

TILP Rechtsanwälte – Einhornstr. 21, 72138 Kirchentellinsfurt

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Herrn Vorsitzenden
Dr. Volker Wissing, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Kirchentellinsfurt, 26.11.2010
Bei Antwort und Zahlung bitte angeben: TI/GrAT/ZwU
Sekretariat: Fr. Zwerenz - Tel. 07121/90 90 9-51

Öffentliche Anhörung am 01. Dezember 2010 zum Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz sowie Anträge der Fraktion der SPD, der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der Fraktion DIE LINKE und zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Sehr geehrter Herr Dr. Wissing,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Einladung zur Anhörung und äußere mich vorab zu folgenden Komplexen:

I. Verbot von Zuwendungen, § 31d Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)

II. Beweislast beim Anlageprotokoll, § 34 WpHG

III. Harmonisierende Klarstellung zum Haftungssystem des 6. Abschnitts des WpHG (§§ 31 ff.)

IV. Klarstellende Ergänzung des § 4 Abs. 1 S. 2 WpHG

V. Vorlage eines Gesetzesentwurfes zur Regulierung der Zertifikate

VI. Neufassung der Übergangsregelung für die Verjährung von Ersatzansprüchen nach dem abgeschafften § 37a WpHG, § 43 WpHG

VII. Harmonisierung kapitalmarktrechtlicher Sonderverjährungsvorschriften mit den BGB-Verjährungsregeln

VIII. Vorlage eines schlüssigen Gesamtkonzepts zur Stärkung des Verbraucherschutzes durch verbesserten Zugang zum Recht, insbesondere durch Stärkung von Verfahrensrechten

TILP Rechtsanwälte ist a TILP-Group brand (www.tilp-group.com)

Bank- und Kapitalmarktrecht

Börsen- und Kapitalanlagerecht

Investment- und Wertpapierrecht

Kirchentellinsfurt

Andreas W. Tilp
Peter A. Gundermann
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Dr. Petra Diertenmaier
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Alexander Heinrich
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Marc Schiefer, LL.M. (Miami)
Attorney at Law (New York)
Dr. Thomas A. Roth
Axel Wegner
Diana Römhild

Einhornstraße 21
72138 Kirchentellinsfurt
Telefon +49-7121-90 90 90
Telefax +49-7121-90 90 981
info@tilp.de

Kooperation mit

Berlin
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Humboldt-Universität zu Berlin
(nicht als Rechtsanwalt zugelassen)

New York
TILP PLLC
140 Broadway, 23rd floor
New York, New York 10005
Tel. + 1-212-907-0635
Fax + 1-212-818-0477
nyc@tilp.com

Zürich
TILP International AG
Repräsentanz Zürich
Dufourstraße 90
CH-8034 Zürich
Telefon +41-44 2 01 09 06
Telefax +41-44-3 83 51 72
info@tilp.com

Brüssel
PIA ProtectInvestAlliance
Park Atrium
Rue des Colonies 11
B-1000 Brussels
Telefon +32-2-517 71 49
Telefax +32-2-517 65 00
brussels@pia-eu.com

Wien
PIA ProtectInvestAlliance
Alte Börse
Schottenring 16
A-1010 Wien
Telefon +43-1-537 12 4853
Telefax +43-1-537 12 4000
wien@pia-eu.com

Kreissparkasse Reutlingen
Kto.-Nr. 442 31 · BLZ 640 500 00

Postbank Stuttgart
Kto.-Nr. 133 951 708 · BLZ 600 100 70

Im Einzelnen:

I. Verbot von Zuwendungen, § 31d Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)

1.

Zu Recht weist der Gesetzentwurf der Bundesregierung darauf hin, dass dem Provisionsinteresse der Finanzdienstleistungsindustrie maßgebliche Bedeutung beim Vertrieb und bei der Beratung ihrer Kunden zukommt.¹

Um Falschberatung entgegen zu wirken sieht der Gesetzentwurf vor, Verstöße gegen das Gebot der Offenlegung von Provisionen als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden.² Zutreffend bezeichnet der Gesetzentwurf die Intransparenz bei Zuwendungen als ein maßgebliches Problemfeld bei der Falschberatung.³

Konsequenterweise sieht der Gesetzentwurf daher eine Verbesserung der Rechtsposition der Kunden vor, indem Absatz 4 des § 31d WpHG, welcher das Verbot von Zuwendungen regelt, aufgehoben werden soll.⁴ Damit entfällt zukünftig die bisher zu Gunsten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) normierte beweisrechtliche Vermutungsregel der so genannten „Qualitätsverbesserung“. Die bisherige Vermutungsregel wird von Bankenvertretern öffentlich, beispielsweise auf Seminaren, als „besonders gelungene Lobbyarbeit der Banken“ bezeichnet.

2.

Durch die im Gesetzentwurf vorgesehene Streichung des Absatz 4 trägt das WpDU zukünftig die volle Beweislast dafür, dass das Annehmen oder das Gewähren von Zuwendungen ausnahmsweise nicht verboten ist, also die volle Beweislast dafür, dass die kumulativ erforderlichen drei Ausnahmetatbestände des § 31d Abs. 1 S. 1 WpHG ausnahmsweise gegeben sind.

3.

Absatz 1 der Norm untersagt grundsätzlich das Annehmen oder das Gewähren von Zuwendungen, Absatz 5 der Norm bezeichnet dies zutreffend als „Verbot“. Deshalb ist § 31d WpHG nach meinem Verständnis bereits nach aktueller Gesetzeslage ein zivilrechtliches Verbotsgesetz. Um hierzu Auslegungsschwierigkeiten auf der Rechtsfolgenseite zu vermeiden, schlage ich die Aufnahme eines klarstellenden neuen Absatz 4 des § 31d WpHG vor wie folgt:

„Absatz 1 enthält ein zivilrechtliches Verbot.“

¹ Gesetzentwurf S. 1, sub. A.

² Gesetzentwurf S. 1, sub. B.

³ Gesetzentwurf, Begründung, sub. A. II.

⁴ Gesetzentwurf S. 7.

II. Beweislast beim Anlageprotokoll, § 34 WpHG

Der Bundesrat fordert in seiner Stellungnahme vom 05.11.2010⁵ bei Schadensersatzansprüchen des Kunden wegen fehlerhafter Anlageberatung dem WpDU die Beweislast aufzuerlegen, sofern das Anlageprotokoll gemäß § 34 Abs. 2a WpHG nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig angefertigt wird.

Dem Anliegen des Bundesrates, die Beweislast zugunsten der Kunden zu verbessern, schließe ich mich an, allerdings wird dieser Zweck durch die vom Bundesrat geforderte Einfügung eines neuen Absatz 2c verfehlt. Denn nach dem klaren Wortlaut des vorgeschlagenen neuen Absatz 2c hat zunächst weiterhin der Kunde („sofern“) zu beweisen, dass das Anlageprotokoll nicht gesetzeskonform angefertigt wurde. Einen solchen Beweis aber wird der Kunde allenfalls in den seltensten Fällen führen können. Das WpDU hat dagegen stets einen Zeugen, nämlich den Anlageberater, der Kunde regelmäßig nicht. Eine Abtretung seiner Schadensersatzansprüche durch den Kunden, damit er in die Stellung eines Zeugen gelangt, hilft ihm in der Praxis nur selten. Das WpDU hat es dagegen stets unschwer in der Hand, durch saubere Dokumentation des Beratungsvorganges den Beweis zu führen. Dies alles rechtfertigt es, dem WpDU die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass das Anlageprotokoll gemäß den gesetzlichen Vorgaben angefertigt wurde.

Anstelle der Einführung eines neuen Absatzes 2c schlage ich daher vor, § 34 Abs. 2a S. 1 neu zu fassen wie folgt:

„Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss über jede Anlageberatung bei einem Privatkunden rechtzeitig ein schriftliches Protokoll anfertigen, welches richtig und vollständig ist; es hat die Rechtzeitigkeit, die Richtigkeit und die Vollständigkeit des Protokolls zu beweisen“.

III. Harmonisierende Klarstellung zum Haftungssystem des 6. Abschnitts des WpHG (§§ 31 ff.)

Ich begrüße die Einführung eines Informationsblattes und der diesbezüglichen Pflichten gemäß den neuen Sätzen 4 ff. des § 31 Abs. 3 WpHG⁶.

Zutreffend weist die Begründung des Gesetzentwurfes⁷ darauf hin, dass die Verletzung der hinsichtlich des Informationsblattes bestehenden Pflichten zivilrechtliche Haftungsansprüche aus Schutzgesetzverletzungen, § 823 Abs. 2 BGB, begründen können.

Zu Recht inkorporiert der Gesetzentwurf diese Pflichten in die „Generalnorm“ der Verhaltenspflichten, nämlich in § 31 WpHG.

⁵ Stellungnahme sub. Nr. 8

⁶ Gesetzentwurf S. 6, sub. 5 a)

⁷ zu Nummer 5 (§ 31) zu a)

Nach meinem Verständnis begründen die Pflichten des § 31 WpHG bereits nach aktueller Rechtslage neben ihrer aufsichtsrechtlichen Funktion ein zivilrechtliches Haftungssystem. Dies kommt nicht nur durch die vorzitierte Begründung des Gesetzentwurfes zum Ausdruck, sondern auch durch die oben sub. I. aufgezeigte zivilrechtliche Funktion des Verbots von Zuwendungen in § 31d WpHG. Die Pflicht, verbotene Zuwendungen zu unterlassen, ist nämlich die spezialgesetzliche Ausformulierung des Gebots in der Generalnorm des § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, wonach das WpDU sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und vor Durchführung von Geschäften für Kunden diesen die allgemeine Art und Herkunft der Interessenkonflikte eindeutig darzulegen hat. Dies zeigt, dass nach dem gesetzlichen Regelungskonzept auch diese Generalpflicht des § 31 WpHG zivilrechtliche Haftung begründen kann.

In Haftungsprozessen von Kunden der WpDU wird von letzteren dagegen stereotyp behauptet, § 31 WpHG enthalte ausschließlich aufsichtsrechtliche Regelungen. Um das aufgezeigte zivilrechtliche Haftungssystem klarzustellen und um § 31 WpHG mit § 31d WpHG zu harmonisieren schlage ich die Ergänzung des § 31 WpHG um einen Absatz 12 vor wie folgt:

„Soweit die Absätze 1 bis 11 Pflichten enthalten, sind diese auch zivilrechtlicher Natur. Die Erfüllung dieser Pflichten hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu beweisen.“

Mit dieser Gesetzesergänzung bedarf es der von der Fraktion der SPD geforderten⁸ Einführung einer zivilrechtlichen Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des (Produkt) Informationsblattes nach dem Vorbild der Regelungen für unrichtige Wertpapierprospekte nicht. Durch die aufgezeigte Integration des Informationsblattes und der diesbezüglichen Pflichten in § 31 WpHG durch den Gesetzentwurf wird vielmehr der dogmatisch richtige Weg gewählt, wonach das Informationsblatt der Ausformung der bereits aktuell bestehenden Pflichten aus der Kardinalnorm des § 31 WpHG mit beweisrechtlicher Funktion zugunsten des Kunden dient.

IV. Klarstellende Ergänzung des § 4 Abs. 1 S. 2 WpHG

Ich schließe mich der Forderung des Bundesrates⁹ an, in § 4 Absatz Satz 2 WpHG nach dem Wort „Finanzmarkt“ die Wörter „sowie die Kunden“ einzufügen. Diese Ergänzung hat klarstellende Funktion, in dem sie nunmehr auch sprachlich im Normtext die zweifache Zielsetzung der MiFID umsetzt, wie vom Bundesrat in seiner Begründung zu der vorzitierten Gesetzesänderung dargelegt.

⁸ Antrag vom 16.06.2010, Anlage 2 zum Gesetzentwurf, S. 5

⁹ Stellungnahme vom 05.11.2010 zu Nr. 3.

V. Vorlage eines Gesetzesentwurfes zur Regulierung der Zertifikate

Nach Auskunft der BaFin sind in Deutschland derzeit mehr als 800.000 Finanzprodukte auf dem Markt, davon ungefähr 450.000 Zertifikate und Optionsscheine¹⁰.

Insbesondere die wertlosen Lehman-Zertifikate wurden zum Symbol für unzureichenden Verbraucherschutz im Bereich der Finanzdienstleistungen¹¹.

Seit Jahren herrschen bei Zertifikaten vielfache Missstände, insbesondere intransparente Preisgestaltungen, kundenfeindliche Mistrade-Regelungen und illegale Zuwendungen¹².

Das Finanzinstrument Zertifikat ist dabei derart inhomogen, beispielsweise hinsichtlich Ausgestaltung, Funktionsweise und Risiken, dass eine auch nur ansatzweise hinreichende Regulierung durch Inkorporierung von dementsprechenden Pflichten im 6. Abschnitt des WpHG (§§ 31 ff.), meines Erachtens unmöglich ist. Ich schlage daher die Vorlage eines Gesetzesentwurfes zu einem Spezialgesetz für Zertifikate vor.

VI. Neufassung der Übergangsregelung für die Verjährung von Ersatzansprüchen nach dem abgeschafften § 37a WpHG, § 43 WpHG

Mit Wirkung ab 05.08.2009 wurde die frühere Sonderverjährungsvorschrift¹³, welche für Schadensersatzansprüche von Kunden wegen Verletzung von Beratungs- und Informationspflichten durch das WpDU galt, abgeschafft. Nach der Übergangsregelung in § 43 WpHG ist die Verjährungsnorm jedoch noch anzuwenden auf Ansprüche, die bis zum Ablauf des 4. August 2009 entstanden sind. Falschberatungen, welche bis einschließlich 4. August 2009 erfolgten, kommen nach aktueller Rechtslage daher noch in den Genuss einer vom Gesetzgeber als nicht mehr haltbar erkannten Sonderverjährungsregelung.

Diese Übergangsregelung wirkt sich somit nachteilig für eine Masse von Privatanlegern aus, beispielsweise für eine Vielzahl von Lehman-Geschädigten¹⁴.

Ich schlage daher vor, § 43 WpHG neu zu fassen wie folgt:

¹⁰ Antrag der Fraktion der SPD vom 16.06.2010, Anlage 2, S. 2

¹¹ ebenda S. 1

¹² Hierzu Tilp, Missstände in der Zertifikate-Branche – Möglichkeiten für effektiven Rechtsschutz, Bankrechtstag 2007, S. 91 ff, in der Anlage; Rotter, Zwölf Gründe, den Vertrieb strukturierter Finanzinstrumente zu beschränken, VuR 2010, 371, in der Anlage; Schröder, Die Komplexität synthetischer Finanzprodukte als Ursache für Vertrauensverluste und kriminogenes Verhalten am Kapitalmarkt, ZBB 2010, 2080, in der Anlage.

¹³ 3 Jahre ab Entstehung des Anspruchs, Kenntnis unabhängig.

¹⁴ Lehman ging im September 2008 insolvent

„§ 37a WpHG in der bis zum 4. August 2009 geltenden Fassung ist nicht auf Ansprüche anzuwenden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes noch nicht verjährt sind.“

Beispiel: Falschberatung und Kauf eines Lehman-Zertifikates erfolgten am 01.06.2008. Die 3-jährige Frist des abgeschafften § 37a WpHG würde nach aktueller Rechtslage am 01.06.2011 ablaufen. Sollte das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz vor dem 01. Juni 2011 in Kraft treten würde sich die Verjährung nach Maßgabe meines Vorschlages verlängern, nunmehr nämlich nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften des BGH richten.

Die von mir vorgeschlagene Änderung ist verfassungsrechtlich unbedenklich¹⁵:

VII. Harmonisierung kapitalmarktrechtlicher Sonderverjährungsvorschriften mit den BGB-Verjährungsregeln

Der Bundesrat fordert¹⁶ die Sonderverjährungsfristen in § 46 Börsengesetz (BörsG), § 13a Absatz 5 des Verkaufsprospektgesetzes (VerkProspG) und § 127 Absatz 5 des Investmentgesetzes (InvG) zu streichen, da sie einer sachlichen Rechtfertigung entbehren. Dem schließe ich mich an, weise jedoch auf ein wohl redaktionelles Versehen des Bundesrates hin, da die Benennung der drei vorzitierten Normen nicht abschließend ist, da es noch weitere vergleichbar kurze¹⁷ Sonderverjährungsvorschriften im Kapitalmarktrecht gibt, nämlich §§ 37b Absatz 4, 37c Absatz 4 WpHG¹⁸. Ausdrücklich hinsichtlich dieser Normen fordert auch die Fraktion der SPD¹⁹ die Prüfung zwecks der Vereinheitlichung aller zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften²⁰.

Ich schlage daher die ersatzlose Streichung folgender Vorschriften vor:

§ 46 BörsG

§ 13a Absatz 5 VerkProspG

§ 127 Absatz 5 InvG

¹⁵ hierzu die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. nur BVerfG 18, 70 = NJW 65, 1847, 1848: „Die neue Verjährungsregelung greift auch insoweit auch in laufende, noch nicht abgeschlossene Rechtsverhältnisse ein, was die Fälle betrifft, in denen die Verjährung unter dem bisherigen Recht begonnen hat, in dem es die alte Regelung über die Verjährung durch eine andere, für den Vermieter ungünstigere, ersetzt. Damit wird in Bezug auf eine noch nicht abgewickelte Rechtsbeziehung eine Rechtsfolge mit Wirkung für die Zukunft geändert, ohne dass eine von einem Beteiligten schon erlangte Rechtsposition auch für die Vergangenheit verschlechtert wird. Hiergegen bestehen keine aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden Bedenken“.

¹⁶ Stellungnahme vom 05.11.2010, Anlage 3, Nr. 1. d) sowie Nr. 15

¹⁷ 3 Jahre, Kenntnis unabhängig

¹⁸ diese Normen waren daher bereits 2004 ausdrücklich Gegenstand einer Prüfbitte des Bundesrats zwecks Harmonisierung mit der Regelverjährung nach BGB, Drucksache 15/3355 S. 3 zu Nr. 10

¹⁹ Antrag vom 16.06.2010, Anlage 2, S. 5, Nr. 8

²⁰ Für die Abschaffung dieser Sonderverjährungsvorschriften im WpHG plädiert auch Sethe, Verbesserung des Anlegerschutzes? Eine kritische Würdigung des Diskussionsentwurfs für ein Anlegerstärkungs- und Funktionsverbesserungsgesetz, ZBB 2010, 265, 275 ff., in der Anlage.

§ 37b Absatz 4 WpHG

§ 37c Absatz 4 WpHG

VIII. Vorlage eines schlüssigen Gesamtkonzepts zur Stärkung des Verbraucherschutzes durch verbesserten Zugang zum Recht, insbesondere durch Stärkung von Verfahrensrechten

Bei den vorstehenden Komplexen geht es um solche des materiellen Rechtes. Damit die Inhaber dieser Rechte, vor allem die Verbraucher (Kunden), diese effektiv wahrnehmen können, bedarf es insbesondere der Verbesserung von Verfahrensrechten. Effektiver Zugang zum Recht wird sowohl verfassungsrechtlich gefordert wie auch vom europarechtlichen Gebot der Effektivität („effet utile“).

Kann der einzelne Geschädigte seinen individuellen Schadenersatzanspruch nämlich nicht effektiv durchsetzen (so genannte Ausgleichsfunktion) verliert das Schadenersatzrecht seine zweite Funktion, nämlich die der Abschreckung. Damit aber entfällt ein maßgeblicher Anreiz zu rechtstreuem Verhalten der Marktteilnehmer.

Meines Erachtens fehlt es bisher an einem schlüssigen Gesamtkonzept von zur Stärkung von Verfahrensrechten. Dieses Gesamtkonzept sollte zumindest folgende Punkte beinhalten:²¹

1. Einführung eines effizienten Sammelklagesystems

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) hat sich bisher als unzureichend erwiesen. Den Kernvorteil einer Sammelklage, nämlich die Überflüssigkeit von Einzelklagen der verschiedenen Geschädigten, bietet es nicht. Verbandsklagen alleine reichen nicht aus, um den einzelnen Geschädigten zu seinem individuellen Recht zu verhelfen.

2. Ermäßigung der Gerichtskosten

Die Gerichtskosten in Deutschland zählen zu den höchsten in Europa. Das gesetzliche Gesamtkostenrisiko nach deutschem Recht bei einem Streitwert bis 17.000,00 € ist größer als der Streitwert selbst.

3. Enddämonisierung der so genannten „Klageindustrie“

Eine „Klageindustrie“ ist kein Schreckgespenst, sondern unverzichtbar in der Auseinandersetzung des Verbrauchers mit der „Schädigerindustrie“. Dabei gibt es nicht „die“ Schädigerindustrie, sondern nur „eine“ Schädigerindustrie, und zwar in dem Sinne, dass immer wieder Teile der Industrie sich hemmungslos über rechtliche Regeln hinwegsetzen, weil sie wissen, dass auf Grund der ungünstigen Rechtslage für Geschädigte mit all ihren Hindernissen, die sie oftmals selbst mit initiiert haben

²¹ Hierzu ausführlich Tilp/Roth, NJW-aktuell, Standpunkt, 9 Thesen auf dem Wege zur kollektiven Rechtsdurchsetzung, NJW 2009, Heft 10, Seite XII f, in der Anlage.

TILP

RECHTSANWÄLTE

(Stichwort Lobbyarbeit) kaum jemals eine Schadenersatzforderung auf sie zurückkommen wird. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Klägerindustrie lediglich eine Reaktion auf die Schädigerindustrie darstellt. Die massenhaften jahrzehntelangen Gesetzesverstöße durch Verschweigen von Kickback und Zuwendungen durch die Finanzdienstleistungsindustrie ist dafür ein beredtes Beispiel .

Mit freundlichen Grüßen

Andreas Tilp
Rechtsanwalt

