

V/F/I e.V., Bockenheimer Landstraße 92, 60323 Frankfurt am Main

An die
Mitglieder des Finanzausschusses
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Per E-Mail an: finanzausschuss@bundestag.de

Mittwoch, 15. Juni 2011

Stellungnahme des V/F/I zum

Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagerechts

BT-Drs.: 17/6051

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

I. Die Aufspaltung der Aufsicht über den Vertrieb von Vermögensanlagen entsprechend der bisherigen Regelung bei dem Vertrieb von Investmentfondsanteilen entspricht nicht dem Bedürfnis der Praxis, insbesondere nicht den Bedürfnissen der Anleger.

Es wird nach wie vor eine im Regelfall wirksame Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für die dem KWG unterliegenden Finanzanlagenvermittler geben, während die durch die Bereichsausnahme dem § 34f GewO zugeordneten Finanzanlagenvermittler keiner einheitlichen Aufsicht unterliegen werden. Zwar sind die materiell-rechtlich anwendbaren Vorschriften nach der Planung des Gesetzgebers im Wesentlichen identisch. Durch die Zersplitterung der Aufsicht wird es aber zu regional und lokal unterschiedlicher Anwendung kommen. Auch der Umstand, dass das Verhalten der Finanzanlagenvermittler durch Wirtschaftsprüfer geprüft wird, gewährleistet keinen einheitlichen Standard. Diese Gesetzgebung schreibt eine Zweiklassenvermittlung in diesem Bereich fort. Wir schließen uns insoweit der Kritik des Bundesrates an dem Gesetzentwurf an. Die Gegenäußerung der Bundesregierung ist sachlich unergiebig.

Bockenheimer Landstraße 92
60323 Frankfurt am Main
Telefon 069 / 74 38 69 21
Telefax 069 / 74 38 69 19
E-Mail info@vfi-finanz.de
www.vfi-finanz.de
Amtsgericht Frankfurt
Vereinsregister 11533

II. Der § 34 f GewO ist unklar formuliert. Diese Vorschrift gliedert die Vermögensanlagen in drei Kategorien:

1. Anteilsscheine einer Investmentaktiengesellschaft usw.
2. **öffentlich angebotene** Anteile an geschlossenen Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft
3. sonstige Vermögensanlagen im Sinne des § 1 Absatz 2 des Vermögensanlagengesetzes, deren **öffentliches Angebot die Veröffentlichung** eines Verkaufsprospekts nach § 6 in Verbindung mit § 2 des Vermögensanlagengesetzes **voraussetzt**.
(Hervorhebungen vom Unterzeichner)

Während die Anteile an geschlossenen Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft öffentlich angeboten sein müssen, um unter die Erlaubnispflicht zu fallen, genügt für die sonstigen Vermögensanlagen die Tatsache, dass das öffentliche Angebot eine Verkaufsprospektpflicht vorsieht. Anders formuliert, Privatplatzierungen von KG Anteilen sind nach dieser Formulierung erlaubnisfrei, während Privatplatzierungen von sonstigen Vermögensanlagen erlaubnispflichtig sind, denn bei letzteren kommt es nicht auf das tatsächliche öffentliche Angebot an, sondern auf die potentielle Prospektpflicht.

Im Übrigen ist Ziffer 2 überflüssig, da die Kommanditanteile auch von Ziffer 3 erfasst werden.

III. Die Aufspaltung der Aufsicht zwischen BaFin einerseits und der lokalen Gewerbeaufsicht andererseits führt zu weiteren praktischen Auslegungsdifferenzen. In dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz wurde vom Gesetzgeber der Tatbestand der Anlagevermittlung geändert und der Nachweis von Geschäften über die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten gestrichen.

In der Gesetzesbegründung zu § 2 Absatz 3 Satz Nr. 4 WpHG heißt es hierzu:

„Durch die Änderung in Nummer 4 wird klargestellt, dass die reine Nachweistätigkeit ohne sonstige Vermittlungstätigkeit oder Anlageberatung nicht erfasst wird.“

Die BaFin hatte diese klare Gesetzesregelung bisher anerkannt und die Nachweistätigkeit als nicht vom KWG erfasst behandelt. Die BaFin hatte die durch das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG) als erlaubnisfrei gestellte Nachweisvermittlung, wie folgt definiert:

„Die reine Information eines Kunden über die Produkte eines Anbieters und/oder die Nennung eines Vertragspartners, der Finanzdienstleistungen für den Kunden erbringen kann, d.h. für den Kunden Finanzinstrumente erwerben/verkaufen oder Vermögensverwaltung vornehmen kann.“

Unter Missachtung der Prerogative des Gesetzesgebers hat die BaFin mit Merkblatt vom 17.05.2011 ihre Verwaltungspraxis geändert und behandelt den einzig relevanten Teil der Nachweisvermittlung (Definition s.o.) wieder als erlaubnispflichtige Vermittlungstätigkeit. Diese Auslegung des Gesetzes gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers steht nicht mit der eindeutigen Regelung der Gewerbeordnung in Einklang, nach der die Nachweistätigkeit klar von der Vermittlungstätigkeit unterschieden wird. So ist nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und 1a die Nachweistätigkeit neben der Vermittlungstätigkeit erlaubnispflichtig, nicht jedoch im Tatbestand der Nummer 2 bei der Vermittlung von Vermögensanlagen, die zukünftig durch § 34f GewO geregelt wird. Die reine Nachweistätigkeit in diesem Bereich ist erlaubnisfrei. Nach der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfes entspricht der neue § 34f GewO in seinem Umfang der Erlaubnispflicht dem bisherigen § 34c Absatz 1 Satz Nr. 2 und 3 GewO.

Dies bedeutet, dass die Nachweisvermittlung von dem neuen § 34f GewO ebenfalls nicht erfasst wird. Es ist also zu befürchten, dass im Rahmen der Anwendung des § 34f GewO die Nachweistätigkeit erlaubnisfrei bleibt, während in der von der BaFin beaufsichtigten Tätigkeit die Nachweistätigkeit wieder als erlaubnispflichtig behandelt wird. Auch dadurch wird es eine unterschiedliche Aufsichtspraxis geben.

Die Änderung der Verwaltungspraxis der BaFin unter Missachtung des Gesetzgebers ist auch nicht sachgerecht, da kein Bedürfnis für die Erlaubnispflicht der Nachweistätigkeit besteht. Denn im Rahmen der nachfolgenden Vermittlungstätigkeit sind durch die engmaschigen gesetzlichen Pflichten die Interessen der angesprochenen Anleger gewahrt.

Es ist deshalb sinnvoll, dass der Gesetzgeber dies klarstellt.

IV. Eine vergleichbare Diskrepanz zwischen der Regelung im KWG und der Regelung in der GewO ergibt sich auch aus der vom Bundesrat gerügten Tatsache, dass der Gesetzentwurf in § 34f GewO die Erlaubnis für die Finanzanlagenvermittlung nur im Zusammenhang mit der Finanzanlagenberatung zulassen will. Dies soll durch die Verwendung der Konjunktion „und“ zwischen Beratung und Vermittlung ausgedrückt werden. Der Bundesrat will in seiner Stellungnahme die Konjunktion „und“ durch „oder“ ersetzen. Die Bundesregierung widerspricht dem mit der Begründung, in der Praxis gebe es keine getrennte Tätigkeit und dies sei auch abseits der Honorarberatung nicht gewünscht.

Erster Einwand: Den Beweis, dass es diese Trennung nicht gäbe, bleibt die Bundesregierung schuldig.

Zweiter Einwand: Der Wunsch der Bundesregierung, dass dies auch nicht möglich sein solle, wird durch den Gesetzentwurf nicht erreicht. Erfüllt in der Praxis ein Dienstleister nur eine der beiden Tatbestandsalternativen, ist die Tätigkeit nicht erlaubnispflichtig und nicht, wie die Bundesregierung meint, nicht zulässig.

Dritter Einwand: Im KWG wird gemäß der MiFID zwischen Anlageberatung und Anlagevermittlung als zwei unabhängig voneinander existierenden Dienstleistungen unterschieden. Die Regelung im Entwurf des § 34f GewO weicht hiervon ab. Diese Regelung in

der Auslegung der Bundesregierung ist damit nicht MiFID konform. Die Regelung verstößt gegen die fakultative Befreiungsvoraussetzung des Art. 3 MiFID. Denn dort werden „Beratung“ und „Vermittlung“ als getrennte Leistungen erfasst. Die Auslegung der Bundesregierung ist falsch. Der Vorschlag des Bundesrates dient nur der Klarstellung. Denn die „und“ Konjunktion in der Bereichsausnahme des § 2 Absatz 6 Nr. 8 KWG wird einhellig als „und/oder“ interpretiert.

Für Fragen zu den angesprochenen Punkten stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Verband der Finanzdienstleistungsinstitute e.V.
Gabriele Cloß
Rechtsanwältin

V/F/I e.V., Bockenheimer Landstraße 92, 60323 Frankfurt am Main

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Herrn Klaus-Eckart Wolf
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt

Vorab per Telefax 0228 – 4108 15 50

Dienstag, 14. Juni 2011

Änderung der Verwaltungspraxis zur Auslegung des Begriffes „Vermittlung“

Bez.: Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung vom 17.05.2011

GZ: WA 37 – Wp 2015 – 2011/0008

Sehr geehrter Herr Wolf,
sehr geehrte Damen und Herren,

In dem oben genannten **Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung** führt die BaFin aus:

„Demnach vermittelt auch derjenige ein Geschäft über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten, der den Kontakt zwischen zwei Parteien herstellt, damit diese ein Geschäft über die Anschaffung oder die Veräußerung von Finanzinstrumenten abschließen. Dem steht nicht entgegen dass in der Richtlinie von „Anlegern“ und nicht von Parteien die Rede ist: Auch bei dem gewerblich tätigen Anbieter von Finanzinstrumenten handelt es sich nach dem Sprachgebrauch der Finanzmarktrichtlinie um einen Anleger. Die Zusammenführung zweier Vertragsparteien erfordert, dass der Vermittler mit beiden Seiten in Verbindung tritt, und dadurch zum Vertragsschluss beiträgt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Veräußerer von Finanzinstrumenten einen Vertrieb mit der Zuführung von Anlegern beauftragt und der Vertrieb Anlegern dann von der Abschlussmöglichkeit Kenntnis verschafft. Der Vertrieb führt dann die Vertragsparteien zusammen, um einen Geschäftsabschluss unter diesen zu ermöglichen.“

Bockenheimer Landstraße 92
60323 Frankfurt am Main
Telefon 069 / 74 38 69 21
Telefax 069 / 74 38 69 19
E-Mail info@vfi-finanz.de
www.vfi-finanz.de
Amtsgericht Frankfurt
Vereinsregister 11533

Um eine Zusammenführung in diesem Sinne und damit um eine Vermittlung handelt es sich dagegen nicht, wenn eine Person einem Anleger ein Geschäft über die Anschaffung oder die Veräußerung von Finanzinstrumenten empfiehlt bzw. auf die Möglichkeit zum Abschluss eines solchen Geschäftes hinweist, ohne dass der Hinweisgeber in Kontakt zu dem Vertragspartner, mit dem der Anleger das empfohlene Geschäft abschließen soll, steht. Eine solche bloße Tippgabe wird nicht vom Tatbestand erfasst.“

In dem **Gemeinsamen Informationsblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank zum Tatbestand der Anlageberatung** heißt es ergänzend:

„Die in der Vorversion dieses Informationsblattes vertretene Rechtsansicht, wonach eine solche Tätigkeit in jedem Fall erlaubnisfrei sei, beruhte auf einer engeren Auslegung des Begriffs „Vermittlung“ in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG. Nur diese engere Auslegung war mit der seinerzeitigen Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes zu § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG (Beschluss vom 06.01.2006 – 6 TG 985/05 und Beschluss vom 03.03.2006 – 6 TG 2789/05) vereinbar. Mit der Aufgabe dieser Rechtsprechung durch den Hessischen Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 26.5.2010 - 6 A 1676/08) sind auch die BaFin und die Bundesbank zu einer weiteren Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermittlung“ übergegangen (vgl. hierzu das von der BaFin veröffentlichte Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung, abrufbar unter „www.bafin.de“).“

Diese Änderung der Verwaltungspraxis ist gesetzeswidrig.

Die Behauptung in dem gemeinsamen Informationsblatt, dass der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 26.05.2010 – 6 A 1676/08 seine Auffassung einer engeren Auslegung des Begriffes „Vermittlung“ aufgegeben habe ist falsch und dient der vorsätzlichen Irreführung der Kapitalmarktakteure.

Das Urteil stellt nur fest, dass die vor dem Finanzmarktrichtlinienumsetzungsgesetz geltende Fassung des Kreditwesengesetzes nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstieß, weil der Tatbestand der Nachweismakerei als von der Anlagevermittlung getrennter Tatbestand im Gesetz vorhanden war.

Wir zitieren aus diesem Urteil:

„Anders als die Beklagte (BaFin) annimmt, beinhaltet die Entscheidung des Gesetzgebers, den Begriff der Anlagevermittlung in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG 1998 auf die Tätigkeit des Nachweismaklers zu erstrecken, keine (schlichte) Umsetzung von Gemeinschaftsrecht.“

Soweit sich die BaFin auf den Erwägungsgrund Nr. 20 der MIFID (bzw. Nr. 13 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) beruft, weist der Verwaltungsgerichtshof auch dieses Argument ausdrücklich zurück:

„Der von der Beklagten (BaFin) zur Untermauerung ihrer Rechtsauffassung angeführte 13. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/22/EWG rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dieser Erwägungsgrund mache, so die Beklagte, die Absicht deutlich, die Benennung einer

Vertragsabschlussgelegenheit der Annahme und Übermittlung von Anlegeraufträgen im Sinne des Richtlinienanhangs gleichzustellen. Diese Ansicht teilt der Senat nicht.“

Der Wortlaut ist nach Ansicht des Senats vielmehr so zu verstehen, dass mit dem oben wiedergegebenen Erwägungsgrund verdeutlicht werden sollte, dass unter die Begriffe der Annahme und Übermittlung auch ein weiteres Geschäftsmodell fallen soll, nämlich das der Zusammenführung einer Personenmehrheit von Anlegern. Damit wäre nicht nur die Zusammenführung von Anlegern mit der Person, die die Finanzinstrumente ausgibt, sondern auch die der Anleger untereinander relevant. Erfasst wird damit nicht nur der (klassische) Anlagevermittler, der Wertpapierfirma und Anleger zusammenführt, sondern auch derjenige, der Geschäfte über Finanzinstrumente unter Anlegern vermittelt.

Diese Auffassung des Senats ist die einzig vernünftige. Aus der Praxis heraus erfasst sie folgenden Fall, der der Illustration der Bedeutung des Erwägungsgrundes als Auslegungshilfe für die im Richtlinienanhang enthaltene Definition dient: Ein Anlagevermittler hat eine Emission vermittelt, die an keinem Sekundärmarkt gehandelt wird. Dies ist eine typische Situation bei Start-up Gesellschaften. In der Folgezeit kommt ein Erwerber eines solchen Wertes zu diesem Vermittler und beauftragt ihn aus Geldnot, für dieses Papier einen Käufer zu finden. Dies gelingt. Der Vermittler bringt diese beiden Parteien zusammen, die dann den Abschluss tätigen.

Die Nachweismakelei wurde von der BaFin noch in ihrer Informationsveranstaltung zur FRUG vom 24.09.2007 wie folgt umschrieben:

- die reine Information eines Kunden über die Produkte des Anbieters
- die Nennung eines Vertragspartners, der Finanzdienstleistungen für den Kunden erbringen kann, d.h. für den Kunden Finanzinstrumente erwerben/verkaufen oder Vermögensverwaltungen vornehmen kann.

Dies ist auch der einzige in der Praxis und für die Gewerbegesetzgebung relevante Teil der Nachweismakelei. Den gewerbsmäßig oder geschäftsmäßig tätigen Tippgeber, der nur mit einem Anleger in Kontakt steht, gibt es nicht. Denn solche Tippgeber sind weder gewerbsmäßig oder geschäftsmäßig, sondern allenfalls aus privater Gefälligkeit tätig und fallen aus prinzipieller Betrachtung aus dem Anwendungsbereich des KWG, ohne dass man sich Gedanken darüber machen müsste, ob ihre Tätigkeit von dem Tatbestandsmerkmal „Anlagevermittlung“ erfasst wird. Das gleiche gilt für den künstlich von der BaFin zum eigenen Tatbestand hochstilisierten Erwägungsgrund der MIFD Nr. 20, dem eine Abgrenzung unterstellt wird, die sinnlos ist, weil es hier in der wirklichen Welt entgegen der Vorstellung des neuen Merkblattes nichts abzugrenzen gibt. Der BaFin obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es vor Geltung des FRUG tatsächlich ein Geschäftsmodell des einseitigen Anleger-Tippgebers (ohne Verbindung mit Anlageberatung!) gab.

Die Auslegung der BaFin, die die Nachweismakelei in den Tatbestand der Anlagevermittlung einbeziehen will, verstößt nach der obergerichtlichen Rechtsprechung des VGH gegen die europarechtliche Unterscheidung von harmonisierten und nichtharmonisierten Erlaubnistatbeständen. Eine Einbeziehung der Nachweismakelei unter die Anlagevermittlung

ohne sie als eigenes Tatbestandsmerkmal mit einer eigenständigen Erlaubnis zu normieren, lässt offen inwieweit dem betroffenen Nachweismakler die Möglichkeit des Europäischen Passes offen steht. Dies verstößt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gegen das Transparenzverbot.

Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis, diese Nachweismakler zu regulieren, es sei denn, man betrachte den Wunsch der BaFin alles im Dunstkreis der Finanzdienstleistungen zu regeln, als praktisches Bedürfnis. Schon die Umsetzung der Erlaubnispflicht wirft ungelöste und kaum lösbare Probleme auf. Welche Kenntnisse und Erfahrungen soll denn der Tippgeber beim Anleger abfragen. Diese sind immer bezogen auf die Angemessenheit spezifischer Finanzinstrumente und spezifischer Geschäfte. Welche Produktinformationsblätter soll denn der Nachweismakler dem Kunden zur Verfügung stellen, etwa alle für eine Vielzahl von Produkten, die bei der nachfolgenden konkreten Beratung und Vermittlung durch den nachgewiesenen Dienstleister überhaupt nicht in Erwägung gezogen werden. Bei dem Nachweis eines Finanzportfolioverwalters müsste der Tippgeber sämtliche Profildaten des Kunden abfragen und die Entscheidung über die Eignung des Kunden (Wofür?) prüfen und fällen ohne zu wissen, was der Dienstleister letztlich mit dem Kunden vereinbart. Es wäre also notwendig, dass die BaFin ein eigenes Geschäftsmodell „Nachweismakelei“ erfasst und die Verhaltenspflichten unabhängig von den MIFID-WpHG Erfordernissen regelt.

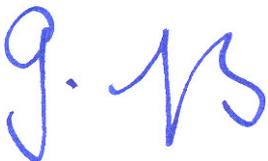
Das Merkblatt steht auch im Widerspruch zu dem Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Vermögensanlagen- und Finanzvermittlergesetzes. Bei den Sachverhalten, die von dem neuen Tatbestand § 34f GewO erfasst werden, ist der „Nachweis“ ausdrücklich ausgeschlossen. (Argumentum: § 34c Absatz 1 Satz Nr. 1 und 1a im Gegensatz zu Nr. 2, die in § 34f GewO überführt wird). Es gäbe also eine Vermittlung der sonstigen Finanzinstrumente nach KWG, die die Nachweismakelei umfasst und eine Vermittlung nach GewO, die diese Nachweismakelei nicht umfasst. Dies ist nicht im Sinne des Gesetzgebers.

Darüber hinaus sollte die BaFin exakter definieren, was als Kontakt zu einer oder zu beiden Seiten zu verstehen ist.

Die sogenannte Änderung der Verwaltungspraxis der BaFin ist wenig durchdacht. Bei einer verfassungskonformen Beachtung der Zuständigkeit des Gesetzgebers für diese Regelung würden diese Fragen in einem öffentlichen Verfahren diskutiert und gelöst, statt allein von der BaFin „qua Verwaltungspraxis“ entschieden.

Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Verband der Finanzdienstleistungsinstitute e.V.
Gabriele Cloß
Rechtsanwältin