

§ 34 Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen aufzuzeichnen

1. den Auftrag und hierzu erteilte Anweisungen des Kunden sowie die Ausführung des Auftrags,
2. den Namen des Angestellten, der den Auftrag des Kunden angenommen hat, sowie die Uhrzeit der Erteilung und Ausführung des Auftrags,
3. die dem Kunden für den Auftrag in Rechnung gestellten Provisionen und Spesen,
4. die Anweisungen des Kunden sowie die Erteilung des Auftrags an Dritte, soweit es sich um die Verwaltung von Vermögen im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 6 handelt,
5. die Erteilung eines Auftrags für eigene Rechnung an ein anderes Wertpapierdienstleistungsunternehmen, sofern das Geschäft nicht der Meldepflicht nach § 9 unterliegt; Aufträge für eigene Rechnung sind besonders zu kennzeichnen.

(2) ¹Das Bundesministerium der Finanzen kann nach Anhörung der Deutschen Bundesbank durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu weiteren Aufzeichnungen verpflichten, soweit diese zur Überwachung der Verpflichtungen der Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch die Bundesanstalt erforderlich sind. ²Das Bundesministerium der Finanzen kann die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Bundesanstalt übertragen.

(3) ¹Die Aufzeichnungen nach den Absätzen 1 und 2 sind mindestens sechs Jahre ab dem Zeitpunkt ihrer Erstellung aufzubewahren. ²Für die Aufbewahrung gilt § 257 Abs. 3 und 5 des Handelsgesetzbuchs entsprechend.

Übersicht	Rn.	Rn.
I. Grundlagen	1-26	
1. Regelungsgegenstand	1-4	
a) Normzweck	1	
b) Rechenschaftspflichten nach §§ 675, 666 BGB und § 384 Abs. 1 HGB	2-3	
c) Ökonomische Überlegungen	4	
2. Gesetzesgeschichte	5-19	
a) Europäischer Hintergrund ..	5-9	
aa) Wertpapierdienstleistungs-RiL 93/22/EWG ..	5	
bb) Aufzeichnungs- und Berichterstattungspflichten nach Art. 19 Abs. 7, 8 MiFiD 2004/39/EG	6-9	
b) Deutscher Hintergrund	10-16	
aa) Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie durch § 34 WpHG	10-12	
(1) Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie ..	10	
(2) Erweiterungen des Tatbestandes	11	
bb) Dokumentationspflichten der Wohlverhaltens-Richtlinie gem. § 35 Abs. 4 WpHG	13-15	
cc) Rundschriften des BaWe v. 1.2.2002	16	
c) Deutscher Umsetzungsbedarf aufgrund der MiFiD 2004/39/EG und der Durchführungsbestimmungen	17-19	
3. Abgrenzung zu anderen Vorschriften	20-24	
a) Keine Dokumentationspflichten nach § 31 WpHG ..	20-21	
b) § 16 WpHG	22	
		12
		13-15
		13-14
		15
		16
		17-19
		20-24
		20-21
		22

	c) Dokumentationspflichten der Compliance-Richtlinie v. 25.10.1999 gem. § 33 WpHG	23	b) Fehlende sonstige Ermächtigung	44-45
	d) Verlautbarung des BAKred für die Depotprüfung	24	c) Rechtsfolgen der fehlenden Rechtsverbindlichkeit	46
	4. Rechtsvergleichende Betrachtungen	25-26	3. Über § 34 Abs. 1 hinausgehende Dokumentationspflichten der BaFin-WohlverhaltensRiL - Dokumentationspflichten der WohlverhaltensRiL zur Erfüllung der Pflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG	47-53
	a) Österreich	25	a) Verwendung standardisierter Fragebögen zur Dokumentation der Erkundigungspflicht	48-49
	b) England	26	b) Dokumentation der Weigerung der Nennung von Kundenangaben	50
II.	§ 34 Abs. 1 - Aufzeichnungspflichten	27-41	c) Keine Aufzeichnungspflicht über zweckdienliche Information nach § 31 Abs. 2 WpHG	51-53
	1. Anwendungsbereich	27	IV. § 34 Abs. 3 - Dauer der Aufbewahrung	54-55
	2. Inhalt der Pflicht	28-30	V. Rechtsfolgen, Sanktionen und Rechtsschutz	56-67
	a) Begriff der Aufzeichnung	28	1. Öffentliches Recht	56-58
	b) Art der Aufzeichnung	29-30	a) Überwachung und Sanktion	56-57
	3. Die einzelnen Aufzeichnungspflichten des § 34 Abs. 1	31-41	b) Ordnungswidrigkeiten	57-58
	a) Nr. 1: Aufzeichnung von Auftrag und Anweisung	31-33	2. Zivilrecht	59-67
	aa) Auftrag	31	a) Zur Rechtsnatur der Aufzeichnungspflichten	59-61
	bb) Anweisung des Kunden	32	aa) § 34 als reines öffentliches Recht	60
	cc) Ausführung des Auftrags	33	bb) Die doppelte Schutzrichtung des § 34 WpHG	61
	b) Nr. 2: Aufzeichnung von Mitarbeiter und Uhrzeit	34-38	b) Kein Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB	62
	aa) Namen des Angestellten	34	c) Beweiserleichterungen	63
	bb) Uhrzeit der Erteilung und Ausführung	35	d) Ausnahmen: Beweisvereitelung und sekundäre Darlegungslast	64-67
	cc) Weitere Konkretisierungen durch die BaFin-WohlverhaltensRiL	36-38	aa) Anscheinsbeweis	64
	(1) Zeitlicher Ablauf	36	bb) Beweisvereitelung	65
	(2) Mitteilungspflichten gegenüber dem Kunden	37-38	cc) Sekundäre Darlegungslast	66-67
	c) Nr. 3: Aufzeichnung der Provisionen und Spesen	39	Anhang: Art. 40-42 der DurchführungsRiL	68
	d) Nr. 4: Aufzeichnung bei der Vermögensverwaltung	40		
	e) Nr. 5: Aufzeichnung von Eigengeschäften	41		
III.	§ 34 Abs. 2 - Rechtsverordnung	42-53		
	1. Erlass einer Rechtsverordnung	42		
	2. Die fehlende Rechtsverbindlichkeit der BaFin-Wohlverhaltensrichtlinie in Bezug auf den Erlass von Dokumentationspflichten	43-46		
	a) Unzulässige Ausdehnung des Anwendungsbereichs	43		

Schrifttum: *Martin Arendts* Betrügerische Verhaltensweisen bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, ÖBA 1996, 775-781; *Peter Balzer* Anlegerschutz bei Verstößen gegen die Verhaltenspflichten nach § 31 ff Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), ZBB 1997, 260-269; *Peter Balzer* Aufklärungs- und Beratungspflichten bei der Vermögensverwaltung, WM 2000, 441-450; *Joachim Becker* Das neue Wertpapierhandelsgesetz, Textausgabe mit Erläuterungen, 1995; *Frank Bruske* Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflichtverletzungen im Bankrecht, 1994; *Walther Hadding* Kapitalmarktrechtliche Aufzeichnungspflichten, in: FS Peltzer, 2001, S. 153-162; *Luisa Ilg* Die Neuregelung der Wohlverhaltensregeln durch die Richtlinie 2004/39/EG, 2006; *Eva-Maria Kieninger* Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten beim Abschluss von Versicherungsverträgen, AcP 199 (1999), 190-247; *Volker Lang* Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung, 1995; *Volker Lang* Die Beweislastverteilung im Falle der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, WM 2000, 450-467; *Tho-*

mas M. J. Möllers/Ted Ganten Die WohlverhaltensRiL des BAWe im Lichte der neuen Fassung des WpHG, ZGR 1998, 773–809; Norbert Reich Informations-, Aufklärungs- und Warnpflichten beim Anlagegeschäft unter besonderer Berücksichtigung des »execution-only-business« (EOB), WM 1997, 1601–1609; Peter O. Mühlert Die neuen Transparenzregeln im Vorschlag einer Richtlinie über Wertpapierdienstleistungen und geregelte Märkte – insbesondere die Pre-Trade Transparenzpflicht von systematischen Internalisierern, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, 2003; Reinhold Roller/Christian Hackenberg Die Darlegungs- und Beweislastverteilung in Haftungsprozessen im Wertpapier(-neben-)dienstleistungsrecht, VuR 2005, 127–131; Anne Schädle Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, Diss. Augsburg 2006; Wolfgang Scharrenberg Die Dokumentation in der Anlageberatung nach den §§ 31, 34 Wertpapierhandelsgesetz, Sparkasse 1995, 108–112; Karl-Heinz Schlotthauer Überlegungen für eine »anlegergerechte« Wertpapierberatung, Sparkasse 1994, 434–439; Michael Schön Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach dem Zweiten Finanzmarktförderungsgesetz, 1997; Eberhard Schwark Die Verhaltensnormen der § 31 ff WpHG, in: Das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz in der praktischen Umsetzung, Bankrechtstag 1995, 1996, S. 109–133; Andreas Schwennicke Die Dokumentation der Erfüllung von Verhaltenspflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG durch die Bank, WM 1998, 1101–1109; Tilman Sprockhoff Die Bankenhaftung bei Abschluss und Umsetzung eines Vermögensverwaltungsvertrags in der richterlichen Praxis, WM 2005, 1739–1747; Rainer Christian Staud Die Bedeutung der Dokumentationspflichten bei Wertpapiergeschäften, 1999; Jürgen Than Die Umsetzung der Verhaltensnormen der §§ 31 ff WpHG, in: Das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz in der praktischen Umsetzung, Bankrechtstag 1995, 1996, S. 135–158; Werner Michael Waldeck in: Joerg E. Cramer/Bernd Rudolph Handbuch der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, 1995, S. 647–667.

Rechtsprechung

- OLG Schleswig (Beschl. v. 7.1.1993 – 5 U 176/91) WM 1993, 503 = EWiR 1993, 447 (Nassal) = WuB I G 5 Börsenrecht 5.93 (Vortmann) = EWiR 1993, 449 (Til): Aktienoptionsscheine: Umfang der Aufklärungspflichten der Bank und Beweislastverteilung.
- BGH (Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 73/93) BGHZ 123, 311 = WM 1994, 78 = NJW 1993, 3259 = DB 1993, 2373 = BB 1993, 2328 = LM BGB § 249 (Ba) Nr 33 (1/1994) (Lauda) = DStR 1994, 331 (Goette): Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens des Mandanten und Beweislast des Beraters; Anscheinsbeweis.
- OLG Düsseldorf (Beschl. v. 24.8.1995 – 6 U 138/94) WM 1996, 1082 = WuB I G 1 Anlageberatung 5.97 (Grün): Haftung des Vermittlers von Bond-Beteiligungen aus pVV wegen Verletzung vertraglicher Beratungspflichten; Darlegungs- und Beweislast; Umfang des Schadenersatzanspruchs des Kapitalanlegers.
- OLG Hamm (Beschl. v. 3.6.1996 – 31 U 226/95) WM 1996, 1812 = WuB I G 1 Anlageberatung 7.97 (Lachmair): Umfang der Aufklärungspflicht bei einer Anlageempfehlung für Investmentpapiere eines Dollar-Fonds.
- BGH (Urt. v. 9.5.2000 – XI ZR 159/99) ZIP 2000, 1204 = WM 2000, 1441 = BB 2000, 1542 = DB 2000, 1912 = NJW-RR 2000, 1497 = EWiR 2000, 709 (Balzer) = WuB I G 1 Anlageberatung 4.00 (Horn): Haftung bei fehlerhafter Anlageberatung; Fokker-Anleihe.
- BGH (Urt. v. 27.6.2000 – XI ZR 174/99) ZIP 2000, 1430 = WM 2000, 1685 = BB 2000, 1853 = NJW 2000, 3558 = EWiR 2001, 87 (Schwintowski) = DStR 2000, 1881 (Goette) = WuB I G 5 Immobilienanlagen 17.00 (Westermann) = LM BGB § 276 (Fa) Nr 158 (1/2001) (Emmerich): Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank bei Immobilienfondsanteilen; Darlehensvertrag zur Finanzierung der Fondsanteile als verbundenes Geschäft.
- BGH (Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 320/04) WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504 = BGHZ 166, 56 = DB 2006, 661 = NJW 2006, 1429 = EWiR 2006, 287 (Lang): keine Dokumentationspflicht bzw. -obliegenheit des Kreditinstituts über die Erfüllung seiner Beratungs- und Aufklärungspflichten gegenüber Kapitalanlegern.

I. Grundlagen

1. Regelungsgegenstand

- 1 a) **Normzweck.** Die Erhebung der Kundeninformation¹ und die Aufklärung bzw. Beratung werden nicht von der Dokumentationspflicht des § 34 umfasst. § 34 setzt später ein und begründet Aufzeichnungspflichten für die Durchführung von Wertpapierdienstleistungen. Diese Pflichten sollen der Dokumentation des Geschäftsabschlusses, d.h. der einzelnen Transaktion, dienen, nicht hingegen der Aufzeichnung innerbetrieblicher organisatorischer Vorgänge, die lediglich die Vorstufe des eigentlichen Geschäftsabschlusses bilden.² Mit diesen Aufzeichnungspflichten soll der BaFin ermöglicht werden, die ordnungsgemäße Durchführung von Wertpapierdienstleistungen kontrollieren zu können.³ So sollen etwa Interessenkollisionen, wie das »front running«, durch eine entsprechende Überwachung der BaFin verhindert werden. Damit wird europäisches Recht umgesetzt. Darüber hinaus sollen die Pflichten des § 34 auch eine Eigenkontrolle der Wertpapierdienstleistungsunternehmen ermöglichen. Schließlich ist auch an eine Kontrolle durch den Kunden⁴ zu denken.
- 2 b) **Rechenschaftspflichten nach §§ 675, 666 BGB und § 384 Abs. 1 HGB.** Ähnliche Pflichten wie in § 34 finden sich in den Vorschriften der §§ 675, 666 BGB und § 384 Abs. 2 HGB. Danach ist der Auftragnehmer dem Auftraggeber bzw. der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber verpflichtet, Auskunft und die erforderlichen Nachrichten über den Auftrag zu geben. Überdies besteht die Pflicht zur Rechenschaftslegung, insbesondere die Pflicht zur schriftlichen Abrechnung, die dem Kommittenten die Prüfung der Rechnung ermöglichen soll⁵. Diese Pflichten werden zum Teil in der BaFin-WohlverhaltensRiL v. 23.8.2001 wiederholt⁶. Allerdings wird darin das Wertpapierdienstleistungsunternehmen nicht zur Dokumentation bestimmter Dienstleistungen verpflichtet.⁷
- 3 Ein Vergleich von § 34 mit den Rechenschaftspflichten der §§ 675, 666 BGB und § 384 BGB verdeutlicht, dass § 34 zum Teil weitergehende Pflichten begründet, weil die Vorschrift auch Festpreisgeschäfte und nicht nur Kommissionsgeschäfte umfasst. Zudem bezieht sich die kommissionsrechtliche Rechenschaftspflicht nur auf

1 Assmann/Schneider/Koller⁴ § 31 Rdn. 108; Lang Informationspflichten § 14 Rdn. 1; Balzer WM 2001, 441, 446; Schwintowski/Schäfer² § 18 Rdn. 16; Schwark/Schwark³ § 31 Rdn. 42 abw. Schwennicke WM 1998, 1101, 1107 s. unten Rn. 21.

2 BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 106; Begr RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109.

3 BT-Drs. 13/1742, S. 106; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 2; Hadding FS Peltzer S. 153, 156; Schwark Verhaltensnormen S. 109, 121; Schwennicke WM 1998, 1101, 1107. Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 2.

4 Zur öffentlich- und privatrechtlichen Natur der Vorschrift s. ausführlich unten Rn. 63.

5 Baumbach/Hopt/Hopt HGB³², § 384 Rdn. 8; Lenenbach Kapitalmarkt- und Börsenrecht Rdn. 4.29; vergleichbar auch für das österreichische Recht s. Kalss/Oppitz/Zollner Kapitalmarktrecht, § 6 Rdn. 92.

6 S. Teil B. Ziff. 3.6.1 BaFin-WohlverhaltensRiL v. 23.8.2001 (Rn. 13) und unten Rn. 27.

7 Wann eine Dokumentation ratsam erscheint, ergab sich nach der bisherigen Rechtslage nur aus der Beweislastverteilung zwischen Kunden und Unternehmen. Hierzu BGH 30.9.1993 Z 123, 311 m.w.N. = WM 1994, 78, 79 f; Thomas/Putzo/Putzo ZPO²⁰, vor § 284 Rdn. 36; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO⁵ Anh § 286 Rdn. 200. Daran hat auch § 34 nichts geändert, s. unten Rn. 64 ff.

die Ausführung des Auftrages und begründet keine zeitlich früher einsetzenden Pflichten, wie beispielsweise eine Pflicht.

c) **Ökonomische Überlegungen.** Schutzzweck der WpDRiL 93/22/EWG und des WpHG ist auch die allokativen Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte.⁸ Einerseits dient es der allokativen Funktionsfähigkeit, wenn die Behörde die Möglichkeit erhält, bestimmte Pflichten effektiv zu kontrollieren.⁹ Andererseits sollen Wertpapierdienstleistungsunternehmen nicht über Maßen mit Kosten belastet werden, die volks- und betriebswirtschaftlich unangemessen sind.¹⁰ Die Dokumentation eines Aufklärungsgesprächs dauert ca. 30 Minuten und verursacht Kosten pro Mitarbeiter zwischen 250,- und 3.400,- EUR jährlich.¹¹ Allerdings relativiert sich der Dokumentationsaufwand, da die notwendige Information nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 nur »soweit erforderlich« vom Wertpapierdienstleistungsunternehmen geschuldet ist. Zudem können Fragebögen die Kosten weiter minimieren. Weil § 34 zur Dokumentation von Aufklärung und Beratung nicht verpflichtet, ist diese Regelung ökonomisch effizient, kann doch der Kunde als *cheapest cost avoider* diese Aufzeichnung eigenhändig durchführen.

2. Gesetzesgeschichte

a) **Europäischer Hintergrund.** aa) **Wertpapierdienstleistungs-RiL 93/22/EWG.** Nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 SpStr. 4 S. 1 WpDRiL 93/22/EWG hat die Wertpapierfirma dafür Sorge zu tragen, dass die Aufzeichnungen über die ausgeführten Transaktionen mindestens ausreichen, um den Behörden des Herkunftsmitgliedstaats die Kontrolle der Einhaltung der Aufsichtsregeln, für die sie zuständig sind, zu ermöglichen. Nach S. 2 sind diese Aufzeichnungen so lange aufzubewahren, wie dies von den zuständigen Behörden vorgeschrieben wird.

bb) **Aufzeichnungs- und Berichterstattungspflichten nach Art. 19 Abs. 7, 8 MiFiD 2004/39/EG** Die MiFiD 2004/39/EG¹² hebt die WpDRiL 93/22/EG auf. Im Gegensatz zur WpDRiL 93/22/EWG¹³ stellt die MiFiD keine Mindestharmonisierung, sondern eine RiL mit abschließender Regelung dar.¹⁴ Sie wird nach dem

⁸ Einl. Rn. 14 ff.

⁹ Einl. Rn. 30 ff.

¹⁰ So auch BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 106.

¹¹ *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 3.II.1.

¹² Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente v. 21.4.2004, ABl. Nr. L 145, 1, berichtigt ABl. 2005, Nr. L 45, 18. MiFiD steht für Markets In Financial Instruments Directive, dem englischen Titel der RiL.

¹³ Vgl. Art. 11 Abs. 1 S. 2 WpDRiL; zu den Vor- und Nachteilen einer solchen Mindestharmonisierung s. *Möllers* Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration 1999, S. 15 ff.

¹⁴ Art. 31 Abs. 1 Unterabsatz 2 MiFiD lautet: »Die Mitgliedstaaten erlegen diesen Wertpapierfirmen oder Kreditinstituten in den von der vorliegenden Richtlinie erfassten Bereiche keine zusätzlichen Anforderungen auf.«

Lamfalussy-Verfahren¹⁵ durch die DurchführungsRiL 2006/73/EG¹⁶ und die DurchführungsVO 1287/2006/EG¹⁷ konkretisiert. Die Anlageberatung wird im Unterschied zum bisherigen Recht eine Wertpapierdienstleistung.¹⁸ Die MiFiD unterscheidet in Art. 19 Abs. 4, 5 zwischen Anlageberatung oder Portfolio-Management einerseits und anderen Finanzdienstleistungen andererseits.

- 7 Eine dem Art. 10 WpDRiL vergleichbare Vorschrift, die eine Überwachung durch die Behörde ermöglichen soll, enthält Art. 13 Abs. 6 MiFiD.¹⁹ **Art. 6 und 7 der DurchführungsVO 1287/2006/EG konkretisieren diese Aufzeichnungspflichten.** Diese Pflichten gelten unmittelbar, d.h. auch ohne Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber (s. auch unten Rn. 18).²⁰

Artikel 7

(Artikel 13 Absatz 6 der Richtlinie 2004/39/EG)

Aufzeichnung von Kundenaufträgen und Handelsentscheidungen

Eine Wertpapierfirma nimmt für jeden von einem Kunden eingegangenen Auftrag und für jede Handelsentscheidung betreffend die Erbringung einer Portfoliomanagement-Dienstleistung unverzüglich eine Aufzeichnung der folgenden Angaben vor, sofern sie sich auf den besagten Auftrag bzw. auf die besagte Handelsentscheidung beziehen:

- (a) Name oder sonstige Bezeichnung des Kunden;
- (b) Name oder sonstige Bezeichnung jeder relevanten Person, die im Auftrag des Kunden handelt;
- (c) die Angaben, die unter den Ziffern 6, 16, 18 und 19 der Tabelle I in Anhang I spezifiziert sind;
- (d) Wesensart des Kundenauftrags;
- (e) sonstige Details, Bedingungen oder spezifische Anweisungen des Kunden betreffend die Art und Weise der Ausführung des Kundenauftrags;
- (f) Datum sowie genauer Zeitziffer des Eingangs des Kundenauftrags bei der Wertpapierfirma bzw. der Entscheidung über den Handel mit diesem Kundenauftrag.

15 *Lamfalussy Bericht* v. 15.2.2001, abrufbar unter www.europa.eu.int/comm/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_de.pdf, Abruf v. 17.5.2006.

16 DurchführungsRiL 2006/73/EG zur Durchführung der MiFiD 2004/39/EG v. 10.8.2006, Abl. Nr. L 241, 26.

17 DurchführungsVO Nr. 1287/2006 der Kommission v. 10.8.2006 zur Durchführung der MiFiD 2004/39/EG v. 10.8.2006, Abl. Nr. L 241, 1.

18 Vgl. Anh I Abs. 1 Nr. 5 MiFiD.

19 Danach sorgt eine Wertpapierfirma dafür, dass Aufzeichnungen über alle ihre Dienstleistungen und Geschäfte geführt werden, die ausreichen, um der zuständigen Behörde zu ermöglichen, die Einhaltung der Anforderungen dieser Richtlinie zu überprüfen und sich vor allem zu vergewissern, dass die Wertpapierfirma sämtlichen Verpflichtungen gegenüber den Kunden oder potenziellen Kunden nachgekommen ist.

20 Gem. Art. 41 DurchführungsVO gilt die Verordnung grundsätzlich ab dem 1.11.2007.

Artikel 8

(Artikel 13 Absatz 6 der Richtlinie 2004/39/EG)

Aufzeichnung von Geschäften

1. Unmittelbar nach der Ausführung eines Kundenauftrags nehmen die Wertpapierfirmen die Aufzeichnung der folgenden Angaben zu dem betreffenden Geschäft vor:
 - (a) Name oder sonstige Bezeichnung des Kunden;
 - (b) die Angaben, die unter den Ziffern 2, 3, 4, 6, 16 und unter den Ziffern 18 bis 21 der Tabelle 1 in Anhang I spezifiziert sind;
 - (c) die Gesamtsumme;
 - (d) die natürliche Person, die das Geschäft ausgeführt hat bzw. für die Ausführung zuständig ist.
2. Übermittelt eine Wertpapierfirma einer anderen Person einen Auftrag zur Ausführung, so zeichnet die Wertpapierfirma unverzüglich nach der Übermittlung die folgenden Angaben auf:
 - (a) Name oder sonstige Bezeichnung des Kunden, dessen Auftrag übermittelt wurde;
 - (b) Name oder sonstige Bezeichnung der Person, an die der Auftrag übermittelt wurde;
 - (c) die Bedingungen des übermittelten Auftrags;
 - (d) das Datum und die genaue Zeitziffer der Übermittlung.

Nach Art. 19 Abs. 7 S. 1 MiFiD erstellt die Wertpapierfirma eine Aufzeichnung, die das Dokument oder die Dokumente mit den Vereinbarungen zwischen der Firma und dem Kunden enthält, die die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die sonstigen Bedingungen, zu denen die Wertpapierfirma Dienstleistungen für den Kunden erbringt, festlegt. Allerdings können gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien durch Verweisung auf andere Dokumente oder Rechtstexte aufgenommen werden. Geschuldet ist damit eine schriftliche Fassung der **transaktionsbezogenen Informationen**, also etwa in Bezug auf die Gebühren, welche die Wertpapierfirma für den Kauf oder Verkauf des Finanzinstrumentes erlangt. Entgegen einer in der Lehre vorhandenen Auffassung verlangten die MiFiD und ihre DurchführungsVO nicht, dass die Aufzeichnung konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung eines Vertragsschlusses betreffend eine Wertpapierdienstleistung wird. Vielmehr bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorbehalten, selbst die Voraussetzungen eines Vertragsschlusses zu bestimmen.²¹ Die Aufzeichnungspflicht folgt lediglich als Rechtsfolge aus dem Vorliegen einer Wertpapierdienstleistung. Obwohl die Anlageberatung im Rahmen der MiFiD 2004/39/EG nun Wertpapierdienstleistung ist, muss nicht der Inhalt der Beratung, sondern wie Art. 19

²¹ S. Background note zum Draft Commission Directive, abrufbar unter www.thomas-moellers.de Ziff. 7.4.4. Client contract: »The implementing Directive does not impose requirements as to the form, content and performance of contracts for the provision of investment Services. The regulation, if any, of these issues is left to the discretion of Member States.« *abw.* von einer konkludenten Vereinbarung ausgehend *Mülbert* Die neuen Transparenzregeln im Vorschlag einer Richtlinie über Wertpapierdienstleistungen und geregelte Märkte, Arbeitspapier 2003, S. 4 f., 17; *Ilg* S. 105.

Abs. 7 S. 1 MiFiD deutlich formuliert, nur die äußeren Rahmenbedingungen festgehalten werden.²²

- 9 Nach Art. 19 Abs. 8 MiFiD muss die Wertpapierfirma dem Kunden in geeigneter Form über die für ihre Kunden erbrachten Dienstleistungen Bericht erstatten. Diese Berichte enthalten gegebenenfalls Angaben über die Kosten, die mit den im Namen des Kunden durchgeführten Geschäften und den erbrachten Dienstleistungen verbunden sind. Art. 40 der DurchführungsRiL 2006/73/EG konkretisiert diese Berichtspflichten an den Kunden für die normalen Finanzgeschäfte, Art. 41-42 gelten für die Portfolioverwaltung (s. Anh zu § 34).

- 10 b) Deutscher Hintergrund. aa) Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie durch § 34 WpHG (1) Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie. Schon vor Erlass des § 34 existierte eine Verlautbarung²³ des BKred, die Kreditinstitute zur Dokumentation bestimmter Daten anhielt.²⁴ § 34 setzt Art. 10 Abs. 1 S. 2 SpStr. 4 der WpDRiL 93/22/EWG um.²⁵ Man mag darüber streiten, ob die Aufzeichnungspflichten des § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2 über den Wortlaut der WpDRiL 93/22/EWG hinausgehen, weil diese nur die Dokumentation über die »ausgeführte« Transaktion verlangt²⁶, während nach § 34 schon die Auftragserteilung dokumentiert werden muss. Legt man den europäischen Begriff der »ausgeführten Transaktion«²⁷ weit aus, umfasst er auch die Auftragserteilung; für diesen Fall wäre deutsches Recht nicht strenger als das europäische.²⁸

22 Die DurchführungsRiL sieht keine weiteren Bestimmungen vor, s. Erwägungsgrund 37. Im Hinblick auf die Vertragsdokumente hatte das CESR umfangreiche Vorschläge zu deren Inhalt und Form gemacht. Dem Kunden sollte beispielsweise das Vertragsdokument auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt werden, sowie die Zustimmung des Kunden zum Vertragsdokument durch dessen Unterschrift oder auf gleichwertige Art und Weise bewiesen werden, CESR/05-024c, Box 10 Nr. 1. Nach Meinung der Kommission gingen diese Vorschläge aber sowohl über die Verpflichtungen nach dem Richtlinien text hinaus, als auch über den von der Richtlinie gewährten Umfang für Durchführungsmaßnahmen. Art. 19 Abs. 7 MiFiD strebe die Harmonisierung des Inhalts der Aufzeichnung an, nicht der in der Aufzeichnung befindlichen Dokumente. Zudem hätten die Vorschläge eine zu große Auswirkung auf das Zivilrecht der Mitgliedstaaten und Durchführungsmaßnahmen seien nicht der angemessene Ort, um solch weitreichenden Maßnahmen vorzunehmen, Working document ESC/24/2005, Explanatory note to working document ESC/23/2005 and to the addendum of the working document ESC/17/2005 on Investment research, A.4. Client agreement, S. 2 f.; s. *Ilg* S. 104.

23 Die Verlautbarungen sind regelmäßig allerdings nur als schlichtes Verwaltungshandeln zu qualifizieren und verpflichten deshalb den Bürger noch nicht unmittelbar, s. *Schäde* Finanzmarktaufsicht S. 80.

24 Danach war für jedes abgeschlossene Geschäft Unterlagen anzufertigen, welche die Bezeichnung des Kontrahenten, die Bezeichnung des Wertpapiers, den Betrag, die Valuta, den Kurs und den Abschlussstag mit Uhrzeit enthielt, s. 4.1 der Verlautbarung über Mindestanforderungen an das Betreiben von Handelsgeschäften der Kreditinstitute v. 23.10.1995, s. auch BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 105. Diese Verlautbarung wurde aufgehoben durch das Rundschreiben 18/2005 Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisK), s. www.bafin.de.

25 BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 105.

26 So Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 2.

27 »transactions executed; des opérations effectuées«.

28 So *Schön* Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, S. 98; ihm folgend *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 2.II.1.b).

(2) **Erweiterungen des Tatbestandes.** Der § 34 in seiner jetzigen Fassung wurde in zwei Schritten, nämlich durch das Zweite²⁹ und Dritte³⁰ Finanzmarktförderungsgesetz umgesetzt. Erst durch das dritte Finanzmarktförderungsgesetz wurde der Pflichtenkanon des § 34 mit den Abs. 1 Nr. 3–5 erweitert. Diese Pflichten gehen eindeutig über den Wortlaut der Richtlinie hinaus. Europarechtlich ist dieser weitergehende Pflichtenkanon unbedenklich, weil Art. 10 WpDRiL 93/22/EWG nach seinem Abs. 1 S. 2 ausdrücklich nur Mindestregeln aufstellen.³¹ 11

(3) **Nichteinbeziehung von Wertpapierneben dienstleistungen.** Von § 34 bisher nicht erfasst werden dagegen Wertpapierneben dienstleistungen, wie die Beratung des Kunden³², obwohl Art. 11 Abs. 1 S. 3 WpDRiL ausdrücklich den Mitgliedsstaaten die Option einräumt, die Wohlverhaltenspflichten auf Nebendienstleistungen zu erstrecken und die Absätze 1 und 2 des § 32 ausdrücklich auch Wertpapierneben dienstleistungen einbeziehen. Die Nichteinbeziehung von Wertpapierneben dienstleistungen wurde damit begründet, dass die Dokumentation von Verwahrung und Verwaltung von Vermögen ohne Entscheidungsspielraum³³ sowie die Gewährung von Krediten zur Durchführung von Wertpapierdienstleistungen³⁴ als Nebendienstleistungen bereits durch den Depotöffnungs- bzw. Kreditantrag ausreichend dokumentiert wären³⁵ (zum Umsetzungsbedarf durch die MiFiD s. sogleich unten Rn. 17 ff.). 12

bb) Dokumentationspflichten der Wohlverhaltens-Richtlinie gem. § 35 Abs. 4 WpHG. (1) Zulässige Konkretisierungen des WpHG. Das BAWe hat in einer ersten WohlverhaltensRiL vom 26.5.1997³⁶ in erheblichem Umfang formelle Pflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen festgelegt.³⁷ Diese WohlverhaltensRiL existiert inzwischen in einer überarbeiteten Fassung vom 23.8.2001.³⁸ Der Normtext ist abgedruckt im Anhang von § 35. Sie enthält sowohl interne Aufzeichnungspflichten als auch Schriftformerfordernisse gegenüber dem Kunden³⁹, wie etwa die Verpflichtung zur Auftrags- oder Geschäftsbestätigung bzw. zur Ge- 13

29 V. 30.7.1994, BGBl. I. S. 1749.

30 V. 22.10.1997, BGBl. I. S. 2518.

31 (»mindestens«), ebenso für Art. 11 Abs. 1 S. 2 WpDRiL 93/22/EWG s. § 32 Rn. 4.

32 So ausdrücklich BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 13/7627, S. 114, 166; anders noch Begr. RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 2; Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 1, 13; Lang Informationspflichten § 14 Rdn. 1.

33 § 2 Abs. 3a Nr. 1; die Verwaltung von Vermögen mit Entscheidungsspielraum ist dagegen eine Wertpapierdienstleistung, § 2 Abs. 3 Nr. 6 und unten Rn. 40.

34 § 2 Abs. 3a Nr. 2.

35 BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 13/7627, S. 166.

36 BaFin-WohlverhaltensRiL v. 26.5.1997, BAnz. 1997, S. 6586. S. hierzu ausführlich Möllers/Ganten ZGR 1998, 773 ff.; Kümpel/Hammen/Ekkenga/Birnbaum Kapitalmarktrecht Kennz. 631/1; Vortmann/Döhmel Prospekthaftung und Anlageberatung, § 24 ff.

37 S. Teil B. Ziff. 2.1, 2.4, 3.1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 sowie 3.6 BaFin-WohlverhaltensRiL v. 26.5.1997; eine zweite Fassung stammt v. 9.5.2000, BAnz: Nr. 131, S. 13792.

38 BaFin-WohlverhaltensRiL v. 23.8.2001, BAnz. Nr. 165, S. 19217, abgedruckt bei Kümpel/Hammen/Ekkenga/Birnbaum Kapitalmarktrecht Kennz. 631/1; abrufbar unter www.bafin.de, s. genau unter www.bafin.de/schreiben/89_2005/051220.htm, Abruf v. 17.5.2006.

39 Kümpel/Hammen/Ekkenga/Birnbaum Kapitalmarktrecht Erläuterungen zur WohlverhaltensRiL, Kennz. 631/1 Rdn. 46 f. spricht von internen und externen Aufzeichnungspflichten.

schäftsabrechnung.⁴⁰ Die internen Aufzeichnungspflichten – als Beispiel sei hier die Pflicht genannt, den Auftrag des Kunden und den Namen des ausführenden Angestellten aufzuzeichnen – betreffen Dokumentationspflichten, die zum Teil wörtlich in § 34 geregelt sind.⁴¹ Solche Konkretisierungen sind zulässig (Für weitere Beispiele s. unten Rn. 36 ff.).

- 14 Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat die in der BaFin-WohlverhaltensRiL enthaltenen Informationspflichten so zu erfüllen, dass deren Einhaltung im Rahmen einer Prüfung nach § 35 Abs. 1 oder § 36 Abs. 1 WpHG **nachvollzogen** werden kann.⁴² Der in Teil D BaFin-WohlverhaltensRiL geforderten »Nachvollziehbarkeit« der Einhaltung der jeweiligen Pflichten im Rahmen einer Überprüfung ist schon genügt, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen eine **Struktur** oder einen Verhaltenskodex nachweist, welche die Einhaltung der Pflichten sichern. Jedenfalls ist für eine »Nachvollziehbarkeit« der Einhaltung der Vorschriften keine lückenlose Dokumentation erforderlich; ausreichend sind auch organisatorische Maßnahmen, wie Mitarbeiterschulungen oder Handbücher.⁴³
- 15 (2) **Unzulässige Pflichtenerweiterung.** Allerdings geht die BaFin-WohlverhaltensRiL in einigen Punkten noch über diese Anforderungen hinaus. Will ein Kunde beispielsweise dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen die im Rahmen der Erkundigungspflicht geforderten persönlichen Daten nicht geben, muss die Verweigerung dokumentiert werden.⁴⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung hätten solche Pflichten nicht über § 35 Abs. 4, sondern über eine Rechtsverordnung nach § 34 Abs. 2 geregelt werden müssen.⁴⁵ Die in § 34 Abs. 1 gesetzlich normierten Aufzeichnungspflichten beziehen sich nur auf den Geschäftsabschluss und setzen damit erst nach der Aufklärung bzw. Beratung ein.⁴⁶ Auch die §§ 31, 32 begründen keine Dokumentationspflicht oder -obliegenheit, weil ansonsten § 34 überflüssig würde.⁴⁷ Die BaFin-WohlverhaltensRiL der BaFin sieht zwar entsprechende Dokumentationspflichten vor; die BaFin-WohlverhaltensRiL als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift kann allerdings keine neuen Pflichten begründen und ist deshalb für die Zivilgerichte nicht bindend.⁴⁸

40 Teil B Ziff. 3.6.2 und 3.6.3 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

41 S. einerseits Teil B, Ziff. 3.6.1 Abs. 1 S. 1 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13) und andererseits § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2.

42 Teil D, der BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

43 *Baur* Die Bank 1997, 485; *Kümpel* Rdn. 16.606; BGH 24.1.2006, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)cc).

44 Teil B, Ziff. 2.4 S. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

45 S. genauer bei § 34 Abs. 2 unten Rn. 43 ff.

46 BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)bb).

47 BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)bb) unter Berufung auf *Möllers/Ganten* ZGR 1998, 773, 803 sowie oben Rn. 21.

48 *Möllers/Ganten* ZGR 1998, 773, 801; *Wieneke* Discount-Broking S. 106; *Lang* Informationspflichten § 14 Rdn. 3; ebenso BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)cc); a.A. *Kieninger* AcP 199 (1999), 190, 246. Hierzu bereits oben Rn. 43.

- cc) Rundschriften des BaWe v. 1.2.2002. In einem Rundschriften des BaWe⁴⁹ vom 1.2.2002 finden sich weitere Pflichten, welche die Aufzeichnungspflichten des § 34 konkretisieren. 16
- c) Deutscher Umsetzungsbedarf aufgrund der MiFiD 2004/39/EG und der Durchführungsbestimmungen. Die neuen Regelungen der MiFiD müssen spätestens zum 31.1.2007 in Kraft treten und spätestens zum 1.11.2007 Anwendung finden.⁵⁰ 17
- Da die DurchführungsVO 1287/2006/EG zur MiFiD 2004/39/EG unmittelbar gilt, bedarf es grundsätzlich keiner weiteren Umsetzung der Art. 7 und 8 mehr. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte allerdings in § 34 darauf verwiesen werden.⁵¹ Erfreulicherweise sieht dies eine Neufassung des § 34 Abs. 1 vor.⁵² § 34 Abs. 2 führt dann die Pflicht zur Abfassung einer schriftlichen Rahmenvereinbarung ein. 18
- Die Vorschriften der europäischen Richtlinien sind in nationales Recht umzusetzen. Hierzu reichen interne Verwaltungsvorschriften nicht aus, da Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nur die Verwaltung binden.⁵³ Soweit nämlich die Richtlinie Einzelnen Rechte und Pflichten verleiht, verlangt der EuGH, dass die Rechtslage hinreichend bestimmt und klar sein muss, um den Begünstigten in die Lage zu versetzen, von seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor nationalen Gerichten durchzusetzen.⁵⁴ Die Pflichten der DurchführungsRiL entsprechen zwar in weiten Bereichen der jetzigen BaFin-WohlverhaltensRiL zu § 35 Abs. 5. Wegen der fehlenden Bindungswirkung dieser Richtlinie (s. Rn. 43), ist diese aber als Umsetzung europäischen Rechts nicht ausreichend. Deshalb müssen diese Pflichten über eine Rechtsverordnung nach § 34 Abs. 2 umgesetzt werden.⁵⁵ Deutlich weitergehend sind die Vorschriften zur Portfolio-Verwaltung. Weitere Pflichten können durch eine Rechtsverordnung erlassen werden, wobei die BaFin diese
- 19
- 49 Abrufbar unter www.bafin.de, s. genau unter www.bafin.de/rundschriften/92_2002/wa_020201.htm, Abruf v. 17.5.2006.
- 50 Ursprünglich hatten Art. 69 und 70 Abs. 1 MiFiD die Aufhebung der WpDRiL 93/22/EWG, sowie die Umsetzung der MiFiD zum 30.4.2006 vorgesehen. Nachdem sich jedoch Schwierigkeiten bei der Einhaltung dieser Umsetzungsfrist andeuteten, wurde die Frist auf den 31.1.2007 hin verlängert, s. ÄnderungsRiL 2006/31/EG v. 5.5.2006, ABl. Nr. L 114, 60.
- 51 Vgl. zu einer ähnlichen Verweisungstechnik § 14 Abs. 2.
- 52 RefE eines Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes v. 14.9.2006, abrufbar unter www.thomas-moellers.de/materialien.
- 53 EuGH 30.5.1991, C-361/88, Slg. 1991, I-2567 Rdn. 20 – TA-Luft.
- 54 EuGH 23.5.1985 Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661 Rdn. 23 – Deutsches Krankenpersonal; EuGH 25.7.1991 Rs. C-208/90, Slg. 1991, I-4269 Rdn. 19 – Emmott; EuGH 23.3.1995 Rs. C-365/93, Slg. 1995, I-499 Rdn. 9 – Anerkennung von Hochschuldiplomen; EuGH 10.5.2001 Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Slg. 2001, I-3541 Rdn. 17 = NJW 2001, 2244 – Transparenzgebot in AGB-RiL; Grabitz/Hilf/Nettesheim EGV, § 249 Rdn. 139 f.
- 55 In die Richtung deutet der RefE eines Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, S. 55, der die Ermächtigung zur Rechtsverordnung in einem neu zu schaffenden § 34 Abs. 4 formuliert.

Pflichten in einem Verzeichnis der Mindestaufzeichnungen auf ihrer Web-Seite veröffentlicht.⁵⁶

3. Abgrenzung zu anderen Vorschriften

- 20 a) **Keine Dokumentationspflichten nach § 31 WpHG.** Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass im Rahmen der Mitteilungspflichten des 31 Abs. 2 S. 2 bzw. generell nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 Aufzeichnungspflichten bestünden. Die Wertpapierdienstleistung würde nur dann mit der »erforderlichen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse« des Kunden erbracht, wenn alle wichtigen Vorkommnisse dokumentiert würden.⁵⁷
- 21 Dem stehen allerdings Wortlaut und Systematik der §§ 31 ff. entgegen. Die Sorgfaltspflicht bezieht sich nur auf die Wertpapierdienstleistung bzw. -nebendienstleistung selbst, die in den Absätzen 3 und 3a des § 2 definiert werden. Würde man die oben genannten Dokumentationspflichten in § 31 Abs. 1 Nr. 1 »hineinlesen«, würden die in § 34 geregelten Dokumentationspflichten weitgehend gegenstandslos.⁵⁸ Ebenso verbleibt für die Ermächtigung, weitere Aufzeichnungspflichten durch Rechtsverordnung nach § 34 Abs. 2 zu konkretisieren, nur dann ein sinnvoller Anwendungsbereich, wenn Aufzeichnungspflichten nicht bei Bedarf durch Auslegung der Wohlverhaltensregeln des § 31 gewonnen werden können.⁵⁹ Schließlich verlangt auch die Rechtsprechung des EuGH, dass die Vorgaben der Richtlinie klar und eindeutig umgesetzt werden.⁶⁰ Im Ergebnis kann die Verpflichtung, die Pflichten des § 31 zu dokumentieren, nur durch Rechtsverordnung nach § 34 Abs. 2 geregelt werden.⁶¹ Auch nach österreichischem Recht verpflichtet nicht eine Verwaltungsvorschrift, sondern unmittelbar § 17 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 13 Z 3 WAG zur Dokumentation der Kundenangaben.⁶²
- 22 b) **§ 16 WpHG.** Nach § 16 Abs. 2 S. 5 haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen vor Durchführung von Aufträgen, die Insiderpapiere im Sinne des § 12 zum
- 56 Vgl. die geplanten § 34 Abs. 4, 5 des RefE eines Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes.
- 57 Reich WM 1997, 1601, 1605; Roller/Hackenberg VuR 2005, 127, 128 f., Horn/Krämer/Tilp Bankrecht S. 419, 437 ff.; differenzierend Schwennike WM 1998, 1101, 1107: Dokumentation der Erkundigungspflicht bejahend; Dokumentation der Aufklärung oder Beratung verneinend.
- 58 Gesetze sind aber so auszulegen, dass keine Vorschrift überflüssig wird, denn es ist höchst unwahrscheinlich, dass jemand unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen erlassen will, Bydlinski Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 1991, S. 444; Kramer Juristische Methodenlehre² 2005, S. 94; Schmalz Methodenlehre³ 1992, Rdn. 242.
- 59 Möllers/Ganten ZGR 1998, 773, 803; ihnen folgend BGH 24.1.2006, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)bb); Staud Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 2.III.; Schimansky/Bunte/Lwowski/Lwowski Bankrechtshandbuch², § 109 Rdn. 34; Ellenberger/Schäfer/Ellenberger Fehlgeschlagene Wertpapieranlagen, S. 57, 94; im Ergebnis auch Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 13; a.A. Reich WM 1997, 1601, 1605; Roller/Hackenberg VuR 2005, 127, 128 f., Horn/Krämer/Tilp Bankrecht S. 419, 437 ff.
- 60 S. gerade Fußn. 52.
- 61 Neben den in Fußn. 55 genannten Autoren auch Assmann/Schneider/Koller⁴ § 31 Rdn. 108; Vortmann/Döhmel Prospekthaftung und Anlageberatung § 4 Rdn. 104.
- 62 § 13 Z 3 WAG entspricht § 31 Abs. 2 Nr. 1.

Gegenstand haben, bei natürlichen Personen den Namen, das Geburtsdatum und die Anschrift, bei Unternehmen die Firma und die Anschrift der Auftraggeber und der berechtigten oder verpflichteten Personen oder Unternehmen festzustellen und diese Angaben aufzuzeichnen. Die Zielsetzung des § 16 unterscheidet sich von § 34, weil § 34 die Überwachung der §§ 31 ff. ermöglichen will, während § 16 die Vermeidung von Insiderverstößen bezweckt.⁶³ Überdies verpflichtet § 16 Abs. 2 S. 5 nur zur Aufzeichnung der Personalien des Auftraggebers, nicht zum Inhalt der Transaktion, wie dies § 34 verlangt.

c) Dokumentationspflichten der Compliance-Richtlinie v. 25.10.1999 gem. § 33 WpHG. Die Compliance-Richtlinie⁶⁴ enthält in Ziff. 2.1 Abs. 4 Dokumentationspflichten. Danach hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Auswahl und Ausgestaltung geeigneter organisatorischer und technischer Maßnahmen in seinen betriebsinternen Regelungen festzulegen. Nach Ziff. 2.1. Abs. 5 obliegt es der Verantwortlichkeit des Unternehmens, welche konkreten Vorkehrungen es tatsächlich trifft, um die Anforderungen des § 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG einzuhalten, und welche Stelle des Unternehmens zuständig ist. Auch dies erfordert eine entsprechende Dokumentation.⁶⁵ Diese Dokumentation ist jedoch unternehmensbezogen, während die Dokumentationspflicht des § 34 transaktionsbezogen ist. Selbst wenn sich § 33 Abs. 1 Nr. 1 auf die Wohlverhaltensregeln des § 31 WpHG bezöge, würde die Norm doch nur die Sicherstellung der Mittel für diese Tätigkeiten bezwecken. Die Dokumentation der Transaktion selbst soll dagegen durch § 34 sichergestellt werden.

d) Verlautbarung des BAKred für die Depotprüfung. Schon vor Erlass von § 34 waren Kreditinstitute, die das Effekten- oder Depotgeschäft betrieben, aufgrund einer Verlautbarung des BAKred nach § 30 KWG verpflichtet, entsprechende Dokumentationspflichten für jedes abgeschlossene Geschäft zu erfüllen.⁶⁶ Aufgrund der Einführung des WpHG durch das 2. Finanzmarktförderungsgesetz gelten diese Dokumentationspflichten nur noch für Kreditinstitute bei Ausübung von Depotgeschäften.⁶⁷

4. Rechtsvergleichende Betrachtungen

a) Österreich. Eine ähnliche Regelung wie in § 34 findet sich in § 17 des österreichischen Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG), wobei sich der österreichische Gesetzgeber an § 34 WpHG orientiert hat.⁶⁸ Vergleichbar mit der deutschen BaFin-Wohlverhaltensrichtlinie wurden die über § 17 WAG hinausgehenden Dokumentationspflichten durch eine Empfehlung der Bundeskreditsektion in Zusammenhang

⁶³ Zur Compliance-Richtlinie v. 25.10.1999, BAnz. Nr. 210, S. 18453; vgl. § 16 Rn. 2.

⁶⁴ Vgl. § 33 Rn. 47 ff.

⁶⁵ Vgl. § 33 Rn. 53.

⁶⁶ Bekanntmachung des BAKred über die Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit des Depotgeschäfts und der Erfüllung von Wertpapierlieferungsverpflichtungen v. 21.12.1998, BAnz. Nr. 2465, S. 17906, abgedruckt in: *Reischauer/Kleinhaus KWG*, Kza 490; abrufbar unter www.bafin.de, s. genau unter www.bafin.de/bekanntmachungen/ba/depot.htm, Abruf v. 17.5.2006.

⁶⁷ *Szagunn/Haug/Ergenzinger KWG* 1997, § 30 Rdn. 1.

⁶⁸ Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt/Frölichsthal § 17 WAG.

mit den Verbänden der österreichische Kreditwirtschaft (1994) konkretisiert.⁶⁹ Neben inhaltlichen Übereinstimmungen⁷⁰ findet sich auch eine Reihe von interessanten Unterschieden.⁷¹

- 26 b) **England.** Das Kapitalmarktrecht in England hatte in Sec. 48 (2) (k) des Financial Services Act 1986 eine Ermächtigungsnorm zum Erlass von Dokumentationspflichten⁷², die durch *principles* konkretisiert wurden. Inzwischen wurde der FSA 1986 durch den Financial Services Markets Act 2000 (FSMA) ersetzt; die entsprechende Ermächtigungsnorm findet sich nun in sec. 138 (1). Zudem ist die Financial Services Authority (FSA) zum Erlass von *guidance, codes of practice* und *evidential provisions* berechtigt.⁷³ Für die Dokumentationspflichten sind die Code of Business (COB) 5.2. und 5.3. einschlägig.⁷⁴

II. § 34 Abs. 1 – Aufzeichnungspflichten

1. Anwendungsbereich

- 27 § 34 Abs. 1 verpflichtet Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 2 Abs. 4.⁷⁵ Nach § 37 Abs. 1 sind bestimmte Geschäfte vom Anwendungsbereich des § 34 ausgenommen.⁷⁶ Nach § 37 Abs. 3 werden Zweigniederlassungen im Ausland vom Anwendungsbereich ausgenommen. Damit wird das Herkunftslandprinzip des Art. 8 der WpDRiL 93/22/EWG umgesetzt, wonach die Kontrolle durch Behörden des Herkunftsmitgliedstaates erfolgt. Der Begriff der Wertpapierdienstleistung bestimmt sich nach § 2 Abs. 3.

2. Inhalt der Pflicht

- 28 a) **Begriff der Aufzeichnung.** Aufzeichnung ist jede zulässige Fixierung, die nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung bzw. den Grundsätzen ordnungsgemäßer Speicherbuchführung anerkannt wird, also etwa auch die elektronische Speicherung, die mit vertretbarem Aufwand sichtbar gemacht werden kann.⁷⁷

69 Hierzu *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 8.I.

70 S. unten Rn. 34.

71 S. oben Fußn. 58 und Rn. 49.

72 Sie lautete: »Rules under this section may in particular make provision requiring the keeping accounts and other records, as to their form and content and for their inspection.« Zum bisherigen Recht s. auch Assmann/Schneider/Koller² § 34 Rdn. 3; Schön Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, S. 99; *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 9.I.4.

73 ss. 157, 64 (2), 1190, 149, *Schädle Finanzmarktaufsicht* S. 25.

74 S. im Einzelnen unten Rn. 48 und 52.

75 S. § 2 Rn. 166 ff.

76 S. § 37 Rn. 11 ff.

77 *Scharrenberg* Dokumentation in der Anlageberatung, S. 108.

b) **Art der Aufzeichnung.** Weder die WpDRiL 93/22/EWG⁷⁸ noch § 34 schreiben die Art der Aufzeichnung vor. Insofern bestehen keine besonderen Anforderungen, die Aufzeichnung muss nur reproduzierbar sein.⁷⁹ Die BaFin-WohlverhaltensRiL konkretisiert § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2. Die Annahme aller Aufträge ist grundsätzlich schriftlich oder durch eine gleichwertige Aufzeichnungsform (z.B. elektronisch)⁸⁰, unter Angabe des annehmenden Mitarbeiters, zu dokumentieren. Telefonisch erteilte Aufträge können mit Einwilligung des Kunden auch durch Tonträgeraufzeichnungen dokumentiert werden.⁸¹ 29

Eine Unterzeichnung des Auftrages durch den Kunden ist nicht erforderlich, hätte der Gesetzgeber doch die Unterschrift des Kunden, wie für Finanztermingeschäfte nach § 37d Abs. 2 und früher bei Börsentermingeschäften nach ex-§ 53 Abs. 2 BörsG⁸² ausdrücklich fordern können. Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch, die Richtigkeit der Angaben unterschreiben zu lassen.⁸³ 30

3. Die einzelnen Aufzeichnungspflichten des § 34 Abs. 1

a) **Nr. 1: Aufzeichnung von Auftrag und Anweisung.** aa) **Auftrag.** Aufzeichnungspflichtig ist der von einem Kunden dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen gegenüber erteilte Auftrag. Der Begriff Auftrag umfasst auch die einem Vermittler auf dem Primärmarkt erteilten Aufträge zur Zeichnung von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten und Derivaten.⁸⁴ Bei mehreren Kontoinhabern ist der Kontoinhaber, der den Auftrag erteilt hat, zu nennen; wenn der Name nicht erfasst wird, muss für jeden Kontoinhaber eine eigene PIN vergeben werden; im Fall der Auftragserteilung durch einen Vertreter, ist der Name des Vertreters aufzuzeichnen.⁸⁵ 31

bb) **Anweisung des Kunden.** Eventuelle Anweisungen des Kunden sind ebenfalls aufzeichnungspflichtig. Der Begriff der Anweisung umfasst nur den Auftrag als solchen, d.h. seine Konditionen und Abwicklung. Anweisungen in diesem Sinne können das Festpreisgeschäft oder die Ausführung im Rahmen des Kommissionsgeschäfts, den Börsenplatz oder bestimmte Limits betreffen. Die aufzeichnungspflichtige Anweisung schließt die inhaltliche Aufklärung oder Beratung nicht ein.⁸⁶ 32

⁷⁸ Art. 10 Spiegelstrich 4 WpDRiL 93/22/EWG spricht von Aufzeichnung (record, l'enregistrement).

⁷⁹ Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 3.

⁸⁰ Teil B Ziff. 3.6.1. Abs. 1 S. 1 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

⁸¹ Teil B. Ziff. 3.6.1. BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

⁸² Schwennicke WM 1998, 1101, 1107; Schwark Verhaltensnormen S. 109, 115, *Than* Umsetzung der Verhaltensnormen, S. 147; Scharrenberg Dokumentation in der Anlageberatung, S.108, 109.

⁸³ Schwennicke WM 1998, 1101, 1107; Scharrenberg Dokumentation in der Anlageberatung, S. 108, 109 und unten Rn. 63 ff.

⁸⁴ Begr RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 2; Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 6.

⁸⁵ Rundschreiben des BaWe v. 1.2.2002, Ziff. 3 (Rn. 16); Hadding FS Peltzer S. 153, 157; Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 6.

⁸⁶ BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)bb).

- 33 **cc) Ausführung des Auftrags.** Vom Ausführungsgeschäft sind der Name des Kontrahenten, die Bezeichnung des zugewiesenen Wertpapiers, der Betrag, der Kurs, die Valuta, der Tag und die Uhrzeit aufzuzeichnen.⁸⁷ Da der Begriff des Auftrags auch die einem Vermittler auf dem Primärmarkt erteilten Aufträge erfasst⁸⁸, fällt unter den Begriff der Ausführung auch die Zuteilung der Wertpapiere, Geldmarktinstrumente und Derivate an den einzelnen Kunden.⁸⁹ Unter den Begriff der Ausführung fallen auch die Weiterleitung des Auftrages⁹⁰ und sonstige Stationen der Auftragsabwicklung, Geschäfte in Zusammenhang mit Bezugsrechten⁹¹ sowie die Zuteilung von Finanzinstrumenten an einzelne Kunden.⁹²
- 34 **b) Nr. 2: Aufzeichnung von Mitarbeiter und Uhrzeit.** **aa) Namen des Angestellten.** Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist verpflichtet, den Namen des Angestellten, der den Auftrag angenommen hat, die Uhrzeit der Erteilung und Ausführung des Auftrages aufzuzeichnen.⁹³ Um festzustellen, ob Mitarbeiter eigene Geschäfte vor oder nach Kenntniserlangung des Auftrages getätigt haben und damit möglicherweise gegen Insiderrecht oder das »front running«⁹⁴ verstoßen haben, ist der Name der Person, welche die Auftragserteilung angenommen hat, besonders wichtig.⁹⁵ Wie bei § 32⁹⁶ ist der Begriff des Angestellten weit zu fassen. Entscheidend ist nicht die arbeitsrechtliche Einordnung, sondern vielmehr, ob eine Person mit den oben genannten Geschäften auf irgendeine Art und Weise, auch im Rahmen einer Hilfstätigkeit betraut⁹⁷ war und damit in einem Vertraulichkeitsbereich arbeitet. Neben den Angestellten im arbeitsrechtlichen Sinne fallen also in diese Gruppe beispielsweise mitarbeitende Kommanditisten, Ehepartner, Praktikanten oder Volontäre. Dies entspricht der österreichischen Rechtslage, da § 17 Abs. 1 Nr. 2 WAG die Aufzeichnung der »mit dem Kunden unmittelbar in Kontakt tretenden Person« verlangt.
- 35 **bb) Uhrzeit der Erteilung und Ausführung.** Nach der BaFin-WohlverhaltensRiL muss bei Kommissionsgeschäften der Zeitpunkt der Auftragsannahme, der Weitergabe an ein ausführendes Wertpapierdienstleistungsunternehmen (insbesondere einen Makler) und der Auftragsausführung regelmäßig durch elektronische oder vergleichbare Mittel festgehalten werden.⁹⁸ In Ausnahmefällen ist die manuelle Dokumentation ausreichend. Die Aufzeichnung hat in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Annahme bzw. Weitergabe des Auftrags zu erfolgen.

87 BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7818, S. 105.

88 S. gerade Rn. 31.

89 Begr RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109.

90 *Hadding* FS Peltzer, S. 153, 157; *Schwark/Schwark*³ § 34 Rdn. 7.

91 S. Rundschreiben des BaWe v. 1.2.2002 Ziff. 5 (Rn. 16); *Assmann/Schneider/Koller*⁴ § 34 Rdn. 2.

92 Begr RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109; *Assmann/Schneider/Koller*⁴ § 34 Rdn. 2.

93 S. auch Teil B. Ziff. 3.6.1. Abs. 1 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

94 Hierzu § 32 Rn. 64.

95 *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 3.I.1.b).

96 S. § 32 Rn. 75 f.

97 *Assmann/Schneider/Koller*⁴ § 32 Rdn. 18; *Lang* Informationspflichten § 13 Rdn. 12; ähnlich auch *Schäfer/Schäfer* § 32 Rdn. 13.

98 Teil B Ziff. 3.6.1. Abs. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

cc) Weitere Konkretisierungen durch die BaFin-WohlverhaltensRiL. 36

(1) **Zeitlicher Ablauf.** Der zeitliche Ablauf der Ausführung ist zu dokumentieren. Jedes Geschäft ist sofort nach Geschäftsabschluss mit allen maßgebenden Abschlussdaten zu erfassen und anschließend unverzüglich mit allen Unterlagen an die Abwicklung weiterzuleiten. Geschäfte, die nach Erfassungsschluss der Abwicklung geschlossen werden (**Spätgeschäfte**), sind als solche zu kennzeichnen und bei den Positionen des Abschlussstages (einschließlich der Nacherfassung) zu berücksichtigen. Händlerzettel über Spätgeschäfte sind unverzüglich einer Stelle außerhalb des Handels zuzuleiten.⁹⁹ Für Geschäfte, die über ein Abwicklungssystem einer Börse oder ein anderes Abwicklungssystem abgerechnet werden, ist eine andere Form der Dokumentation zulässig.¹⁰⁰

(2) **Mitteilungspflichten gegenüber dem Kunden.** Grundsätzlich ist jeder Auftrag, der nicht tagesgültig erteilt wird, spätestens an dem der Erteilung nachfolgenden Tag schriftlich oder in gleichwertiger Form zu bestätigen (**Auftragsbestätigung**), sofern er nicht unverzüglich, spätestens aber an dem der Erteilung folgenden Tag, abgerechnet wird (**Geschäftsabrechnung**). Dies gilt auch für besondere Anweisungen des Kunden, z.B. hinsichtlich etwaiger Limitierungen. Bei einer Teilausführung gilt die Teilgeschäftsabrechnung, die für den ausgeführten Teil erstellt wird, zugleich als Auftragsbestätigung für den nicht ausgeführten Teil. Bei der Zusammenfassung von Kundenaufträgen ist an jeden Kunden eine Auftragsbestätigung zu schicken. Jedes Geschäft muss einzeln gebucht und aufgezeichnet werden.¹⁰¹ 37

Auch bei Kommissionsgeschäften ist jedes Geschäft nach Ausführung unverzüglich schriftlich oder in gleichwertiger Form dem Kunden anzuzeigen (**Geschäftsbestätigung**), sofern es nicht unverzüglich abgerechnet wird (**Geschäftsabrechnung**). Die Geschäftsabrechnung muss alle für das Geschäft wesentlichen Angaben enthalten, hinsichtlich der in Rechnung gestellten Kosten transparent und (für den durchschnittlichen Kunden) verständlich sein. Dazu gehören insbesondere der Preis, das Abschlussdatum und der Börsenplatz. Bei Termingeschäften ist dem Kunden für die Eröffnung und Schließung jeder Position eine entsprechende Geschäftsbestätigung bzw. -abrechnung zu erteilen.¹⁰² 38

c) **Nr. 3: Aufzeichnung der Provisionen und Spesen.** Nach Nr. 3 müssen die dem Kunden für den Auftrag in Rechnung gestellten Provisionen und Spesen aufgezeichnet werden, damit diese Kosten nachvollzogen werden können.¹⁰³ Damit wird beispielsweise der Nachweis von »churning« oder »Kick-Back-Vereinbarungen« erleichtert.¹⁰⁴ Zu den Provisionen gehören üblicherweise Provisionen für das 39

⁹⁹ Teil B. Ziff. 3.6.1. Abs. 4 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

¹⁰⁰ Teil B. Ziff. 3.6.1. Abs. 5 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13), beispielsweise das elektronische BOEGA-System.

¹⁰¹ Teil B. Ziff. 3.6.2. BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

¹⁰² Teil B. Ziff. 3.6.2. BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13); *Lenenbach* Kapitalmarkt- und Börsenrecht, Rdn. 4.31.

¹⁰³ Begr. RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109. Vgl. auch Teil B Ziff. 3.6.2 Abs. 3 BaFin-WohlverhaltensRiL; Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 9.

¹⁰⁴ *Arendts* ÖBA 1996, 775, 778, 780, s. § 32 Rn. 40f. Zu den Informationspflichten bei »Kick-Back-Vereinbarungen« s. § 31 Rn. 241 u. 301f.

Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Courtage- bzw. Maklerprovisionen für den Börsenmakler. Oft werden Spesen, eine Abwicklungsgebühr oder fremde Spesen in Rechnung gestellt. Nicht zu den Kosten zählen die Depotgebühren, da diese transaktionsunabhängig zu entrichten sind.

- 40 d) **Nr. 4: Aufzeichnung bei der Vermögensverwaltung.** Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat Anweisungen und die Erteilung des Auftrages an Dritte zu dokumentieren, soweit es sich um eine Vermögensverwaltung mit Ermessensspielraum nach § 2 Abs. 3 Nr. 6 WpHG handelt. Damit sind Anweisungen des Kunden an den Vermögensverwalter, wie beispielsweise in Bezug auf Anlagerichtlinien oder Anweisungen im Einzelfall¹⁰⁵, sowie dessen Erteilung des Auftrages an Dritte, etwa an ein anderes Wertpapierdienstleistungsunternehmen, aufzuzeichnen. Der erstmalige generelle Auftrag des Kunden gegenüber dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen zur Vermögensverwaltung wird dagegen von § 34 Abs. 1 Nr. 1 WpHG erfasst.¹⁰⁶
- 41 e) **Nr. 5: Aufzeichnung von Eigengeschäften.** Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss die Erteilung eines Auftrages für eigene Rechnung an ein anderes Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Halbs. 1 aufzeichnen, soweit nicht § 9 WpHG eingreift. Damit soll die Gefahr von Interessenkollisionen verringert werden.¹⁰⁷ Aufträge für eigene Rechnung sind nach Halbs. 2 gesondert zu kennzeichnen, damit das »front running« ermittelt und verfolgt werden kann.¹⁰⁸

III. § 34 Abs. 2 – Rechtsverordnung

1. Erlass einer Rechtsverordnung

- 42 Absatz 2 ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen zum Erlass einer Rechtsverordnung. Nach Absatz 2 S. 2 kann das Bundesministerium der Finanzen die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf das Bundesaufsichtsamt übertragen. Von dieser Möglichkeit hat das Finanzministerium Gebrauch gemacht.¹⁰⁹ Bis heute ist jedoch keine Rechtsverordnung erlassen worden, die Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu weiteren Aufzeichnungen verpflichtet. Allerdings verlangen die MiFiD 2004/39/EG und die DurchführungsRiL die Umsetzung durch klare Regelungen, die bis spätestens zum 31.1.2007 in Kraft treten und spätestens zum 1.11.2007 Anwendung finden müssen. Hierzu bietet sich der Erlass einer Rechtsverordnung an.¹¹⁰

105 Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 2.

106 Begr RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109.

107 Begr RegE, BT-Drs. 13/7142, S. 109; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 2; Schwark/Schwark³ § 34 Rdn. 12.

108 RegE, BR-Drs. 963/96, S. 110.

109 Verordnung v. 16.3.1995, BGBl. I, S. 390.

110 S. oben Rn. 6 ff. und Rn. 17 f.

2. Die fehlende Rechtsverbindlichkeit der BaFin-Wohlverhaltensrichtlinie in Bezug auf den Erlass von Dokumentationspflichten

a) **Unzulässige Ausdehnung des Anwendungsbereichs.** Obwohl § 34 Abs. 1 WpHG durch die 3. WpHG-Novelle um drei weitere Dokumentationspflichten ergänzt wurde, geht die BaFin-WohlverhaltensRiL in einigen Punkten noch über diese Anforderungen hinaus. Will ein Kunde beispielsweise dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen die im Rahmen der Erkundigungspflicht geforderten persönlichen Daten nicht geben, muss die Verweigerung dokumentiert werden¹¹¹; Spätgeschäfte, die nach Erfassungsschluss der Abwicklung geschlossen werden, sind als solche zu kennzeichnen.¹¹² Solche Dokumentationspflichten aufzustellen, ist problematisch, weil § 35 Abs. 4 die BaFin nur berechtigt, die §§ 31–33 durch Richtlinien zu konkretisieren. Für die Dokumentationspflichten des § 34 ist dagegen das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt, weitere Aufzeichnungspflichten durch Rechtsverordnung zu begründen. Das Bundesministerium der Finanzen hat dieses Recht zwar an die BaFin delegiert. Problematisch ist jedoch die Rechtsnormqualität, weil die BaFin-WohlverhaltensRiL als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift unmittelbar nur die Verwaltung bindet und nur mittelbar gegenüber dem Bürger wirkt¹¹³, während die in § 34 Abs. 2 genannte Rechtsverordnung unmittelbar den Bürger bindet und deshalb einer Ermächtigung durch ein Bundesgesetz bedarf.¹¹⁴ Deshalb liegt der Einwand nahe, die BaFin hätte die Dokumentationspflichten nicht in der BaFin-WohlverhaltensRiL als Verwaltungsvorschrift, sondern in einer Rechtsverordnung nach § 34 Abs. 2 regeln müssen.

b) **Fehlende sonstige Ermächtigung.** Wie eingangs gezeigt, können aus § 31 keine Dokumentationspflichten hergeleitet werden.¹¹⁵ Weil die BaFin gem. §§ 4 Abs. 1 S. 1, 35 zur Überwachung der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln zuständig sei, müssten ihm, so ließe sich zwar argumentieren, auch die Befugnisse zustehen, die Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu Aufzeichnungen zu verpflichten, um die Überprüfung der Einhaltung der Verhaltensregeln überhaupt erst zu ermöglichen. Doch auch dieser Ansatz kann nicht überzeugen. Die Verwaltungsvorschrift nach § 35 Abs. 4 soll zwar die Überprüfung der Einhaltung der Gesetze erleichtern; sie wirkt aber nicht unmittelbar gegenüber Privatpersonen und kann deshalb auch nicht neue Pflichten der Wertpapierdienstleistungsunternehmen begründen. Das Aufstellen von Aufzeichnungspflichten durch die Exekutive ist als belastender Eingriff gegenüber den Adressaten zu werten und steht deswegen unter dem Vorbehalt des Gesetzes.¹¹⁶ Dass neue Aufzeichnungspflichten für die Wertpapierdienstleistungsunternehmen nur durch Rechtsverordnung nach § 34 Abs. 2 erlassen werden sollen, ist eine klare Entscheidung des Gesetzgebers.

¹¹¹ Ziff. 3.4 S. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

¹¹² Ziff. 4.6.1 Abs. 3 S. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

¹¹³ Köndgen ZBB 1996, 361, 361; Möllers/Ganten ZGR 1998, 773, 801; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 35 Rdn. 6; Lang Informationspflichten § 14 Rdn. 3; Welter/Lang/Balzer Handbuch der Informationspflichten, Rdn. 7.8; ebenso BGH 8.5.2001 Z 147, 343, 350 = ZIP 2001, 1580 – Margin; BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)cc).

¹¹⁴ Zu Art. 80 Abs. 1 GG, s. Dreier/Bauer GG, 1998, Art. 80 Rdn. 18 ff.; Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁵ 2004, § 4 Rdn. 16 ff., 24 Rdn. 33 ff; Erichsen/Ossenbühl Allgemeines Verwaltungsrecht¹² 2002, § 6 Rdn. 15 ff.

¹¹⁵ S. oben Rn. 21.

¹¹⁶ Zur Wesentlichkeitstheorie s. Dreier/Schulze-Fielitz GG, 1998, Art. 20 Rdn. 103 ff.

45 Wegen dieser Schwierigkeiten wurde vorgeschlagen, der BaFin eine Annexkompetenz für die Statuierung beratungsbezogener¹¹⁷ Dokumentationspflichten zuzubilligen.¹¹⁸ Doch ist auch dieser Weg nicht gangbar. Vom Inhalt her würden mit einer solchen beratungsbezogenen Annexkompetenz nur einzelne Dokumentationspflichten der Wohlverhaltenrichtlinie erfasst, nicht aber die unabhängig von einer Beratung geschuldeten internen Aufzeichnungspflichten, die sich nur auf die Ausführung von Aufträgen beziehen.¹¹⁹ Vor allem aber ist das Rechtsinstitut der Annexkompetenz zur Begründung von Dokumentationspflichten hier verfehlt, ist eine Annexkompetenz doch nur bei legislativen Akten denkbar, zu denen der Erlass von Verwaltungsvorschriften gerade nicht gehört.¹²⁰ Selbst wenn man entgegen der oben dargelegten Systematik des Gesetzes eine Zuständigkeit der BaFin zur Begründung beratungsbezogener Dokumentationspflichten anerkennen wollte, müsste dies durch einen außenrechtswirksamen Akt geschehen. Die genannten Dokumentationspflichten der BaFin-WohlverhaltensRiL können daher nicht auf § 31 oder §§ 4, 35 Abs. 6 gestützt werden.

46 c) **Rechtsfolgen der fehlenden Rechtsverbindlichkeit.** Die BaFin kann nicht die Einhaltung von Regeln fordern, die erst noch durch Rechtsverordnung begründet werden müssen. Im Ergebnis führt dies zu der weitreichenden Folge, dass die Bundesanstalt die auf der BaFin-WohlverhaltensRiL basierenden, über § 34 hinausgehenden Dokumentationspflichten zur Zeit nicht von den Wertpapierdienstleistungsunternehmen einfordern kann.¹²¹ Der Bundesgerichtshof ist dieser Ansicht kürzlich gefolgt.¹²² Es ist der BaFin deshalb anzuraten, unverzüglich entsprechende Aufzeichnungspflichten durch Rechtsverordnung gem. § 34 Abs. 2 S. 2 zu erlassen. Nach jetzigem Recht laufen eine Reihe von Pflichten aus der BaFin-WohlverhaltensRiL leer. Damit fehlt es an einer entsprechenden Überwachung, welche Art. 10 der WpDRiL 93/22/EWG fordert.

3. Über § 34 Abs. 1 hinausgehende Dokumentationspflichten der BaFin-WohlverhaltensRiL – Dokumentationspflichten der WohlverhaltensRiL zur Erfüllung der Pflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG

47 Weil in der Praxis die Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Dokumentationspflichten der BaFin-WohlverhaltensRiL beachten, werden sie im Folgenden dargestellt. Eine Reihe von Dokumentationspflichten der BaFin-WohlverhaltensRiL des § 35 Abs. 5 des BAWe gehen über § 34 hinaus.

48 a) **Verwendung standardisierter Fragebögen zur Dokumentation der Erkundigungspflicht.** § 31 Abs. 2 Nr. 1 verpflichtet die Wertpapierdienstleistungsunternehmen, sich über den Kunden zu erkundigen. Nach Teil D der BaFin-WohlverhaltensRiL können zur Aufzeichnung der Kundenangaben standardisierte

117 Er meint hiermit wohl nicht die Wertpapiernebenleistung der Beratung, sondern die Pflichten aus §§ 31 Abs. 2, 32.

118 *König* ZBB 1996, 361, 362 Fußn. 14.

119 Ziff. 4.6 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

120 Z.B. *Sachs/Degenhart* GG² 1999, Art. 70 Rdn. 30 ff.

121 So bereits *Möllers/Ganten* ZGR 1998, 773, 801 ff.; angesprochen, aber offen gelassen bei *Schäfer/Schäfer* § 31 Rdn. 52; *Lang* Informationspflichten § 14 Rdn. 3.

122 S. unten Fußn. 169.

Fragebögen verwendet werden. Hierzu sind zahlreiche Fragebögen von einzelnen Verbänden entworfen worden.¹²³ Diese Kundenangaben müssen grundsätzlich nur einmal festgehalten werden und nur ausnahmsweise wiederholt werden.¹²⁴ Regelmäßig wird eine Einstufung des Kunden in Risikoklassen vorgenommen.¹²⁵ In Deutschland soll das Dokument vom Kundenberater, nicht dagegen vom Kunden unterschrieben werden. Ob zur Dokumentation rein organisatorische Maßnahmen ausreichen oder aber eine schriftliche Niederlegung erforderlich ist, bleibt umstritten.¹²⁶ In England ist die erfolgte Erkundigung zu dokumentieren.¹²⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht besteht eine solche Verpflichtung mangels Rechtsqualität der BaFin-WohlverhaltensRiL nicht.

Eine Rechtspflicht zur Aushändigung des Fragebogens über die Kundenangaben besteht nicht, obwohl dies sinnvoll wäre.¹²⁸ Der Kunde wäre dann besser in der Lage, eine Änderung der finanziellen Verhältnisse dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen gegenüber anzuzeigen.¹²⁹ Im Gegensatz dazu verpflichtet § 17 Abs. 3 des österreichischen WAG das Wertpapierdienstleistungsunternehmen, bestimmte Aufzeichnungen dem Kunden kostenlos zur Verfügung zu stellen.¹³⁰ Zum Teil wird § 17 Abs. 3 WAG anlegerschützende Wirkung zugesprochen.¹³¹ 49

b) Dokumentation der Weigerung der Nennung von Kundenangaben. Die Pflicht zur Einholung von Kundenangaben findet ihre Grenze im informationellen Selbstbestimmungsrecht.¹³² Da das Bankgeheimnis nicht grenzenlos wirkt und die BaFin die Angaben des Wertpapierdienstleistungsunternehmens nach § 35 überprüft, kann der Kunde ein Interesse daran haben, dass bestimmte Daten nicht an Dritte gelangen. Er hat deshalb nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 ausdrücklich das Recht, seine Kundenangaben zu verweigern.¹³³ Will ein Kunde dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen die im Rahmen der Erkundigungspflicht gem. § 31 Abs. 2 Nr. 1 geforderten persönlichen Daten nicht geben, muss das Wertpapierdienstleistungs- 50

123 S. z.B. Vordruck des DG-Verlag Art.-Nr. 260 200.

124 Teil B. Ziff. 2.1. Abs. 2 S. 4 sowie S. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

125 S. Teil B. Ziff. 2.2. Abs. 5 S. 1 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

126 Dafür, dass organisatorische Maßnahmen ausreichen, s. die Literatur in Fußn. 42; abw. Schwintowski/Schäfer² § 18 Rdn. 16.

127 COB 5.2.9: »A firm must make and retain a record of a private customer's personal and financial circumstances that it has obtained in satisfying COB 5.2.5R.«

128 Ebenso die Rechtslage in England, COB 5.2.11. G 1 (d): »Firms may send a customer a copy of the information record as proof of compliance with COB 5.3.13R (Suitability letter).«

129 S. Teil B. Ziff. 2.1. Abs. 2 S. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

130 § 17 Abs. 3 WAG lautet: Dem Anleger sind vom in § 11 genannten Rechtsträger folgende Unterlagen kostenlos zur Verfügung zu stellen:

1. auf seinen Wunsch der Prospekt und dessen allfällige Änderung, sofern solche nach anderen Bundesgesetzen zu erstellen waren;
2. eine Kopie der vollständigen Vertragserklärung des Kunden, sofern diese dem Anbieter oder seinem Beauftragten persönlich abgegeben wurde,
3. auf seinen Wunsch eine Kopie der gem. Abs. 1 Z 2 erfolgten Aufzeichnung.

131 Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum WAG; Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt/Knobl § 17 Rdn. 7; Staud Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 8.III.

132 Grundlegend BVerfG 23.3.1994, WM 1994, 691; BVerfG 13.12.1994, WM 1995, 234.

133 Dieses Recht ergab sich auch schon vorher aus S. 1. Vgl. § 31 Rn. 214 ff.

unternehmen die Verweigerung des Kunden dokumentieren.¹³⁴ Eine schriftliche Bestätigung gegenüber dem Kunden ist nicht notwendig.¹³⁵ Die Möglichkeit, keine Angaben zu machen, darf nicht bereits Bestandteil des Fragebogens sein.¹³⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht besteht eine solche Verpflichtung mangels Rechtsqualität der BaFin-WohlverhaltensRiL nicht.

- 51 **c) Keine Aufzeichnungspflicht über zweckdienliche Information nach § 31 Abs. 2 WpHG.** Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat die in § 31 WpHG geregelten Informationspflichten so zu erfüllen, dass deren Einhaltung im Rahmen einer Prüfung nach § 35 Abs. 1 oder § 36 Abs. 1 nachvollzogen werden kann.¹³⁷ Zum Teil wird vertreten, dass dies auch die Aufzeichnung aller zweckdienlichen Informationen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 umfasst.¹³⁸
- 52 Allerdings findet diese Auffassung weder in § 34 noch in § 31 WpHG eine Stütze.¹³⁹ Es bedarf einer Rechtsverordnung, wollte meine weitere Pflichten anordnen.¹⁴⁰ Dies entspricht auch der Rechtslage im englischen Recht. Während das bisherige englische Recht verlangte, dass Aufklärung und Beratung zu dokumentieren waren¹⁴¹, muss ein sog. »suitability letter« nur bei Produkten, die als langfristige Geldanlagen gedacht sind oder eine Lebensversicherungskomponente enthalten, an den Kunden weitergegeben werden.¹⁴² Nur für diese Fälle ist zu dokumentieren, dass kein Rat erteilt wurde.¹⁴³
- 53 Die Pflichten der MiFiD sind abschließend; deshalb wird auch nach künftigem Recht keine Dokumentation der konkreten Aufklärung bzw. der Beratung geschuldet sein.

IV. § 34 Abs. 3 – Dauer der Aufbewahrung

- 54 § 34 Abs. 3 S. 1 verpflichtet zu einer »mindestens« sechsjährigen Aufbewahrungsfrist.¹⁴⁴ Absatz 3 S. 2 verweist auf §§ 257 Abs. 3 und 5 HGB. § 257 Abs. 5 HGB

134 Teil B. Ziff. 2.4 S. 2 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

135 Schwark/Schwark³ § 31 Rdn. 48; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 31 Rdn. 105; Welter/Lange/Balzer Handbuch der Informationspflichten, Rdn. 7.21 sowie oben Rn. 49.

136 Teil B. Ziff. 2.4 S. 3 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

137 Teil D. BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13). Hierzu oben Rn. 14.

138 S. Reich WM 1997, 1601, 1605; Roller/Hackenberg VuR 2005, 127, 128 f., Horn/Krämer/Tilp Bankrecht S. 419, 437 ff.

139 S. die Nachweise in Rn. 21.

140 Ebenso im Ergebnis Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 94.

141 Das entspricht der englischen Rechtslage der PIA Rule 5.1.1 Table 5 Sec. IIIc: »...Brief details of each transaction, including (...) sufficient information to show that the transaction was suitable for the investor. Zum früheren Recht s. auch Assmann/Schneider/Koller² § 34 Rdn. 3; Schön Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, S. 99; Staud Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 9.I.4.

142 Vgl. COB 5.3.14R und Schädle Finanzmarktaufsicht S. 184.

143 COB 5.2.10R: »When a firm arranges a pension opt-out or pension transfer from an OPS for a private customer as an execution-only transaction, the firm must make and retain a clear record to evidence that no investment advice was supplied to the private customer.«

144 Die Norm entspricht damit nur bedingt § 287 Abs. 4.2. Alt. HGB, da dort der Gesetzgeber eine fixe sechsjährige Frist normiert hat, abw. Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 5.

regelt den Fristbeginn der Aufbewahrungspflicht. Sie beginnt mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem die letzte Aufzeichnung erfolgt oder das Dokument entstanden ist. Damit entspricht die Aufbewahrungspflicht des § 34 Abs. 3 WpHG der im Handelsrecht üblichen Aufbewahrungspflicht für Geschäftskorrespondenz nach § 257 Abs. 4 HGB.¹⁴⁵ Nach § 257 Abs. 3 HGB ist eine Aufbewahrung der Unterlagen unter bestimmten Voraussetzungen auch als Wiedergabe auf einem Bild- oder Datenträger möglich.

Gegen die sechsjährige Aufbewahrungsfrist mag man einwenden, dass etwa Streitigkeiten über langjährige Anlagen zur Altersversorgung rechtlich nicht mehr aufgeklärt werden können, wenn die Dokumente nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist schon vernichtet wurden. In der Regel wird der Anleger aber schon früher über die Wertentwicklung seiner Anlage informiert sein und damit auf Fehler des Wertpapierdienstleistungsunternehmens reagieren können. Dass eine sechsjährige Dokumentationspflicht angemessen ist¹⁴⁶, verdeutlichen auch die verkürzte Verjährungspflicht des § 37 a WpHG¹⁴⁷ und vergleichbare ausländische Normen.¹⁴⁸ Durch die Umsetzung der MiFID wird die Aufbewahrungspflicht auf fünf Jahre verkürzt.¹⁴⁹ 55

V. Rechtsfolgen, Sanktionen und Rechtsschutz

1. Öffentliches Recht

a) **Überwachung und Sanktion.** § 34 soll den Behörden ermöglichen, die Wohlverhaltensregeln zu überwachen.¹⁵⁰ Die BaFin kann nach § 35 Abs. 1 Auskünfte und die Vorlage von Unterlagen verlangen. Zusätzlich hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 36 einmal jährlich einen unabhängigen Prüfer zu bestellen, der die Einhaltung der Verhaltensregeln begutachtet. Nach § 4 Abs. 1 S. 3 kann die BaFin gegen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu beseitigen oder zu verhindern. Hierzu stehen der BaFin die Zwangsmittel des Verwaltungsrechts nach § 9 VwVG (Ersatzvornahme, Zwangshaft, unmittelbarer Zwang) zur Verfügung. 56

In der Vergangenheit waren Tonträgeraufnahmen oder Fragebögen von der BaFin bzw. den Prüfern wegen des enormen Zeitaufwandes systematisch kaum zu kontrollieren.¹⁵¹ Eine Überwachung konnte bisher nur stichprobenartig erfolgen. Da die BaFin-WohlverhaltensRiL auch elektronische Aufzeichnungsformen erlaubt¹⁵², erheben inzwischen die meisten Wertpapierdienstleistungsunternehmen 57

¹⁴⁵ BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 106.

¹⁴⁶ Im Ergebnis ebenso BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 14/8601, zu § 34, S. 20. *Becker Wertpapierhandelsgesetz* S. 112; *Schön Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen*, S. 99; *Schwark/Schwark*³ § 34 Rdn. 15, kritisch aber, BT-Drs. 14/8017, S. 155.

¹⁴⁷ S. § 37 a Fn. 14.

¹⁴⁸ Gleichlautend etwa § 17 Abs. 2 WAG.

¹⁴⁹ In Umsetzung von Art. 51 Abs. 1 der DurchführungsRiL, s. RefE eines Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, S. 55.

¹⁵⁰ S. oben Rn. 1 f.

¹⁵¹ *Stand* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 3.III.4.

¹⁵² Teil B. Ziff. 3.6.1. Abs. 1 BaFin-WohlverhaltensRiL (Rn. 13).

die Kundenbefragung mittels Computer.¹⁵³ Auch die Durchführung des Auftrages kann nun regelmäßig elektronisch überwacht werden. Probleme ergeben sich aber noch bei der elektronischen Aufbereitung und Weiterverwendung der Aufklärungsgespräche.¹⁵⁴

- 58 **b) Ordnungswidrigkeiten.** Ein Verstoß gegen § 34 WpHG ist nicht strafbewehrt, stellt aber eine Ordnungswidrigkeit gem. § 39 Abs. 2 Nr. 10 WpHG dar, wenn eine Aufzeichnung entgegen der §§ 34 Abs. 1, 2, ggf. in Verbindung mit der Rechtsverordnung vorsätzlich oder leichtfertig nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig gefertigt wurde. Auch ein Verstoß gegen die Aufbewahrungspflicht des § 34 Abs. 3 stellt eine Ordnungswidrigkeit gem. § 39 Abs. 2 Nr. 12 dar. Die Ordnungswidrigkeit kann nach § 39 Abs. 4 mit einer Geldbuße bis zu 50.000 EUR geahndet werden und soll den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat. Das gesetzliche Höchstmaß kann nach § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG überschritten werden¹⁵⁵, wenn dies notwendig ist, um den wirtschaftlichen Vorteil des Täters abzuschöpfen.

2. Zivilrecht

- 59 **a) Zur Rechtsnatur der Aufzeichnungspflichten.** Die Rechenschaftspflichten des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten haben ohne Zweifel allein privatrechtlichen Charakter (s. oben Rn. 2).¹⁵⁶ Da § 34 WpHG aber ähnliche Pflichten normiert, ist zu untersuchen, ob die Pflichten des § 34 WpHG auch im privatrechtlichen Interesse stehen oder ob die Norm allein dem Schutz von öffentlich-rechtlichen Interessen dient.
- 60 **aa) § 34 als reines öffentliches Recht.** Nach dem Bericht des Finanzausschusses zum 2. Finanzmarktförderungsgesetz dienen die Dokumentationspflichten des § 34 WpHG ausschließlich der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden.¹⁵⁷ Nach Ansicht des Finanzausschusses beziehe sich § 34 Abs. 1 Nr. 5 WpHG inhaltlich nicht auf kundenbezogene Vorgänge, sondern wolle nur Interessenkollisionen vermeiden. Auch sei durch § 4 Abs. 2 WpHG festgeschrieben, dass die BaFin ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnehme. Schließlich dienten die Dokumentationsvorschriften nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 4. Spiegelstrich WpDRiL 93/22/EWG dazu, dass den »Behörden« des Herkunftslandes die Kontrolle der Einhaltung der Aufsichtsregeln ermöglicht werde (s. oben Rn. 5).
- 61 **bb) Die doppelte Schutzrichtung des § 34 WpHG.** Gegen eine ausschließliche aufsichtsrechtliche Leseweise des § 34 spricht schon der Wortlaut, der die Behörde als Objekt gerade nicht nennt. Der historische subjektive Wille des Gesetzgebers,

153 Z.B. die Bayerische Hypovereinsbank oder Sparkasseninstitute in Nordrhein-Westfalen, s. *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 3.III.4.

154 S. *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 3.III.4.

155 Assmann/Schneider/Cramer⁴ § 39 Rdn. 54.

156 Schlegelberger/Hefermehl⁵ § 384 Rdn. 30.

157 BT-Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 105; zustimmend Assmann/Schneider/Koller⁶ § 34 Rdn. 1; Schwennicke WM 1998, 1101, 1109; Balzer ZBB 1997, 260, 268. Ebenso für das österreichische Recht Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt/Knobl § 17 Rdn. 1.

der durch das 2. Finanzmarktförderungsgesetz zum Ausdruck kam, kann durch einen späteren objektiven Willen korrigiert werden.¹⁵⁸ Inhaltlich sind mit Ausnahme des Abs. 1 Nr. 5 alle Pflichten kundenbezogen. Die erst durch das 3. Finanzmarktförderungsgesetz aufgenommene Nr. 3 (s. oben Rn. 11), die verlangt, Provisionen und Spesen aufzuzeichnen, will auch die Kontrolle durch den Kunden ermöglichen.¹⁵⁹ Die öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Doppelnatur ist bei §§ 31 und 32 anerkannt.¹⁶⁰ Die Kontrolle der Informationspflichten des § 31 Abs. 2 wird aber nur durch eine Dokumentation effektiv, so dass auch diese Vorschriften dem öffentlichen und privaten Interesse dienen.¹⁶¹ Schließlich ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass schon nach europäischem Recht die Dokumentationspflichten der WpDRiL 93/22/EWG »mindestens« ausreichen sollen, um eine Kontrolle durch die Behörde des Herkunftslandes zu ermöglichen. Dieser Mindestschutz schließt nicht aus, dass die Dokumentationspflichten auch zugunsten des Anlegers wirken. Dafür sprechen vor allem systematische Überlegungen: die doppelte Zielsetzung der WpDRiL in den Erwägungsgründen¹⁶² und auch der Umstand, dass nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 Spiegelstrich 2 WpDRiL die Eigentumsrechte des Kunden besonders zu schützen sind. Allerdings muss man zugestehen, dass erst jüngst der Gesetzgeber einen zivilrechtlichen Charakter der Dokumentationspflicht verneint hat.¹⁶³

b) **Kein Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB.** Während die §§ 31, 32 WpHG nach h.L. als Schutzgesetze i.S.d § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden¹⁶⁴, ist dies für § 34 abzulehnen. Die Dokumentation soll nicht einer fehlerhaften Information oder Beratung nach § 31 vorbeugen, sondern lediglich die Kontrolle der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung erleichtern. Daher ist § 34 kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.¹⁶⁵ 62

158 Das Gesetz kann insoweit schlauer sein als sein Gesetzgeber, s. BVerfG 21.5.1952, 1, 299, 312; BVerfG 16.2.1983, 62, 1, 45; *Radbruch* Rechtsphilosophie⁸ 1973, S. 207; *Kramer* Juristische Methodenlehre² 2005, S. 114 ff.; Palandt/*Heinrichs* BGB⁶⁵, Einl. Rdn. 40; *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ 1991, S. 328; *Fikentscher* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 4, 1977, S. 675.

159 Darüber hinaus entspricht die Nr. 3 inhaltlich den kommissionsrechtlichen Rechnungslegungspflichten.

160 Ausführlich oben bei § 31 Rn. 6 ff.; *Balzer* ZBB 1997, 260, 262; *Schwark* Verhaltensnormen S. 109, 119 f.; *Schödermeier* WM 1995, 2053, 2055. Darüber hinaus ist strittig, ob §§ 31, 32 zwingende Vertragsregeln darstellen, so *Cramer/Rudolph/Waldeck* Handbuch der Anlageberatung, S. 647, 652; *Grottko* EuZW 1993, 440, 442. a.A. *Schwark* Verhaltensnormen S. 109, 118 ff.; *Balzer* ZBB 1997, 260, 261; *Kümpel* WM 1995, 689, 691.

161 Guter Überblick des Streitstandes bei *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 2.IV.; im Ergebnis früher schon *Hopt* Kapitalanlegerschutz S. 336, 337; s. auch *Jordans/Mucke* BKR 2006, S. 166, 167; *Schwark* Verhaltensnormen S. 109, 121.

162 Erwägungsgrund 39 der WpDRiL.

163 RefE eines Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, S. 31.

164 *Schwark* Verhaltensnormen S. 109, 122; s. § 32 Rn. 94 ff.

165 *Balzer* ZBB 1997, 260, 264; *Kümpel* Rdn. 16.611; *Arendts* ÖBA 1996, 775, 780; *Assmann/Schneider/Koller* § 34 Rdn. 1; *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 4.IV.3; *Schwark/Schwark* § 34 Rdn. 2; *Lenenbach* Kapitalmarkt- und Börsenrecht Rdn. 4.31; *Sethe* Anlegerschutz S. 764f. Ebenso für § 17 WAG s. *Kalss/Oppitz/Zollner* Kapitalmarktrecht § 6 Rdn. 92; *abw.* *Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt/Knobl* § 17 Rdn. 7.

63 c) **Beweiserleichterungen.** Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass aus einem Verstoß gegen § 34 im Prozess keinerlei Beweismachteile zu Lasten des Wertpapierdienstleistungsunternehmens abzuleiten sind.¹⁶⁶ Die Gegenansicht möchte dagegen bei einer Verletzung der Aufzeichnungspflichten des § 34 eine Beweislastumkehr zugunsten des geschädigten Anlegers annehmen.¹⁶⁷ Beide Ansichten sind allerdings als zu pauschal abzulehnen. Gegen die erstere Ansicht ist vorzutragen, dass § 34 auch privatrechtliche Wirkung entfaltet.¹⁶⁸ Gegen die letztere Ansicht spricht, dass grundsätzlich der Schluss von einer unterlassenen Aufzeichnung auf die fehlerhafte Information oder Beratung nicht möglich ist, weil nicht selten die Aufklärung oder Beratung zwar ordnungsgemäß stattgefunden hat, aber aus Zeitmangel oder Unachtsamkeit nicht aufgezeichnet wurde. Der BGH betont zu Recht, dass der Anleger auch ohne besondere Sachkunde eigene Aufzeichnungen vornehmen oder zu dem Gespräch einen Zeugen hinzuziehen kann. Überdies könnten im Prozess durch Abtretung oder Parteivernehmung eine beweisrechtlich ebenbürtige Stellung hergestellt werden. Deshalb folge aus dem Vertragsverhältnis keine Dokumentationspflicht.¹⁶⁹

d) **Ausnahmen: Beweisvereitelung und sekundäre Darlegungslast.** Nur ausnahmsweise kann dem geschädigten Anleger die Beweislast erleichtert werden.

64 aa) **Anscheinsbeweis.** Der **Anscheinsbeweis** mit einem typischen Erfahrungssatz verlangt einen für die zu beweisende Tatsache nach der Lebenserfahrung typischen Geschehensablauf.¹⁷⁰ Im Rahmen des § 34 ist ein solcher Anscheinsbeweis abzulehnen, weil von der fehlenden Dokumentation nicht auf eine anderweitige Pflichtverletzung geschlossen werden kann (s. gerade Rn. 63). In Bezug auf Aufklärungs- und Beratungsfehler scheidet die Annahme eines Anscheinsbeweises schon deswegen aus, weil weder Aufklärung noch Beratung aufzeichnungspflichtig sind.¹⁷¹ Wenn von vorneherein mehrere Entscheidungsalternativen gleichermaßen plausibel sind, versagen die Grundsätze des Anscheinsbeweises.¹⁷² Das gilt auch für die fehlende Dokumentation von Umständen, welche Kursmanipulationen verhindern wollen, wie bei § 32 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 WpHG.

65 bb) **Beweisvereitelung.** Ausnahmsweise können bei einer Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten die **Grundsätze der Beweisvereitelung** eingrei-

166 *Balzer* ZBB 1997, 260, 268; *Schwennicke* WM 1998, 1101, 1109; Assmann/Schneider/Koller⁴ § 34 Rdn. 1; *Lang* WM 2000, 450, 465; *Schwarz/Schwarz*³ § 34 Rdn. 2; *Grün* WuB I G 1.-5.97; *Lenenbach* Kapitalmarkt- und Börsenrecht Rdn. 4.31.

167 *Arendts* ÖBA 1996, 775, 780; *Reich* WM 1997, 1601, 1605; Cramer/Rudolph/Waldeck Handbuch der Anlageberatung, S. 647, 654; OLG Hamm 3.6.1996, WM 1996, 1812, 1814 in einem obiter dictum; zustimmend *Lachmair* WuB I G 1.-7.97; *Roller/Hackenberg* VuR 2005, 127, 129; *Sethe* Anlegerschutz S. 866; unklar *Kieninger* AcP 198 (1998), 190, 247.

168 So gerade Rn. 61.

169 BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.2.b)aa) a.E. unter Berufung auf *Ellenberger/Schäfer/Ellenberger* Fehlgeschlagene Wertpapieranlagen, S. 57, 93 f.; *Schwennicke* WM 1998, 1101, 1109.

170 BGH 19.3.1996, NJW 1996, 1828; BGH 5.11.1996, NJW 1997, 528, 529; *Thomas/Putzo/Putzo* ZPO²³ § 286 Rdn. 12.

171 S.o. Rn. 1.

172 *Lang* WM 2000, 450, 464; a.A. für die beweisrechtliche Bedeutung von Richtlinien des BAWe *Balzer* ZBB 1997, 260, 268.

fen. Den Beweis vereitelt, wer die Beweisführung durch den beweisbelasteten Gegner schuldhaft verhindert oder erschwert.¹⁷³ Eine fahrlässige Beweisvereitelung liegt dann vor, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen erkennen kann, dass sein Verhalten geeignet ist, einen gegen ihn zu führenden Beweis zu verhindern.¹⁷⁴ In diesem Fall hilft die Rechtsprechung mit Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr.¹⁷⁵ Denkbar wäre beispielsweise der Fall, dass die Bank verspricht, über das Beratungsgespräch Aufzeichnungen zu machen und diese Unterlagen später nicht mehr vorweisen kann.

cc) **Sekundäre Darlegungslast.** Schließlich kann dem Beklagten mit den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast teilweise geholfen werden. Nach ständiger Rechtsprechung¹⁷⁶ und der Literatur¹⁷⁷ trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll. Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Gegendarstellung nicht zutrifft. 66

Im Einzelnen bedeutet dies, dass der geschädigte Anleger selbst substantiiert vortragen muss. Sodann muss die beklagte Bank substantiiert bestreiten, etwa durch Zeugenvernehmung der Mitarbeiter.¹⁷⁸ Die Bank hat einlassungsfähig darzulegen, wann und durch wen die im Einzelfall geschuldete Aufklärung und Beratung vorgenommen wurde.¹⁷⁹ Kommt das Wertpapierdienstleistungsunternehmen dieser Pflicht nicht nach, ist es gem. § 138 Abs. 2 und 3 ZPO als unstreitig anzusehen, dass die erforderliche Aufklärung oder Beratung nicht oder nicht in dem hinreichenden Umfang erfolgt ist.¹⁸⁰ Dieser sekundären Darlegungslast wird das Wertpapier- 67

173 Musielak ZPO⁴ 2005 § 286 Rdn. 62..

174 Musielak Grundkurs ZPO⁸ 2005, Rdn. 469f.

175 BGH 15.11.1984, ZIP 1985, 312; zum Streitstand s. *Staud* Bedeutung der Dokumentationspflichten, § 6.

176 Jüngst BGH 24.1.2005, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504, 506 unter II.1.a); BGH 9.5.2000, ZIP 2000, 1204 = WM 2000, 1441, 1443 m. Anm. *Balzer* EWIR 2000, 709; BGH 27.6.2000, ZIP 2000, 1430 = WM 2000, 1685, 1686, m. Anm. *Schwintowski* EWIR 2001, 87; OLG Düsseldorf 24.8.1995, WM 1996, 1082, 1086; OLG Schleswig 7.1.1993, WM 1993, 503, 505; vorher schon allgemein BGH 9.6.1994 Z 126, 217, 225 = ZIP 1994, 1555, 1560.

177 *Cramer/Rudolph/Waldecke* Handbuch der Anlageberatung S. 647, 654; *Wieneke* Discount-Broking S. 215; *Schäfer/Müller/Schäfer* Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 1999, Rz. 79 f.; *Hellner/Steuer/Horn* Bankrecht und Bankpraxis, 1993, Rz. 7/1341; *Welter/Lang/Balzer* Handbuch der Informationspflichten Rz. 7.93; *Baumgärtel* Handbuch der Beweislast², 1991, § 282 Rz.23; *Brandt* Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalanlage, 2002, S. 154; *Ellenberger/Schäfer/Ellenberger* Fehlgeschlagene Wertpapieranlagen, S. 59, 92; a. A. *Reich* WM 1997, 1601, 1605; *Horn/Krämer/Tilp* Bankrecht S. 419, 437 ff.

178 S. etwa BGH 24.1.2006, WM 2006, 567 = ZIP 2006, 504; zum Teil werden an die Darlegungslast allerdings zu hohe Anforderungen gestellt s. OLG Düsseldorf 24.8.1995, WM 1996, 1082, 1086 m. kritischen Anm. *Grün* WuB I G 1-5.97.

179 OLG Düsseldorf 24.8.1995, WM 1996, 1082, 1087; *Sprockhoff* WM 2005, 1739, 1745; *Jordans/Mucke* BKR 2006, S. 166, 167.

180 OLG Düsseldorf 24.8.1995, WM 1996, 1082, 1087; *Stein/Jonas/Leipold* ZPO²², 2005, § 138 Rdn. 39; *Jordans/Mucke* BKR 2006, S. 166, 167.

dienstleistungsunternehmen nur bei einer entsprechenden Dokumentation oder Zeugenaussagen nachkommen können.

Anhang: Art. 40–42 der Durchführungs-RiL¹⁸¹

- 68 **Art. 40 der Durchführungs-RiL** konkretisiert diese Berichtspflichten an den Kunden für die normalen Finanzgeschäfte, Art. 41–42 gelten für die Portfolioverwaltung (s. Anh zu § 34). Im Einzelnen ist geregelt:

Artikel 40
(Artikel 19 Absatz 8 der Richtlinie 2004/39/EG)

**Berichtspflichten bei der Ausführung von Aufträgen,
diesich nicht auf die Portfolioverwaltung beziehen**

- (1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass eine Wertpapierfirma, die im Namen eines Kunden einen nicht die Portfolioverwaltung betreffenden Auftrag ausgeführt hat, in Bezug auf den betreffenden Auftrag folgende Maßnahmen trifft:
 - a) Sie übermittelt dem Kunden unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger die wesentlichen Informationen über die Ausführung des betreffenden Auftrags;
 - b) im Falle eines Kleinanlegers übermittelt sie dem Kunden schnellstmöglich, spätestens aber am ersten Geschäftstag nach der Ausführung des Auftrags oder – sofern sie die Bestätigung der Ausführung von einem Dritten erhält – spätestens am ersten Geschäftstag nach Eingang der Bestätigung des Dritten, auf einem dauerhaften Datenträger eine Mitteilung zur Bestätigung der Auftragsausführung.Buchstabe b gilt nicht, wenn die Bestätigung die gleichen Informationen enthalten würde wie eine Bestätigung, die dem Kleinanleger unverzüglich von einer anderen Person zuzusenden ist.
Die Buchstaben a und b gelten nicht, wenn sich Aufträge, die im Namen von Kunden ausgeführt werden, auf Anleihen zur Finanzierung von Hypothekarkreditverträgen mit diesen Kunden beziehen; in einem solchen Fall ist das Geschäft spätestens einen Monat nach Auftragsausführung zusammen mit den Gesamtbedingungen des Hypothekendarlehens zu melden.
- (2) Über die Anforderungen gemäß Absatz 1 hinaus verpflichten die Mitgliedstaaten die Wertpapierfirmen, dem Kunden auf Wunsch Informationen über den Stand seines Auftrags zu übermitteln.
- (3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Wertpapierfirmen bei regelmäßig ausgeführten Aufträgen von Kleinanlegern im Zusammenhang mit Anteilen an einem Organismus für gemeinsame Anlagen entweder gemäß Ab-

181 Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie; zur Umsetzungspflicht s. oben Rn. 17 ff.

satz 1 Buchstabe b verfahren oder dem Kleinanleger mindestens alle sechs Monate die in Absatz 4 aufgeführten Informationen über die betreffenden Geschäfte übermitteln.

- (4) Die in Absatz 1 Buchstabe b genannte Mitteilung enthält – soweit relevant – folgende Angaben, gegebenenfalls unter Beachtung von Anhang I Tabelle 1 der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006:
- a) Name der Firma, die die Mitteilung macht;
 - b) Name oder sonstige Bezeichnung des Kunden;
 - c) Handelstag;
 - d) Handelszeitpunkt;
 - e) Art des Auftrags;
 - f) Ausführungsplatz;
 - g) Instrument;
 - h) Kauf-/Verkauf-Indikator;
 - i) Wesen des Auftrags, falls es sich nicht um einen Kauf-/ Verkaufsauftrag handelt;
 - j) Menge;
 - k) Stückpreis;
 - l) Gesamtentgelt;
 - m) Summe der in Rechnung gestellten Provisionen und Auslagen sowie auf Wunsch des Kleinanlegers eine Aufschlüsselung nach Einzelposten;
 - n) Aufgaben des Kunden in Zusammenhang mit der Abwicklung des Geschäfts unter Angabe der Zahlungs- oder Einlieferungsfrist sowie der jeweiligen Konten, sofern diese Angaben und Aufgaben dem Kunden nicht bereits früher mitgeteilt worden sind;
 - o) war die Gegenpartei des Kunden die Wertpapierfirma selbst, eine Person der Gruppe, der die Wertpapierfirma angehört, oder ein anderer Kunde der Wertpapierfirma, ein Verweis darauf, dass dies der Fall war, es sei denn, der Auftrag wurde über ein Handelssystem ausgeführt, das den anonymen Handel erleichtert.

Für die Zwecke von Buchstabe k gilt, dass die Wertpapierfirma dem Kunden bei tranchenweiser Ausführung des Auftrags den Preis für die einzelnen Tranchen oder den Durchschnittspreis übermitteln kann. Gibt die Wertpapierfirma den Durchschnittspreis an, übermittelt sie dem Kleinanleger auf Wunsch den Preis für die einzelnen Tranchen.

- (5) Die Wertpapierfirma kann dem Kunden die in Absatz 4 genannten Informationen unter Verwendung von Standardcodes mitteilen, wenn sie eine Erläuterung der verwendeten Codes beifügt.

Artikel 41

(Artikel 19 Absatz 8 der Richtlinie 2004/39/EG)

Berichtspflichten bei der Portfolioverwaltung

- (1) Die Mitgliedstaaten verpflichten die Wertpapierfirmen, die Portfolioverwaltungsdienstleistungen für Kunden erbringen, den betreffenden Kunden auf einem dauerhaften Datenträger periodisch eine Aufstellung der in ihrem Namen erbrachten Portfolioverwaltungsdienstleistungen zu übermitteln, sofern derartige Aufstellungen nicht von anderen Personen übermittelt werden.

- (2) Im Falle von Kleinanlegern umfasst die gemäß Absatz 1 erforderliche periodische Aufstellung – soweit relevant – folgende Informationen:
- a) Name der Wertpapierfirma;
 - b) Name oder sonstige Bezeichnung des Kontos des Kleinlegers;
 - c) Zusammensetzung und Bewertung des Portfolios mit Einzelangaben zu jedem gehaltenen Finanzinstrument, seinem Marktwert oder – wenn dieser nicht verfügbar ist – dem beizulegenden Zeitwert, dem Kontostand zum Beginn und zum Ende des Berichtszeitraums sowie der Wertentwicklung des Portfolios während des Berichtszeitraums;
 - d) Gesamtbetrag der in dem Berichtszeitraum angefallenen Gebühren und Entgelte, mindestens aufgeschlüsselt in Gesamtverwaltungsgebühren und Gesamtkosten im Zusammenhang mit der Leistungserbringung, gegebenenfalls mit dem Hinweis, dass auf Wunsch eine detailliertere Aufschlüsselung erhältlich ist;
 - e) Vergleich der Wertentwicklung während des Berichtszeitraums und der Vergleichsgröße, falls eine solche zwischen Wertpapierfirma und Kunde vereinbart wurde;
 - f) Gesamtbetrag der Dividenden-, Zins- und sonstigen Zahlungen, die während des Berichtszeitraums im Zusammenhang mit dem Kundenportfolio eingegangen sind;
 - g) Informationen über sonstige Maßnahmen des Unternehmens, die Rechte in Bezug auf im Portfolio gehaltene Finanzinstrumente verleihen;
 - h) für jedes in dem Berichtszeitraum ausgeführte Geschäft – soweit relevant – die in Artikel 40 Absatz 4 Buchstaben c bis l genannten Informationen, es sei denn, der Kunde wünscht die Informationen über die ausgeführten Geschäfte jeweils einzeln, da dann Absatz 4 dieses Artikels anzuwenden ist.
- (3) Im Falle von Kleinanlegern ist die in Absatz 1 genannte periodische Aufstellung außer in den nachfolgend aufgeführten Fällen alle sechs Monate vorzulegen:
- a) Wenn der Kunde dies wünscht, ist die periodische Aufstellung alle drei Monate vorzulegen;
 - b) in den Fällen, in denen Absatz 4 gilt, ist die periodische Aufstellung mindestens einmal alle zwölf Monate vorzulegen;
 - c) lässt der Vertrag zwischen einer Wertpapierfirma und einem Kleinanleger über eine Portfolioverwaltungsdienstleistung ein kreditfinanziertes Portfolio zu, ist die periodische Aufstellung mindestens einmal monatlich vorzulegen.
- Die Wertpapierfirmen weisen ihre Kleinanleger darauf hin, dass sie für die Zwecke des Buchstabens a das Recht haben, entsprechende Wünsche zu äußern.
- Die Ausnahme gemäß Buchstabe b gilt jedoch nicht für Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die unter Artikel 4 Absatz 1 Nummer 18 Buchstabe c oder Anhang I Abschnitt C Nummern 4 bis 10 der Richtlinie 2004/39/EG fallen.
- (4) Die Mitgliedstaaten verpflichten die Wertpapierfirmen, in den Fällen, in denen der Kunde die Informationen über ausgeführte Geschäfte jeweils einzeln erhalten möchte, dem Kunden die wesentlichen Informationen über das betreffende Geschäft unverzüglich nach der Ausführung eines Ge-

schäfts durch den Portfolioverwalter auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln.

Handelt es sich bei dem betreffenden Kunden um einen Kleinanleger, übermittelt die Wertpapierfirma ihm spätestens am ersten Geschäftstag nach Ausführung des Auftrags oder – sofern sie die Bestätigung der Ausführung von einem Dritten erhält – spätestens am ersten Geschäftstag nach Eingang der Bestätigung des Dritten eine Mitteilung zur Bestätigung der Auftragsausführung mit den in Artikel 40 Absatz 4 genannten Angaben.

Unterabsatz 2 gilt nicht, wenn die Bestätigung die gleichen Informationen enthalten würde wie eine Bestätigung, die dem Kleinanleger unverzüglich von einer anderen Person zuzusenden ist.

Artikel 42

(Artikel 19 Absatz 8 der Richtlinie 2004/39/EG)

Zusätzliche Berichtspflichten bei der Portfolioverwaltung und bei Geschäften mit Eventualverbindlichkeiten

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Wertpapierfirmen bei der Ausführung von Portfoliogeschäften für Kleinanleger und der Führung von Kleinanlegerkonten, die eine ungedeckte Position bei einem Geschäft mit Eventualverbindlichkeiten enthalten, dem Kleinanleger auch Verluste mitteilen, die einen etwaigen, zuvor zwischen der Wertpapierfirma und ihm vereinbarten Schwellenwert übersteigen, und zwar spätestens am Ende des Geschäftstags, an dem der Schwellenwert überschritten wird oder – falls der Schwellenwert an einem geschäftsfreien Tag überschritten wird – am Ende des folgenden Geschäftstags.

Artikel 43

(Artikel 19 Absatz 8 der Richtlinie 2004/39/EG)

Aufstellungen über Kundenfinanzinstrumente und Kundengelder

- (1) Die Mitgliedstaaten verpflichten die Wertpapierfirmen, die Kundenfinanzinstrumente oder Kundengelder halten, jedem Kunden, für den sie Finanzinstrumente oder Gelder halten, mindestens einmal jährlich auf einem dauerhaften Datenträger eine Aufstellung der betreffenden Finanzinstrumente oder Gelder zu übermitteln, es sei denn, eine solche Aufstellung ist bereits in einer anderen periodischen Aufstellung übermittelt worden. Unterabsatz 1 gilt nicht für Kreditinstitute, die über eine Zulassung gemäß der Richtlinie 2000/12/EG in Bezug auf Einlagen im Sinne der genannten Richtlinie verfügen.
- (2) Die in Absatz 1 genannte Aufstellung der Kundenvermögenswerte enthält folgende Informationen:
 - a) Angaben zu allen Finanzinstrumenten und Geldern, die die Wertpapierfirma am Ende des von der Aufstellung erfassten Zeitraums für den betreffenden Kunden hält;
 - b) Angaben darüber, inwieweit Kundenfinanzinstrumente oder Kundengelder Gegenstand von Wertpapierfinanzierungsgeschäften gewesen sind;
 - c) Höhe und Grundlage etwaiger Erträge, die dem Kunden aus der Beteiligung an Wertpapierfinanzierungsgeschäften zugeflossen sind.Enthält das Portfolio eines Kunden Erlöse aus nicht abgerechneten Geschäften, kann für die unter Buchstabe a genannte Information entweder

das Abschluss- oder das Abwicklungsdatum zugrunde gelegt werden, vorausgesetzt, dass für alle derartigen Informationen in der Aufstellung so verfahren wird.

- (3) Die Mitgliedstaaten gestatten den Wertpapierfirmen, die Finanzinstrumente oder Gelder halten und für einen Kunden Portfolioverwaltungsdienstleistungen erbringen, die in Absatz 1 genannte Aufstellung der Kundenvermögenswerte in die periodische Aufstellung einzubeziehen, die sie dem betreffenden Kunden gemäß Artikel 41 Absatz 1 übermitteln.