

# Leitfaden für den Schweizer Private Banker mit deutscher Kundschaft (4. Teil)



**Von Dr. Tobias Fischer**  
Mitglied der Geschäftsleitung  
Frankfurter Bankgesellschaft  
(Schweiz) AG

## II. Weitere Gesetze

### 1. Deutsche Vorschriften

#### a) § 32 Kreditwesengesetz (KWG)

Im Bereich des grenzüberschreitenden Finanzmarktrechtes gibt es zudem Bestimmungen mit extraterritorialer Wirkung. Deutschland hat Vorschriften erlassen, welche zwar grundsätzlich nur für Deutschland gelten, aber aufgrund ihres Inhaltes eben doch auf das Ausland ausstrahlen. In § 32 KWG bestimmt der deutsche Gesetzgeber, dass derjenige, welcher Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen «im Inland» erbringen will, einer Erlaubnis der Bafin bedarf. Früher verstand man darunter das physische Erbringen auf deutschem Hoheitsgebiet, seit nunmehr über 10 Jahren versteht die Bafin darunter auch das «sich zielgerichtet an den deutschen Markt wenden», so dass § 32 KWG sich indirekt auch im Ausland auswirkt:

#### «§ 32 Erlaubnis (Auszug)

(1) Wer im Inland...Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde; (...).»

#### b) § 31 X WpHG

In § 31 X WpHG hingegen ordnet der deutsche Gesetzgeber gar die direkte Wirkung deutschen Rechts in «Drittstaaten» an, also in Ländern, welche nicht der EU oder dem EWR angehören:

«(10) Absatz 1 Nr. 1 und die Absätze 2 bis 9 sowie die §§ 31a, 31b, 31d und 31e gelten entsprechend auch für Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat, die Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen gegenüber Kunden erbringen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Geschäftsleitung im Inland haben, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung ausschliesslich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschliesslich in einem Drittstaat erbracht wird.»

### 2. Schweizer Vorschriften

Das gesetzlich normierte schweizerische Bankaufsichtsrecht kennt keine grundsätzliche direkte Verpflichtung zur Einhaltung ausländischen Rechts; dies wird sich wohl auch bei Geltung des zukünftigen Finanzdienstleistungsgesetzes Fidleg nicht ändern. Jedoch fordert die Finma die Abklärung des Aufsichtsrechtes des ausländischen Zielmarktes und der sich daraus ergebenden Risiken, wobei eine angemessene Erfassung der Rechts- und Reputationsrisiken sowie das Erlassen von Weisungen über die in den Zielländern erlaubte Geschäftstätigkeit im Vordergrund stehen. Eine Schweizer Bank mit deutschem Zielmarkt ist daher (ebenefalls) aufgrund Schweizer Recht verpflichtet, die deutschen Aufsichtsrechts-

vorschriften auf ihre Relevanz zu prüfen und diese angemessen zu berücksichtigen (vgl. 2008/21 Finma-Rundschreiben «Operationelle Risiken Banken» IV. Grundsatz 7; <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumenten-center/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2008-21-01-07-2017.pdf?la=de>).

### 3. Weitere Umstände

Deutsche Gerichte wenden tatsächlich immer wieder ausländisches Recht an – ggf. unter Einbezug von Sachverständigengutachten. Gleichwohl dürfte auch der Umstand relevant sein, dass sich deutsche Richter aus naheliegenden Gründen mit dem deutschen Recht leichter tun, so dass man aus der Sicht der Praxis auch unter diesem Gesichtspunkt dem deutschen Recht Aufmerksamkeit schenken muss.

## D. Internationales Prozessrecht (Welches Gericht ist zuständig?)

Die Bankverträge der Schweizer Banken sehen – neben dem materiellen Schweizer Recht – auch einen Gerichtsstand in der Schweiz vor. Nach deutschem Recht (§ 38 Zivilprozessordnung, ZPO) können Privatpersonen grundsätzlich vor Entstehen einer Streitigkeit keine wirksame Vereinbarung zum Gerichtsstand (Prorogation) treffen.

*Exkurs:* In Verträgen von Banken in Deutschland mit Kunden ist daher eine Vereinbarung eines Gerichtstandes zwischen der Bank und Privatpersonen zugunsten des Sitzes der Bank unwirksam. Regelmässig findet sich daher auch keine solche Vereinbarung. Hingegen vereinbarte deutsche Banken zulässigerweise Gerichtsstände mit «Kaufleuten», deren streitige Geschäftsbeziehung dem Betrieb ihres Handelsgewerbes zuzurechnen ist, und mit öffentlich-rechtlichen Kunden. *Exkurs Ende.*

In der Konstellation hingegen, dass eine Bank keinen Sitz im Inland hat und der Kunde in Deutschland wohnt, ist eine Prorogation nach deutschem Recht grundsätzlich möglich. Diese Vereinbarung schliesst jedoch eine Klage des Kunden vor einem deutschen Gericht (an seinem Wohnsitz) nicht aus. Denn im An-

Die Teile 1 bis 3 dieser Serie finden sich in den Ausgaben  
2/2016, 3/2016 und 4/2016 von PRIVATE (s. Archiv auf [www.private.ch](http://www.private.ch)).

wendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; sowohl Deutschland als auch die Schweiz sind Vertragsparteien) verbleibt für die Anwendung des deutschen § 38 ZPO kein Raum mehr. Das Luganer Übereinkommen als höherrangiges Völkerrecht geht dem deutschen Recht vor.

Der Kunde als «Verbraucher» hat gemäss Art. 16 dieses Übereinkommens das Recht, in Deutschland an seinem Wohnsitz zu klagen, sofern die Dienstleistungen auf Deutschland «ausgerichtet» sind. Auch wenn die Rechtsprechung den genauen Inhalt und Umfang dieses Wortes noch klären muss, so ist die Hürde doch eindeutig weniger hoch als das alte Luganer Übereinkommen normiert hatte. Dieses sah vor, dass «die wesentlichen Vertragshandlungen» in Deutschland zu erfolgen hatten. Die «Ausrichtung auf Deutschland» wird in den hier besprochenen Konstellationen der Kundenbeziehungen gegeben sein. Die vertraglichen Gerichtsstandvereinbarungen dürfen damit regelmässig für die Banken nicht rechtssicher sein; Schweizer Banken sind daher gehalten, sich auch mit dem deutschen Zivilprozessrecht auseinanderzusetzen.

### **E. Wertpapieraufsichtsrecht: Regulatorische Vorgaben aus der Europäischen Union und deren deutsche Umsetzung**

Die Kenntnis und Einhaltung der sich aus dem EU-Recht ergebenden Rahmenbedingungen ist ebenfalls ein unverzichtbarer Bestandteil eines Cross-Border-Geschäftes mit Deutschland. So muss auch eine Schweizer Bank, welche sich zielgerichtet an den deutschen Markt wendet, den deutschen Verbraucherschutzrechtlichen Standard grundsätzlich für ihre Kunden zur Anwendung bringen. Seit Einführung der Mifid (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente) hat das Schweizer Institut daher grundsätzlich ebenfalls zwischen Privatkunden und professionellen Kunden zu unterscheiden und ggf. ein Produktinformationsblatt zur Verfügung zu stellen bzw. ein Beratungsprotokoll zu erstellen. Dabei kann es m.E.

dahingestellt bleiben, ob dies tatsächlich rechtlich zwingend ist, oder ob es aus geschäftspolitischen und wirtschaftlichen Erwägungen heraus sinnvoll ist.

#### *1. WpHG (Mifid)*

Die Vorgaben der Mifid wurden mit dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG) in das deutsche Recht übernommen, vor allem in das WpHG und die dazugehörige Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVerOV). Das WpHG ist das zentrale aufsichtsrechtliche Gesetz für das tägliche Geschäft mit privaten und professionellen Kunden; seine Beherrschung, Beachtung und korrekte Anwendung ist das A und O des Kundengeschäfts. Das Rundschreiben der Bafin zu «*Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen*» (MaComp, [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs\\_1004\\_wa\\_macomp.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1004_wa_macomp.html)) stellt eine wesentliche Ergänzung dieses Regelungsbereiches dar.

Die Verhaltensregeln des WpHG sind aufsichtsrechtlicher Natur und betreffen daher grundsätzlich das Verhältnis von Bafin und Bank. Ein Bankkunde kann daher daraus keine direkten (Schadenersatz-)Ansprüche geltend machen. Hingegen gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zu Voraussetzungen und Umfang zivilrechtlicher Verhaltenspflichten und ggf. Schadenersatzpflichten von Banken; als konkreten Beginn kann sicherlich auf das sog. «Bond»-Urteil verwiesen werden (BGH vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, BGHZ, 123, 126). Weitere zivilrechtliche Grundsatzentscheidungen sind die Urteile des BGH zu «Kickbacks» (Rückvergütungen), beginnend mit Urteil vom 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235 sowie zum beratungsfreien Geschäft BGH vom 05.09.1999 – XI ZR 296/98 («Discount-Broker»).

Im Folgenden werden ausgewählte und in der (eben auch: grenzüberschreitenden) Praxis besonders relevante Regelungen des WpHG kurz vorgestellt; dabei unberücksichtigt bleibt die zukünftige Rechtslage ab Januar 2018 in Folge des zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes).

#### *a) Anlageberatung*

##### *aa) Legaldefinition*

Unter einer Anlageberatung versteht der Gesetzgeber gemäss § 2 III Nr. 9 WpHG «*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 Informationsverbreitungs Kanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird (Anlageberatung)*».

##### *bb) Bedeutung in der Praxis*

###### *bzw. wesentliche Merkmale*

Die Anlageberatung ist im Bereich der Vermögensanlagen die am weitesten verbreitete Dienstleistung von Banken und spielt daher im Alltag eines Private Bankers eine wichtige Rolle. Die wesentlichen Merkmale sind diejenigen der «*persönlichen Empfehlung*» aufgrund der Prüfung der persönlichen Umstände und des «*bestimmten*» Finanzinstrumentes. Der Kundenbetreuer muss daher in diesem Bereich besonders sorgfältig sein und sich immer darüber im Klaren sein, dass ein Gespräch mit Kunden als eine Anlageberatung qualifiziert werden oder auch erst im Verlauf eines zunächst persönlichen Gespräches über Themen ausserhalb des Wertpapiergeschäftes im Verlauf später zu einer Anlageberatung werden könnte. Bankpräsentationen werden daher häufig sicherheitshalber mit Hinweisen versehen, dass es sich dabei nicht um eine Anlageberatung handelt; freilich müssen sie dann auch inhaltlich entsprechend ausgestaltet sein. Das dritte prägende, wenngleich ungeschriebene «*Tatbestandsmerkmal*» ist die Entscheidungsbefugnis des Kunden, welches zugleich der Abgrenzung zur Finanzportfolioverwaltung (das ist der rechtliche Ausdruck für «*Vermögensverwaltung*», vgl. hierzu Teil 5 in der nächste Ausgabe von PRIVATE) dient. Bei einer Anlageberatung ist es daher immer am Ende der Kunde, welcher sich für ein bestimmtes Finanzinstrument entscheidet; er trägt deshalb auch die Verantwortung für diese Entscheidung.

*tobias.fischer@*

*frankfurter-bankgesellschaft.com  
www.frankfurter-bankgesellschaft.com*