



MATTIL & KOLLEGEN

Fachanwälte für Bank- und Kapitalmarktrecht

MATTIL & KOLLEGEN | Thierschplatz 3 | 80538 München
2998/16 - MA - em / DI/58630

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Platz der Republik 1

11011 Berlin

München, 02.03.2017

Unser Zeichen: 2998/16MA / em
bitte stets angeben

MiFiD II

Sehr geehrte Frau Arndt-Brauer,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu dem Gesetzentwurf
Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz Stellung nehmen zu
dürfen.

Die Kanzlei Mattil ist seit mehr als 20 Jahren im Bank- und Ka-
pitalmarktrecht tätig und vertritt Anleger in dem breiten Spekt-
rum des Kapitalmarktes, insbesondere bei gescheiterten Anlagen
in Wertpapieren, Investmentfonds, Vermögensanlagen und Ver-
sicherungen.

PETER MATTIL
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

KATJA FOHRER*
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht

SUSANNE KUNZFELD*
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht

RALPH VEIL*
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

JOACHIM KLEEFELD*
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

ROHAN FONSEKA*
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

MAGDALENA NICOLA*
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht

SASCHA BOROWSKI*
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

MICHAEL BAYR*
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

MARKUS JOACHIMSTHALER*, LL.M.
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

JOHANNES VÖTTERL*
Rechtsanwalt

DR. HAUKE KUDER*
Rechtsanwalt

*angestellte(r)
Rechtsanwalt / Rechtsanwältin

Thierschplatz 3
80538 München

Zentrale
Telefon (0 89) 24 29 38 - 0
Telefax (0 89) 24 29 38 - 25
www.mattil.de

Sekretariat:

Margret Engelhardt
Direkt-Tel (0 89) 24 29 38 - 0
Direkt-Fax (0 89) 24 29 38 - 25
e-mail: mattil@mattil.de

Kooperationskanzleien in:

BERLIN | BRÜSSEL | LONDON | LUXEMBURG | MAILAND | MONTANA | NEW YORK | PARIS | WIEN | ST. GALLEN

1. Zuwendungen im Zusammenhang mit der Anlageberatung und Vermögensverwaltung

Der Kunde des WPDL-Unternehmens muss erkennen können, ob die Beratung und Empfehlung eines Produktes aufgrund eigener Provisionsinteressen oder „unabhängig“ erfolgt. Das Gesetz unterscheidet dabei „Kosten und Nebenkosten“ (§ 63 Abs. 7) und „Zuwendungen und Gebühren“ (§ 70) sowie danach, ob es sich um eine unabhängige Honorar-Anlageberatung handelt „oder nicht“.

Die Honorar-Anlageberatung soll vernünftigerweise eine ernsthafte Konkurrenz zur Provisionsberatung darstellen. Die Voranstellung des Wortes „unabhängig“ finden wir richtig. Der Begriff des Honorars würde sonst bei dem Verbraucher den Eindruck erwecken, als würde er die teure Variante wählen. Der Verbraucher soll davon ausgehen dürfen, dass die Beratung keine Hintergründe hat, die die Empfehlung vorbestimmen, wie es im Falle einer Provisionszahlung leider der Fall ist. Wenn ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen von dem Anbieter X eine Provision in Höhe von 15 % für jeden Verkauf erhält, dürfte das Ergebnis der Beratung geradezu zwingend sein. Dies ist den meisten Anlegern unserer Erfahrung nach nicht bewusst. Oft besteht eine seit Jahren geübte Geschäftsverbindung und ein persönlicher Kontakt zu dem Mitarbeiter. Man geht davon aus, dass der Berater das optimale Produkt ausgesucht und empfohlen hat. In der Beziehung zwischen Kunden und Berater spielt das persönliche Vertrauen eine große Rolle, wie wir in unzähligen Gesprächen festgestellt haben. Die Bank wird noch immer nicht als „Verkäufer“ oder „Geschäftemacher“ empfunden, zumindest nicht im Bereich der persönlichen Anlageberatung. Wenn überhaupt (noch immer dürfte die Mehrheit der Meinung sein, dass eine Produktempfehlung aus der laufenden Geschäftsverbindung heraus erfolgt), dürfte nach der Vorstellung eines Verbrauchers die Vergütung von Seiten des Emittenten an die beratende Bank erfolgen. Die Behauptung, einem Privatanleger sei bewusst, dass von seinem Anlagekapital direkt die Provision einbehalten und ausbe-

zahlt wird, entspricht nicht unserer Erfahrung. Wenn eine Investitionssumme von 50.000,00 € angelegt wird, entzieht es sich der vernünftigen Vorstellung, dass davon direkt 10.000,00 € als Provision fließen (in manchen Sparten, z.B. der Schiffsfonds oder Medienfonds liegen uns Nachweise über Provisionsvolumen von 25 % vor). In der Regel wird eine Kapitalanlage von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen aktiv angeboten, was die Überlegung auslöst, sich die Vergütung dann auch von dem Anbieter gewähren zu lassen. Die Honorar-Anlageberatung wird hiermit nur schwer konkurrieren können. Allgemein wird es geringe Bereitschaft geben, dafür zu zahlen, wenn einem etwas aufgedrängt wird. Anders dürfte die Situation sein, wenn sich der Kunde selbst und aus eigener Initiative an einen Berater wendet. Auf jeden Fall müsste stets ein Hinweis erforderlich sein, dass die Provision nicht etwa von dem Anbieter (Emittenten) bezahlt, sondern direkt und in voller Höhe von dem Anlagekapital in Abzug gebracht wird. Dieser Hinweis müsste auch in einem Kurzinformationsblatt enthalten sein. Dieser könnte zu einem Umdenken führen, wenn das Honorar – z.B. 300,00 € - in Abzug von dem Anlagekapital – z.B. 10.000,00 € - gegenübergestellt wird.

Bei dem Kunden darf nicht der Eindruck entstehen, die Honorar-Anlageberatung koste etwas, die Provisionsberatung nicht. Die MiFiD II lässt die Entgegennahme von monetären Zuwendungen zu, wenn diese an den Kunden ausgekehrt werden. Nicht-monetäre Zuwendungen dürfen nicht angenommen werden. In der Konsequenz dürften m.E. Honoraranlageberater keine Finanzinstrumente empfehlen, „deren Anbieter oder Emittent das Finanzdienstleistungsunternehmen selbst ist oder zu deren Anbieter oder Emittenten eine enge Verbindung oder wirtschaftliche Verflechtung besteht“ (§ 64 Abs. 6 WpHG-E). Da hier die Unabhängigkeit in Frage steht, würden wir es folgerichtig finden, im Falle von Verbindungen und Verflechtungen eine Beratung/Empfehlung nicht zuzulassen. Die Unabhängigkeit besteht in diesem Falle nicht mehr, auch wenn darüber aufgeklärt wird. Der Verbraucher übersieht doch solche Hinweise oder nimmt sie nicht ernst.

Ein Honoraranlageberater solle in keinem Fall Zuwendungen entgegennehmen und an die Kunden weiterreichen dürfen. In diesem Fall besteht nämlich ein Anreiz für den Kunden, das Produkt zu erwerben. Wir haben die Erfahrung gemacht, dass ein Anleger einem Produkterwerb zuneigt, wenn er sofort z.B. 1.000,00 € bar auf die Hand bekommt. Die Provisionsweitergabe war früher im Versicherungswesen verbreitet und hat zu unnötigen Abschlüssen geführt.

Im Falle verschwiegener Provisionen kann der Kunde zivilrechtliche Rückabwicklung der Beteiligung geltend machen. Dieser sogenannte „Kickback-Joker“ war noch vor einigen Jahren ein gelungenes Mittel, eine Kapitalanlage wieder loszuwerden. Mittlerweile hat sich jedoch die Rechtsprechung in einer Art und Weise entwickelt, dass nur noch in seltenen Fällen in der Praxis eine Durchsetzung gelingt. Die Gerichte sind dazu übergegangen, den Anlegern eine Kenntnis der Provisionen zu unterstellen und die Kausalitätsvermutung aufklärungsrichtigen Verhalten nach persönlicher Anhörung und regelrechter Durchmangelung als widerlegt anzusehen. Die Gerichte gehen sogar so weit, die Verjährung (3 Jahre) schon am Tag der Beratung anlaufen zu lassen. Es kommt nicht einmal darauf an, ob der Anleger eine Ahnung von der Höhe der Zuwendungen hat.

Zivilrechtlich sollte daher eine Möglichkeit der Rückabwicklung der Kapitalanlage eingeführt werden, wenn das WPDL-Unternehmen den Kunden hinsichtlich Zuwendung getäuscht oder im Unklaren gelassen hat, sei es im persönlichen Beratungsgespräch oder in den Verkaufsunterlagen. In der Praxis, wie erwähnt, wird der theoretisch bestehende Rückabwicklungsanspruch auf eine Art und Weise torpediert, dass man einem Verbraucher schon von einer Klage aus diesem Grunde abraten muss. Wir haben es in unzähligen Fällen erlebt, dass Anleger – auch hochbetagte – von Bankanwälten niedergebrüllt und beleidigt wurden. Man muss es miterlebt haben, wie Anwälte einer Bankkanzlei in einem Termin, bei dem der Zeuge zu Gunsten des Verbrauchers aussagte, schrien und lachten, so dass der Zeuge nicht mehr zu Wort kam.

Die Rechtslage in anderen Staaten möchten wir kurz ansprechen.

In Großbritannien wurde 2013 den Versicherungs- und Finanzmaklern untersagt, für die Vermittlung von Kapitalanlagen und kapitalbildenden Lebensversicherungen Provisionen oder Ähnliches anzunehmen. Damit wollte Großbritannien Interessenkonflikte ausschließen und für eine objektivere Beratungspraxis sorgen. Die Zahl der Makler ist zurückgegangen und angeblich wird die partielle Rückkehr zur Provisionsberatung geprüft.

In Holland dürfen seit 2013 keine Gebühren im Falle einer Beratungs- oder ähnlichen Leistung mehr verlangt werden, die für einen nicht professionellen Anleger erbracht wird. Erlaubt sind nur Gebühren, die der Kunden an das Beratungsunternehmen bezahlt. Eine Ausnahme gibt es bei fondsgebundenen Lebensversicherungen.

In Schweden und Finnland hat die Branche mit eigenen Vorschlägen die Regulierung angestoßen und durch freiwillige Maßnahmen der Branche selbst ein Eingreifen des Gesetzgebers verhindert.

Luxemburg erlaubt die Zahlung geringer nicht monetärer Zuwendungen. Diese müssen vernünftig und verhältnismäßig sein und das Verhalten des Empfängers nicht beeinflussen. Außerdem müsse auch diese nicht monetären Zuwendungen offengelegt werden.

Schweiz: Die sogenannten Retrozessionen dürfen nicht verschwiegen und müssen an den Kunden herausgegeben werden. Nach einer obergerichtlichen Entscheidung wurde dies auch im Obligationenrecht festgelegt.

Frankreich: Provisionen bleiben erlaubt, wenn sie die Qualität verbessern und offengelegt werden. Provisionen sind verboten im Falle der unabhängigen Beratung und der Vermögensverwaltung.

Italien, Spanien: Auch dort gilt kein Provisionsverbot, aber die Pflicht zur Offenlegung und Qualitätsverbesserung sowie das Verbot im Falle der unabhängigen Beratung und Vermögensverwaltung.

Festpreisgeschäft/Margengewinn

Ein WPDL-Unternehmen kann ein Produkt entweder vermitteln – und dabei eine entsprechende Provision berechnen – oder das Produkt selbst ankaufen und mit einem Aufschlag weiter veräußern. In diesem Falle würde keine Vermittlungsprovision - Zuwendung – anfallen, die dem Kunden verschwiegen wird. Der Ankauf der Finanzinstrumente kann im Wege der Kommission oder für eigenes Risiko (Eigenhandel, Emission) erfolgen. Im Falle des Kommissionsgeschäftes müsste dem Kunden – da die Finanzkommission eine Dienstleistung für ihn darstellt – eine Offenlegung des Aufschlages erfolgen, da die Marge in diesem Falle mit einer Vermittlungsprovision wesensgleich ist. Falls diese Gewinnmarge unter Erwägungsgrund 79 der Delegiertenverordnung zur MiFiD II zu subsummieren ist, muss eine Aufstellung zusammen mit anderen Kosten nur auf Verlangen und im Nachhinein dargelegt werden.

2. Mit dem § 64 WpHG-E wird in der Anlageberatung die sogenannte Geeignetheitserklärung eingeführt, unter gleichzeitiger Abschaffung des Beratungsprotokolls.

Bis 2010 bestand für die WPDL-Unternehmen keine Pflicht zur Erstellung und Übergabe eines Beratungsprotokolls an den Kunden. Die Banken erstellten aber in der Regel trotzdem ein Beratungsprotokoll und behielten dieses für sich. Anleger, die vor einem Verlust ihrer Kapitalanlage standen, und in Erwägung zogen, ihre Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, hatten keine rechtliche Handhabe, das Beratungsprotokoll von ihren Banken heraus zu verlangen. Der Anleger konnte also mit seinem Rechtsanwalt die Erfolgchancen nur schwer abschätzen und nach unserer Erfahrung wurden die zum Zeitpunkt der Beratung erstellten Protokolle erst im Prozess vorgelegt. Dieser unerträgliche Zustand wurde 2010 beendet und die Beratungsunternehmen zur Erstellung und sofortigen Übergabe an den Kunden verpflichtet. Seit dem konnte jeder Kunde das seinerzeit erstellte Protokoll auf Richtigkeit überprüfen und seine Erfolgsaussichten abschätzen. Durch die Mitnahme des Protokolls zum Zeitpunkt der Beratung war auch eine nach-

träglich Verfälschung ausgeschlossen. Die Aufgabe des Beratungsprotokolls halten wir für falsch.

Die künftig zu erstellende Geeignetheitserklärung soll das Beratungsprotokoll ersetzen. Diese muss erläutern, wie sie auf die Präferenzen, Anlageziele und die sonstigen Merkmale des Kunden abgestimmt wurde (in der jetzigen Gesetzesfassung heißt es, dass die Empfehlung den Anlagezielen des Kunden „entspricht“. Ob dies etwas anderes bedeutet, ist uns nicht klar). Wenn der Kunde von dem Unternehmen darüber informiert wird, dass die empfohlene Anlage für ihn geeignet ist, wird er beruhigt sein und keinen Anlass sehen, den genauen Inhalt der Geeignetheitserklärung zu prüfen. Der Berater wird dazu verleitet, die Angaben des Kunden im Beratungsgespräch und dessen Ablauf in der für ihn günstigen Weise darzustellen.

Die Vorschriften – z.B. § 64 Abs.2 und § 64 Abs.4 – gelten nur gegenüber Privatkunden. In den vergangenen Jahren wurde bekannt, dass auch viele Gemeinden von WPDL-Unternehmen zum Kauf hochspekulativer Produkte veranlasst wurden, die erhebliche Schäden angerichtet haben. Obwohl nicht davon auszugehen ist, dass in einer „normalen“ Kommune finanzmarktkompetente Beamte oder Mitarbeiter beschäftigt sind, werden Kommunen als professionelle Anleger behandelt (§31 a Abs.2 Nr. 3 WpHG). Im Zusammenhang mit spekulativen Swaps wurden und werden unzählige Prozesse gegen Banken geführt, da die Gemeindevertreter diese Produkte nicht hinsichtlich der Risiken verstehen und einschätzen konnten.

Aufzeichnung

Gemäß § 83 in Verbindung mit der Delegierten Verordnung (Artikel 76) hat das Unternehmen die Inhalte der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation aufzuzeichnen. Die Aufzeichnung hat insbesondere diejenigen Teile der Telefongespräche zu beinhalten, in welchem die Risiken und

Ertragschancen erörtert werden. Wenn der Auftrag im Rahmen eines persönlichen Gespräches erteilt wird, hat das Unternehmen die Erteilung des Auftrages zu dokumentieren. Zu diesem Zwecke dürfen auch schriftliche Protokolle über den Inhalt des Gesprächs angefertigt werden, ist also nicht verpflichtend.

Wir halten diese Regelungen für unpraktikabel und für Manipulationen geeignet. Der Berater entscheidet, welche Teile des Telefongespräches er aufnimmt. Wenn er zu einem späteren Zeitpunkt des Telefongespräches oder in einem zweiten Telefonat die Risiken zurücknimmt oder relativiert, ist die gesamte Aufzeichnung wertlos. Der Berater hat es in der Hand, die „angenehmen“ Teile des Telefongespräches aufzuzeichnen. Üblicherweise wird im Rahmen eines Telefonates auch gewisser Smalltalk stattfinden, so dass notwendiger Weise einiges zu löschen ist. Vor allem aber ist es nach unserer Erfahrung so, dass eine Beratung sich in der Regel aus mehreren Gesprächen zusammensetzt, telefonisch und persönlich. Der im persönlichen Gespräch besprochene Ablauf muss nicht dokumentiert werden, sondern nur die Erteilung des Auftrages. Die Aufzeichnung der Risikohinweise in einem Telefongespräch ist im Hinblick auf den erfahrungsgemäß stattfindenden Ablauf einer Anlageberatung geradezu unsinnig.

Die Aufzeichnungen müssen nur 5 Jahre aufbewahrt werden. Dieser Zeitraum ist zu kurz. Aus unserer langjährigen Praxis können wir festhalten, dass zwischen einer Beratung/Kauf und der Entdeckung einer Falschberatung eine Verzögerung liegt, die oft 10 und noch mehr Jahre beträgt. Selten tritt z.B. eine Insolvenz eines Unternehmens schon in den ersten 5 Jahren nach dem Vertrieb auf. Tausende geschlossene Schiffsfonds der 90iger Jahre fielen ab ca. 2009 in die Insolvenz. Das Gleiche gilt für viele Unternehmensanleihen, Aktien, Zertifikate und viele andere Produkte. Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen beginnt demgemäß auch erst mit der Kenntnis einer Pflichtverletzung zu laufen. Die Aufbewahrungsfrist sollte mindestens 10 Jahre dauern, entsprechend der absoluten Verjährung nach §

199 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

§ 83 Abs. 9 erkennt die Verpflichtung, die Aufzeichnung gegen nachträgliche Verfälschungen zu sichern. Der Berater kann das Telefongespräch nach Belieben zurechtschneiden und eine technische Lösung, dies zu verhindern, ist nur schwer vorstellbar. Der Berater wird sich immer damit herausreden können, dass er Persönliches oder Smalltalk gelöscht hat.

3. Marktmissbrauch

Nach § 6 WpHG hat die BaFin im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben Missständen entgegen zu wirken. Sie kann Anordnungen treffen, um diese Missstände zu beseitigen oder zu verhindern. Sie kann Auskünfte, die Vorlage von Unterlagen verlangen und Personen vernehmen. Die Befugnisse der BaFin beziehen sich auch auf Verstöße gegen Vorschriften der Verordnung 596/2014, insbesondere Artikel 16 (Marktmissbrauch). Ein Marktmissbrauch erschöpft sich nicht in Maßnahmen der Marktmanipulation (Kursbeeinflussung) und Insidergeschäften, sondern geht nach dem Verständnis der EU weit darüber hinaus. Marktmissbrauch ist ein Oberbegriff für unrechtmäßige Handlungen an den Finanzmärkten (siehe Verordnung Nr. 596/2014, Erwägungsgrund 7). Verbraucher werden Opfer ausgeklügelter und etablierter Modelle, die oft nur durch die Mithilfe von Prüfern und Gutachtern und Ratings funktionieren. Mit Gefälligkeitstestaten und –Ratings halten sich oft Unternehmen jahrelang über Wasser und sammeln weiter Gelder von Kleinanlegern ein. Im Zusammenhang mit der insolventen Lehman Brothers wurde der Öffentlichkeit bewusst, wie im Zusammenspiel einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und einer Ratingagentur Bilanzgewinne vorgetäuscht wurden. Lehman Brothers hat auch in Deutschland fast 1 Milliarde € von Bankkunden eingeworben, zum überwiegenden Teil Rentnern. Die Ansprüche verjährten nach deutschem Recht schon nach kurzer Zeit und die meisten der Geschädigten blieben auf ihrem Schaden sitzen.

Unsere Kanzlei führt derzeit viele Klage gegen eine Ratingagentur, die einem Betrugsunternehmen aus Dresden „TOP Rating“ erteilt hatte, die kurze darauf in die Insolvenz fiel. Etwa 40.000 Kleinanleger haben dort ihr Geld verloren.

Aus Gründen, die man nur schwer nachvollziehen kann, ist die Haftung von Wirtschaftsprüfern für fehlerhafte Testate auf 1 Mio € begrenzt (§ 323 Abs. 2 HGB). Die durch fehlerhafte Prüfung und Testate entstehenden Schäden gehen oft in die Milliarden. Ein höherer Schadensersatz als die genannte Million ist für geschädigte Anleger nur erzielbar, wenn sie ein deliktisches Handeln und kausale Kenntnis der fehlerhaften Testate nachweisen können, was in der Praxis so gut wie unmöglich ist. Die Geschädigten haben keinen Anspruch gegenüber der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (die im Auftrage des Unternehmens tätig wird) auf Offenlegung oder Herausgabe von Informationen und Unterlagen. Sie können auch den Eintritt einer Verjährung nicht verhindern, keine Prüfungsgesellschaft hat je freiwillig auf eine Verjährung verzichtet, bis die Vorwürfe im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen oder einer Insolvenz geklärt sind. Hier müsste die BaFin im Rahmen ihrer Befugnisse eingreifen und zu Gunsten von Anlegern Dokumente beschlagnahmen und verjährungshemmende Maßnahmen ergreifen. Da eine WP-Gesellschaft und eine Ratingagentur nicht zu den von der BaFin beaufsichtigten Instituten gehören, könnte sie entsprechende, in § 6 und 7 WpHG genannte Maßnahmen, gegenüber solchen Unternehmen nicht ergreifen, geschweige denn mit verjährungshemmender Wirkung eingreifen. Nach unserer Erfahrung bleiben der überwiegende Teil geschädigter Verbraucher auf ihren Schaden sitzen, da sie weder an Informationen gelangen noch die Verjährung stoppen können.

Eine klare Haftungsregelung fehlt auch in Bezug auf die Ratingagenturen, die sich lediglich bei der ESMA registrieren lassen müssen. Im genannten Beispielfalle (Betrugsunternehmen in Dresden mit TOP-Rating) behauptet

das in Anspruch genommene Unternehmen lapidar, es habe gar kein Rating vorgenommen. Diese Branche glaubt noch immer, Narrenfreiheit zu besitzen. Sie verursachen enorme Schäden und haften unter derart engen Voraussetzungen, dass es bisher keine erfolgreiche Verurteilung gab, nicht einmal gegen Standard&Poors im Zusammenhang mit Lehman Brothers. Artikel 35 a der EU-Rating-VO (1060/2009) verlangt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, der Anleger muss beweisen, dass er sich bei seiner Anlageentscheidung auf dieses Rating verlassen hat, die Ratingagentur kann eine Haftung im Voraus beschränken! Dieser zögerliche und nachhaltige Umgang mit Hauptrollen in Fällen schweren Marktmissbrauchs, ist nicht verständlich. Über die Verordnung hinaus können und müssen Haftungsregelungen schon für den Fall der Veröffentlichung eines falschen Ratings geschaffen werden. Die Haftungsbegrenzungen für fehlerhafte Prüfungen der Wirtschaftsprüfer sind abzuschaffen. Die BaFin muss mit dem ausdrücklichen Auftrag ausgestattet werden, zu Gunsten der geschädigten Privatanleger eine kollektive Rechtssicherung einzuleiten, um Kleinanlegern die Wahrung ihrer Rechte zu erhalten. § 4 Abs.1 a FinDAG statuiert den Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen, wenn „verbraucherschutzrelevante Missstände“ zu verhindern oder zu beseitigen sind und eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint. Diese Formulierung ist zu vage und beliebig. Die Verordnung 596/2014, Artikel 23 und 30, verlangt von den nationalen Gesetzgebern die Ausstattung ihrer Behörden u.a. mit den folgenden Befugnissen:

Beschlagnahme von Dokumenten

Einfrieren oder Beschlagnahme von Vermögenswerten

Anordnungen zu Verhaltensweisen

Einziehung erzielter Gewinne

Ein Marktmissbrauch findet nicht nur im Vorfeld einer Emission und während des Handels der Produkte statt, sondern auch im Rahmen der Tatverdeckung und Schadensabwehr nach gescheiterten Anlagemodellen oder Emis-

sionen. Das Beispiel Lehman Brothers zeigt die Notwendigkeit weitergehender Befugnisse der BaFin auf: Obwohl bekannt wurde, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und die Ratingagentur Gefälligkeitstestate erteilt hatten, gab es in Deutschland gegen die Unternehmen (die beide Niederlassungen in Frankfurt unterhalten) keinerlei Konsequenzen. Anleger konnten wegen der Kurzfristigkeit der Verjährung und der mit einer Klage verbundenen Kosten nicht rechtzeitig verjährungshemmende Klagen einreichen. Solche Klagen waren auch nicht zu begründen, weil den Anlegern jegliche Unterlagen und Informationen fehlten, die auf zivilrechtlichem Wege nicht zu erlangen sind. Die BaFin müsste in diesen Fällen eingreifen und die Schadensverursacher auffordern, kollektiv eine Schadenswiedergutmachung anzubieten und auf die Verjährung von Ansprüchen zu verzichten.

Unser Vorschlag lautet daher, § 6 WpHG wie folgt zu ergänzen:

„Die Bundesanstalt ist innerhalb ihres gesetzlichen Auftrages auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen und der kollektiven Rechtssicherung verpflichtet. Sie trifft alle Anordnungen, die geeignet und erforderlich sind, um Verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen und Erklärungen abzugeben oder Handlungen vorzunehmen, die dem Verbraucher die Durchsetzung eventueller Schadensersatzansprüche erlaubt. Entsprechende Aufforderungen an beaufsichtigte Unternehmen oder sonstige Unternehmen, die für ein beaufsichtigtes Unternehmen tätig sind, haben eine verjährungshemmende Wirkung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das oder die Unternehmen eine Schadenswiedergutmachung endgültig verweigern“.

„Finanz-TÜV“

Die Marktmissbrauchsaufsicht muss auch eine besondere Prüfung neuartiger Finanzprodukte umfassen, die auf den deutschen Markt drängen. Die mittlerweile engmaschig geknüpfte deutsche Regulierungs- und Finanzaufsicht

könnte dazu führen, dass mehr Produkte aus dem Ausland bei uns angeboten werden, die der Herkunftsaufsicht unterliegen.

Beispiel: Eine Beratungsgesellschaft aus Bonn bietet deutschen Kleinanlegern Beteiligungen an einer Belgischen Genossenschaft an, die angeblich steuerlich privilegiert sei und hohe Renditen biete. Eine nicht nach deutschem Recht gegründete Genossenschaft ist eine, zumindest für uns, bislang unbekannte Anlageform, die wohl als Vermögensanlage anzusehen ist. Angebote aus dem Ausland werden, schon im Hinblick auf die von der EU-Kommission betriebene Kapitalmarktunion, stark zunehmen und weder für Berater noch für Anleger transparent sein. Auch wenn das Herkunftslandprinzip gilt, müsste die BaFin bzw. die ESMA eine gesonderte Prüfung und Zulassung solcher neuartiger Produkte bzw. Anbieter vornehmen. Innerhalb der BaFin oder der ESMA sollte eine eigenständige Prüfstelle eingerichtet und damit beauftragt werden, Produkte auf ihre generelle Geeignetheit für den Vertrieb an Verbraucher oder auch professionelle Anleger zu prüfen und gegebenenfalls den Vertrieb zu verweigern. Ein ungeeignetes Produkt sind beispielsweise die kürzlich durch die Presse gefegte „Bonitätsanleihen“, die sowohl von der Begrifflichkeit irreführend als auch von der Wirkungsweise undurchschaubar sind. Solche „innovative Produkte“ müssten eine gesonderte Prüfung und Zulassung durchlaufen (Finanz-TÜV), die bei der BaFin oder besser noch bei der ESMA anzusiedeln wären. Aufgrund der Bestrebungen der EU-Kommission zu einer Kapitalmarktunion werden Produkte angeboten werden, die im Heimatland genehmigt und bei uns unbekannt und auch unverständlich sind. Nicht jedes Produkt ist zum Vertrieb an Verbraucher in der EU geeignet, dies gilt sowohl für spezielle Finanzinstrumente als auch für Vermögensanlagen wie die oben erwähnte Genossenschaft oder Direktinvestments unterschiedlichster Art. Die besondere Prüfstelle bei der BaFin oder der ESMA müsste sich auch der nachstehend erwähnten Versicherungsgesellschaften annehmen, die in Wahrheit Wertpapiergeschäfte durchführen und sich unter einem Versicherungsmantel und ihrer Herkunftsaufsicht versteckt.

Zu erwähnen sind hier fondsgebundene Lebensversicherungen, die im großen Stil aus z.B. Liechtenstein angeboten werden. Liechtenstein nimmt als EWR-Mitglied die Möglichkeit des grenzüberschreitenden Verkaufes in Anspruch und unterliegt nur seiner Heimataufsicht. Bei den fondsgebundenen Lebensversicherungen handelt es sich nicht um Versicherungs- sondern Produkte des Grauen Kapitalmarktes, wie das OLG Stuttgart in einem von uns geführten Verfahren feststellte (OLG Stuttgart, 3 U 148/10). In Wahrheit werden die Prämien intransparent angelegt und ein Versicherungsmantel über das Produkt gesetzt. In diesem Falle hatte die Anlegerin eine hohe Prämie in die Versicherung investiert und bei Fälligkeit behauptete diese, dass ein Totalverlust eingetreten sei, ohne dies zu begründen, zu belegen oder nachzuweisen. Die Versicherungsgesellschaft in Liechtenstein verstrickte sich sogar in Widersprüche und hatte offensichtlich der Kundin willkürlich Verluste zugewiesen. Eine Beschwerde an die Versicherungsaufsicht in Liechtenstein ist die Briefmarke nicht wert. Warum müssen deutsche Verbraucher derartiges hinnehmen? In diesem Zusammenhang ist auch § 53 b KWG angesprochen, die Aufsicht über Kreditinstitute und Wertpapierhandelsunternehmen aus dem EWR-Raum. Versicherungsgesellschaften wie die erwähnte in Liechtenstein erbringen keine Versicherungs- sondern Wertpapierdienstleistungen. Durch die Ausnutzung des Binnenmarktes und die Aufsicht nur durch den Herkunftsstaat ist ein erheblicher Marktmissbrauch zu beobachten. § 53 b KWG müsste darum ergänzt werden, dass die BaFin bei Verdacht des Missbrauches die Tätigkeit im Inland untersagen werden darf. Es handelte sich übrigens nicht um einen Einzelfall, in unserer Kanzlei berichteten zahlreiche andere Kunden dieser Versicherung von denselben Erfahrungen.

§ 5 b VermAnlG verbietet den Vertrieb von Vermögensanlagen, die eine Nachschusspflicht mit sich bringen können. Diese Vorschrift war überfällig und dringend nötig. Bei sonstigen Finanzinstrumenten (Wertpapieren, Derivaten) gibt es jedoch noch immer Produkte mit einer Nachschusspflicht. Beispiel aus unserer Kanzlei: Ein Landwirt aus Niederbayern besuchte ein

sogenanntes Gesundheitsseminar. Am Ende der Veranstaltung trat ein Referent auf, der den Anwesenden zur „finanziellen Gesundheit“ den Erwerb von sogenannten CFD Programmen anbot. Man könne den Einsatz schlimmstenfalls verlieren, aber mit überwiegender Wahrscheinlich stattdliche Renditen erwirtschaften. Dies sei auch mal eine Abwechslung und nicht schwer zu bedienen. Man könne auf alle möglichen Produkte spekulieren. Der Mandant erwarb das Programm des englischen Anbieters und setzte einen Betrag von 20.000,00 € ein. Bereits nach wenigen Tagen wurde er zu einem Margin-Call aufgefordert, also einem Nachschuss in Höhe von 150.000,00 € (!). Die Nachschusspflichten sind hier uferlos und können einen Anleger ruinieren.

Eine dem § 5 b VermAnlG entsprechende Regelung muss daher auch Einzug in das WpHG finden, vor allem in Bezug auf Privatanleger.

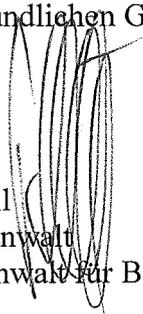
4. Finanzanlagenvermittler

Finanzanlagenvermittler die in Vermögensanlagen und AIF beraten und vermitteln dürfen, werden von den jeweiligen örtlichen Gewerbeämtern beaufsichtigt. Dies halten wir für unpraktikabel und, gegenüber den Wertpapierdienstleistungsunternehmen, auch ungerecht. Die BaFin ist die zentrale Stelle für die Einreichung und Genehmigung von Prospekten und die Überwachung des Handels. D.h., der Prospekt und die sonstigen dazugehörenden Unterlagen werden von der BaFin geprüft und genehmigt, während der dieses Produkt anbietende Finanzanlagenvermittler dem z.B. Gewerbeamt München untersteht. Aufgrund der mangelnden Erfahrung und Kompetenz in diesem Bereich dürfte ein Beamter des Gewerbeamtes mit den speziellen Anforderungen des Kapitalmarktrechts überfordert sein, während ein Mitarbeiter der BaFin vermutlich, aufgrund seiner Routine, hundert Finanzanlagenvermittler überwachen könnte. Dies sollte geändert werden.

5. FinDAG

Gemäß § 4 Abs. 4 FinDAG nimmt die BaFin ihre Aufgabe nur im öffentlichen Interesse wahr. In Bezug auf Anleger bedeutet dies, dass die BaFin nicht haftet, wenn sie z.B. einen fehlerhaften Prospekt genehmigt. Umgekehrt aber, wenn sie einem Emittenten die Prospektbewilligung verweigert oder ein Vertriebsverbot ausspricht, steht sie diesem gegenüber in der Haftung, wenn sie pflichtwidrig gehandelt hat. Angeblich soll das der Grund sein, dass die BaFin gegenüber beaufsichtigten Unternehmen eher zögerlich vorgeht (siehe PROKON). Viele gegen die BaFin bzw. die BRD eingereichten Klagen belegen dies. Es sollte in Betracht gezogen werden, auch diesbezüglich eine Haftung auszuschließen.

Mit freundlichen Grüßen



P. Mattil
Rechtsanwalt
- Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht -