsanwalt Dr. Peter Clouth* (Syndikus Deutsche Bank AG) und *Rechtsanwalt Andreas Tilp* (Tilp Rechtsanwälte).

In seinem Eingangsreferat gab *Dr. Pötzsch* einen Überblick über das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der MiFID, legte die wesentlichen Änderungen des deutschen Rechts kurz dar und zeigte zukünftige Diskussionsfelder auf:

- Sind die §§ 31 ff. WpHG auch zukünftig allein aufsichtsrechtliche Regelungen oder dienen sie in der neuen Fassung auch dem Schutz des Kunden? Lassen sich aus dem Verbandsklagerecht Rückschlüsse ziehen?
- Die Vermittlung von Investmentfonds und die Anlageberatung im Hinblick auf Investmentfonds sind nicht erlaubnispflichtig. Wie aber ist die erlaubnispflichtige von der erlaubnisfreien Tätigkeit abzugrenzen, wenn im Rahmen der Beratung auch eine Depostrukturanalyse vorgenommen wird? Begrenzt der Umfang der Erlaubnis gleichzeitig die Haftung für eine anlegergerechte Beratung nach zivilrechtlichen Vorschriften? Dr. Pötzsch schlug vor, dass in diesem Falle mangels Erlaubnis gar kein Beratungsvertrag zustande komme und der Vermittler auf die Grenzen seiner Tätigkeit hinzuweisen habe.
- Wie ist die Einschränkung der Annahme von Zuwendungen auszulegen (§ 31d WpHG n.F.), insbesondere wie ist der Kunde zu informieren, wann steigert eine Zuwendung die Qualität einer Dienstleistung und muss dieser Nachweis für den konkreten Kunden geführt werden? Dr. Pötzsch verwies zur Auslegung auf das Level 3 Papier CESR/07-228b. Eine Verbesserung der Qualität der Dienstleistung sei danach etwa anzunehmen, wenn die Beratung unabhängig erfolge oder aber die Zuwendung für den Vertrieb bezahlt werde und keine Anlageberatung erfolge oder

allgemeine Empfehlungen abgegeben werden würden. Eine Qualitätsverbesserung müsse auch nicht für den konkreten Kunden nachgewiesen werden. Schließlich frage er, wie sich § 31d WpHG zum Auftragsrecht des allgemeinen Zivilrechts (§§ 666, 667 BGB) verhält.

Der Vortrag von *Prof. Dr. Schäfer* widmete sich allein der Frage, ob die §§ 31 ff. WpHG Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind. Diese Frage hat in der Praxis eine eher untergeordnete Bedeutung, da die Wertpapierdienstleistungsunternehmen meist direkt aufgrund ihrer vertraglichen Bindungen haften; der Schutzgesetzcharakter ist lediglich dafür entscheidend, ob eine persönliche Haftung des Beraters in Betracht kommt. Prof. Schäfer übte zunächst eine grundlegende Kritik daran, wie in der rechtswissenschaftlichen Literatur diese Frage behandelt wird, weil zu schnell auf den Schutzgesetzcharakter geschlossen werde, obwohl der Gesetzgeber die betroffenen Individualinteressen bereits anderweitig geschützt habe. Er kam zu dem Ergebnis, dass „abweichend von einer verbreiteten Meinung“ viele der Neuregelungen nicht als Schutzgesetze zu qualifizieren seien, da sie als aufsichtsrechtliche Regelungen neben der ohnehin bestehenden zivilrechtlichen Haftung ständen.

Dr. Clouth stellte die verschiedenen Möglichkeiten vor, das Verhältnis der Wohlverhaltensregeln der §§ 31 ff. WpHG zum allgemeinen Zivilrecht zu bestimmen. Er favorisierte den Ansatz, die Normen des WpHG als Aufsichtsrecht anzusehen, das unabhängig neben dem Zivilrecht stehe, aber auf dieses ausstrahle. Diese Ausstrahlungswirkung führe jedoch nicht dazu, dass die nach dem Zivilrecht bestehenden Verhaltenspflichten eingeschränkt werden würden. Er merkte an, auch der Bundesrichter Ellenberger, Mitglied im für Banksachen zuständigen XI. Senat, sei dieser Ansicht. Daneben wandte er sich dem Problem der Zuwendungen zu und stellte den Lösungsansatz der Deutschen Bank dar: Danach soll die Herausgabe von Zuwendungen und die Rechnungslegung darüber, die nach dem Auftragsrecht besteht (§§ 666, 667 BGB) durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank abgedungen werden. Als Argument für die Zulässigkeit dieses Modells führte er an, dass der Gesetzgeber in § 31d WpHG davon ausgehe, dass es Zuwendungen gebe, die das Wertpapierdienstleistungsunternehmen annehmen dürfe; dann sei es aber auch konsequent, wenn es diese behalten dürfe. Er äußerte ferner die Einschätzung, „Staffelprovisionen“ seien nicht mit dem neuen Recht vereinbar.

Im abschließenden Referat nahm *Rechtanwalt Tilp* zu den Neuerungen der MiFID aus

Anlegerperspektive Stellung. Er kritisierte, dass die zwei größten Hemmnisse für die Durchsetzung von Ansprüchen der Anleger, die kurze Verjährung nach § 37a WpHG sowie die Beweislastverteilung, weiterhin bestehen würden. Danach wandte er sich der allgemein üblichen Praxis zu, Zuwendungen zu bezahlen und bemängelte die fehlende „Aufrichtigkeit, Transparenz und Fairness“ der Banken, da diese die erhaltenen Zuwendungen nicht offen legen würden.

In der Diskussion wurde angeregt und auf hohem Niveau über das Verhältnis von MiFID und Zivilrecht diskutiert. Mehrfach aufgegriffen wurde die These von *Mülbert* (WM 2007, 1149), der davon ausgeht, dass die Normen des WpHG, da sie eine Maximalharmonisierung darstellen, die allgemeinen Verhaltenspflichten des Zivilrecht verdrängen würden. Gegen diese These wurde von einem Teilnehmer eingewandt, dass es nicht die Absicht des europäischen Gesetzgebers gewesen sei, dass nationale Zivilrecht teilweise zu harmonisieren, und es zweifelhaft sei, ob die Europäische Union hierfür überhaupt über die entsprechenden Kompetenzen verfüge. Daneben standen auch in der Diskussion die Probleme der Zuwendungen im Mittelpunkt. Wiederholt wurde hierbei ihre Bedeutung für die bestehenden Vertriebsstrukturen betont. Mehrere Teilnehmer wiesen auf den Widerspruch zwischen § 31d WpHG, dem Annahmeverbot, und dem zivilrechtlichen Herausgabeanspruch hin.

Die Veranstaltung gab einen Eindruck über grundlegende Probleme der MiFID-Umsetzung, die für alle Finanzdienstleistungsunternehmen von großer Bedeutung sind und von der Forschungsstelle in separaten Beiträgen in näherer Zukunft vertieft werden.

Rechtsanwalt Peter Schantz,

(wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle Finanzdienstleistungen)