



MATTIL & KOLLEGEN

Fachanwälte für Bank- und Kapitalmarktrecht

MATTIL & KOLLEGEN | Thierschplatz 3 | 80538 München

1093/09 - MA - em / D1/44796

An die
Mitglieder des Finanzausschusses
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1

11011 Berlin

PETER MATTIL
Rechtsanwalt | Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

KATJA FOHRER*
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht

SUSANNE KUNZFELD*
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht

RALPH VEIL*
Rechtsanwalt

JOACHIM KLEEFELD*
Rechtsanwalt

EVA-MARIA UEBERRÜCK*
Rechtsanwältin

ROHAN FONSEKA*
Rechtsanwalt

*angestellte(r)
Rechtsanwalt / Rechtsanwältin

Thierschplatz 3
80538 München
Telefon (0 89) 24 29 38 - 0
Telefax (0 89) 24 29 38 - 25
www.mattil.de

E-Mail: mattil@mattil.de
Direkt-Tel.: (0 89) 24 29 38 - 0
Direkt-Fax: (0 89) 24 29 38 - 25
Unser Zeichen: 1093/09MA / em

München, 20.06.2011

Stellungnahme und Vorschläge zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung:

„Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts“ – Drucksache 17/6051 -

von Rechtsanwalt Peter Mattil, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

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

Unsere Kanzlei vertritt seit mehr als 15 Jahren Kapitalanleger in den unterschiedlichen Marktsegmenten, wobei der Schwerpunkt unserer Tätigkeit im Grauen Kapitalmarkt liegt.

Kooperationskanzleien in:

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

Stadtparkasse München | Kto.-Nr.: 901 240 002 | BLZ: 701 500 00 | IBAN: DE90 7015 0000 0901 2400 02 | SWIFT: SSKMDEMM | Ust-ID Nr.: DE 13000 2279

Unsere Mandanten haben geschlossene Fonds, Genussrechte, stille Beteiligungen, Immobilien, Genossenschaftsanteile, fondsgebundene Lebensversicherungen und andere Produkte, auch ausländischer Anbieter, erworben. Emittenten/Anbieter, Vermittler/Berater waren dabei sowohl Banken/Sparkassen als auch die sogenannten freien Finanzvermittler/Berater.

Im Einzelnen:

**I. Zulassung und Beaufsichtigung der freien Vermittler/Berater
(§ 2 a Abs.1, Nr.7 WpHG; § 2 Abs.6, Nr. 8 KWG; § 34 f GewO)**

Wir möchten nochmals unsere Einschätzung wiederholen, dass es sich bei dem Grauen Kapitalmarkt nicht um eine Nische handelt, die nachsichtig zu behandeln ist. Der Graumarkt wird teilweise noch immer erheblich unterschätzt. Im Hinblick auf den unvorstellbaren Missbrauch in diesem Marktsegment kann man nicht davon sprechen, dass man mit Kanonen auf Spatzen schießt. Die Finanzkrise im Wertpapiermarkt trat 2008 in Folge internationaler Verflechtungen auf. Der – deutsche – Graue Kapitalmarkt existiert aber bereits seit mindestens den 70iger Jahren und richtet kontinuierlich und stetig einen jährlichen Schaden in zweistelliger Milliardenhöhe an. Erster und oft einziger Ansprechpartner der Anleger sind die Berater/Vermittler, die entweder als „Einzelkämpfer“ oder in Strukturvertrieben tätig sind. Von den Emittenten werden Provisionen bis zu 20 % (!) bezahlt, um die Produkte loszuwerden. Die Berater/Vermittler verfügen in der Regel über keine spezielle Ausbildung. Sie sind meist bundesweit tätig und bieten nicht nur Anlagen deutscher, sondern auch ausländischer Emittenten an. Oft handelt es sich dabei um Anlageformen, die unserem Weißen, Grauen oder Schwarzem Markt nicht eindeutig zuzuordnen sind. Beispiel: Der angebliche, in der Karibik ansässige Hedgefonds K1. Die BaFin verbot dem Initiator schon vor 10 Jahren den Vertrieb in Deutschland.

Wir geben zu bedenken, dass es für ein Gewerbeamt schwierig sein wird, solch komplexe Vorgänge zu verstehen und richtig einzuordnen. Der erwähnte K1 Fonds, der quer über die Republik vertrieben wurde, ist ein gutes Beispiel: Ein Gewerbebeamter wird sich damit schwer tun. Handelt es sich hier überhaupt um eine Vermögensanlage, vielleicht doch ein Finanzinstrument oder ganz etwas anderes? Der BaFin-Mitarbeiter wird dies auf einen Blick

erkennen. Oder ein weiteres Beispiel: Eine Gesellschaft aus Guernsey vertrieb Anteile an angeblichen Investmentfonds, die in Wahrheit in Deutschland nicht vertrieben werden durften. Der Gewerbebeamte wird hier seine Probleme haben und doch bei der BaFin rückfragen müssen.

Für uns steht außer Frage, dass die Aufsicht über den Finanzvertrieb geschlossen bei der BaFin geführt werden muss. Wir gehen davon aus, dass ein BaFin-Mitarbeiter schon aufgrund seiner Sachkunde und Erfahrung eine Vielzahl von Dienstleistern beaufsichtigen kann, so dass dadurch eher weniger als mehr Bürokratie entsteht. Ein wichtiger Aspekt ist auch: die Prospekte der Produkte, die die freien Vermittler/Berater vertreiben, werden immer bei der BaFin eingereicht und genehmigt. Schon daher verbietet sich eine Auftrennung.

Ein weiterer Aspekt: Viele ungesetzlich tätige Anbieter wehren sich aggressiv mit Klagen gegen Verbotsverfügungen der BaFin. Sie drohen mit Schadensersatzansprüchen und Staatshaftung. Wir gehen davon aus, dass die BaFin damit umgehen kann, ein Beamter eines kleinen Gewerbeamtes wird eher einzuschüchtern sein.

Der Bundesrat erwähnt in seiner Stellungnahme auf Seite 15 unten (§ 34 h GewO) eine „gewerberechtliche Regulierung, die mit einer Zuständigkeit der BaFin kombiniert“ wird. Wir verstehen die Stellungnahme aber so, dass die BaFin auch für die Erlaubniserteilung zuständig sein soll, nicht die Gewerbebehörde. Wie schon betont, sollte die Zulassung und Überwachung ausschließlich bei der BaFin liegen, genauso wie für die Banken und Finanzdienstleister.

Angeblich sind die Voraussetzungen und die Kosten einer Erlaubnis nach § 32KWG als Finanzdienstleistungsinstitut für viele kleinere Vertriebsunternehmen schwer zu bewältigen. Alternativ zu dem Finanzdienstleistungsinstitut (§1 Abs.1 a KWG) könnte ein eigener Tatbestand im KWG für die Vermögensanlagenvermittler/Berater geschaffen werden. Die für die Erlaubniserteilung notwendigen Voraussetzungen und die laufenden Kosten könnten angepasst werden.

Die Zugehörigkeit zu der EdW (Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunter-

nehmen) dürfte nicht als Hindernis zu betrachten sein. Die Beitragspflicht richtet sich nach der Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Es ist nicht einzusehen, warum Großvertriebe mit mehreren hundert Millionen Euro Umsatz die Beiträge nicht sollen aufbringen können. Kleine Vertriebsunternehmen mit geringen Erträgen zahlen auch entsprechend geringe Beiträge. Die Beitragsverordnung sieht außerdem vor, dass das Bestehen einer Haftpflichtversicherung zu einer Beitragsreduzierung führt.

Der Bundesrat weist zu Recht darauf hin, dass in § 34 f Abs.1., S.1 Gewerbeordnung eine redaktionelle Änderung vorzunehmen ist. Die Erlaubnis muss für die Beratung oder die Vermittlung gelten. Denn in der Praxis bestreiten die Vertriebe gerne, dass überhaupt eine Beratung, sondern nur eine Vermittlung, stattgefunden habe. Da eine scharfe Trennung zwischen Vermittlung und Beratung gar nicht gezogen werden kann, befürworten wir ebenfalls die vorgeschlagene Änderung.

II.

1. Zu § 1 VermAnlG-E, Anwendungsbereich

Neben den dort aufgezählten Vermögensanlagen werden auch Immobilien in organisierter Form an eine Vielzahl von Anlegern verkauft. In den vergangenen Jahren ist diese Erscheinungsform des Anlagemarktes unter dem Stichwort „Schrottimmobilien“ allgemein bekannt bzw. berüchtigt geworden. Unzählige Anleger haben Eigentumswohnungen mit Darlehensfinanzierung erworben. Dies führte in vielen Fällen zu wirtschaftlicher Bedrängnis. Unter der Voraussetzung, dass Immobilien in organisierter Form, mit einem einheitlichen Plan an eine Vielzahl von Anleger vertrieben wird, sollte auch dieses Segment erfasst werden und einer Prospektpflicht unterliegen. Das selbe gilt für sogenannte fondsgebundene Lebensversicherungen. Nach einem Urteil des OLG Stuttgart, AZ: 3 U 148/10, handelt es sich dabei nicht um klassische Lebensversicherungen, sondern um gewöhnliche Kapitalanlageprodukte, die in einen Versicherungsmantel gehüllt werden. Wir haben insofern einen erheblichen Missbrauch festgestellt. Die Anbieter sitzen meist im Ausland und sind schwer zu packen, weil sie sich auf die Privilegien des Versicherungsrechts berufen. Diese Gesellschaften investieren in Wertpapiere und Hedgefonds und umgehen Vorschriften des Wertpapierprospektge-

setzes und des Investmentgesetzes.

2. Zu § 7 (Inhalt des Verkaufsprospektes)

Prospekthaftungsansprüche sollen nur dann bestehen, wenn die Vermögensanlagen spätestens innerhalb von 2 Jahren nach dem ersten öffentlichen Angebot erworben wurden. Dies stellt eine Verbesserung gegenüber der vorherigen Regelung dar (6 Monate), sollte aber komplett gestrichen werden. Wenn der Prospekt falsch ist, muss der Erwerber Prospekthaftungsansprüche haben. Eine zeitliche Grenze (Rechtssicherheit) setzen die Vorschriften zur Verjährung. Die 2-Jahres-Regelung sollte daher gestrichen werden, da sie bei Vermögensanlagen nicht sachgerecht ist. Dort gibt es keine sogenannte Anlegerstimmung und auch keine Kurse, so dass eine Gleichstellung mit Wertpapieren nicht angebracht ist.

Der Hinweis, wonach die inhaltliche Richtigkeit nicht Gegenstand der Prüfung durch die BaFin ist, sollte, wie vom Bundesrat gefordert, auf dem Deckblatt angebracht werden, damit er nicht übersehen wird. In der Tat lesen Anleger in der Regel den Prospekt nicht vollständig, was nicht als Vorwurf gelten kann.

Der erste Ansprechpartner des Anlegers ist der Berater, auf dessen Einschätzung sich der Kunde verlässt (z.B. dass es sich um eine sichere, zur Altersvorsorge geeignete Anlage handelt). Prospekte umfassen oft mehrere hundert Seiten und sind schwer nachzuvollziehen. Darin lauern versteckte Kosten und Fallen (z.B. Nachschusspflichten, Rückforderbarkeit von Ausschüttungen und Ähnliches), die selbst von einem fachkundigen Leser schwer erkannt werden.

Aus diesem Grunde befürworten wir das Produktinformationsblatt, das die wesentlichen Informationen in kurzer und verständlicher Weise darstellen soll. Dort muss z.B. der Hinweis enthalten sein, dass die Anlage einem Totalverlustrisiko unterliegt oder, bei Liquiditätsbedarf, nicht an einem Markt veräußert werden kann. Wir sind der Meinung, dass das Informationsblatt so standardisiert wie möglich sein sollte, um verständlich zu bleiben und den Vergleich mit anderen Produkten zu erlauben. Sonst steht zu befürchten, dass die Finanzindustrie unterschiedliche Begrifflichkeiten für das selbe Kriterium ersinnt, so dass sich Auslegungsmöglichkeiten eröffnen. Bekannt ist dies aus dem Wertpapiermarkt, in dem es statt Verlustwarnung Gewinnwarnung heißt oder riskante Produkte als „wachstumsorientiert“ be-

zeichnet werden.

3. Zu § 8 (Billigung des Verkaufsprospektes)

Die BaFin soll die Prospekte künftig auch auf Kohärenz und Verständlichkeit prüfen, nicht nur auf formelle Vollständigkeit. Wir befürworten diese Ausweitung, möchten aber die Frage stellen, ob die BaFin diese Aufgabe personell bewältigen kann und die entsprechende Billigung nicht einen falschen Eindruck beim Anleger hervorruft.

Ein Beispiel aus der Praxis: Ein geschlossener Immobilienfonds gab ein Volumen von 100 Millionen Euro an. Der Prospekt stellte, völlig unverbindlich in Aussicht, dass das Volumen vielleicht zu einem späteren Zeitpunkt auf 300 Millionen erhöht werden könnte. Die „weichen Kosten“ gab der Prospekt mit 15 % an. Die Initiatoren berechneten die 15 % aber aus 300 Millionen Euro, so dass fast die Hälfte des Anlagevolumens (100 Millionen Euro) von Kosten aufgezehrt wurde. Die Entdeckung solcher Machenschaften erfordert ein genaues und mehrfaches Lesen des Prospektes.

4. Zu § 8

Der Bundesrat regt an, die Billigung des Prospektes von einem Gutachten abhängig zu machen. Grundsätzlich halten wir dies für sinnvoll, da dadurch auch eine inhaltliche Prüfung auf Richtigkeit, zumindest Plausibilität, durchgeführt werden müsste. Ein solches Gutachten hat aber nur dann Sinn, wenn das Gutachten jedem Anleger zur Verfügung gestellt wird. Denn nach der Rechtsprechung bestehen nur Schadensersatzansprüche, wenn der Anleger das Gutachten vor Zeichnung kannte. Ein weiteres Problem liegt darin, dass diese Gutachten oft inhaltlich falsch sind. Beispiel: Uns liegt ein Prospektgutachten bezüglich eines Münchener Immobilienfonds vor. Die wesentlichen Risiken wurden in dem Gutachten nicht erkannt und nicht angesprochen. Der Fonds ist insolvent. Zwingend erforderlich ist daher eine klare Haftungsregelung, direkt gegenüber den Anlegern. Schließlich: Ein solches Gutachten ist oft viel zu umfangreich, um für den Anleger brauchbar zu sein. Besser wäre auch hier eine Art Kurzbegutachtung, ähnlich dem Produktinformationsblatt.

Der Bundesrat schlägt des weiteren die Einrichtung eines Aufsichtsgremiums und eines Mittelverwendungskontrolleurs vor. Auch dies halten wir für richtig. Das Aufsichtsgremium

muss zwingend aus dem Kreis der Anleger stammen. In der Praxis werden den Anlegern Kontroll- und Einsichtsrechte tatsächlich vehement verweigert. Erst vor wenigen Monaten haben wir von einem großen Anbieter geschlossener Fonds Einsicht in die Geschäftsunterlagen verlangt (Dienstleistungs- und Produktionsverträge, Steuererklärungen, u. a.). Die Einsicht wurde uns mit formellen Ausflüchten und anderen Schikanen verweigert. Der Mittelverwendungskontrolleur muss unabhängig sein, er darf also nicht von Initiatorensseite gestellt werden. In der Praxis ist dies stets der Fall, der Mittelverwendungskontrolleur gibt lediglich die abgerufenen Mittel frei. Dabei handelt es sich um keine echte Kontrolle, sondern um eine Täuschung der Anleger. Der Bundesrat schlägt vor, dass der Kontrolleur nach Freigabe auch anschließend die Verwendung kontrolliert. Dies halten wir für sinnvoll.

Zwingend erforderlich ist eine Haftung gegenüber den Anlegern, da andernfalls kein Anreiz für die beauftragten Kontrolleure besteht, die Aufgaben tatsächlich im Sinne der Anleger wahrzunehmen.

5. Zu § 20 (Haftung bei fehlerhaftem Prospekt)

Eine wichtige Neuerung ist die Abschaffung der Sonderverjährungsfrist und die Anpassung an die allgemeine Verjährung. Fast immer sind Prospekthaftungsansprüche bereits verjährt, wenn der Anleger die Mängel des Prospektes erkennen muss.

6. Zu § 22 (Haftung bei unrichtigem Informationsblatt)

Ebenso wie bei § 20 (Prospekthaftung) könnte die Kausalität vermutet werden, da der Anleger entsprechende Beweisschwierigkeiten hat. Wenn ein Kurzinformationsblatt in den Umlauf gebracht wird, ist eine Vermutung für die Kausalität auch sachgerecht.

7. Zu § 23 ff (Rechnungslegung und Prüfung)

Grundsätzlich sind die diesbezüglichen Neuerungen und Einschränkungen zu begrüßen (insbesondere die verschärften Anforderungen an den Jahresabschluss und Lagebericht). In § 25 Abs.3 ist vorgesehen, dass die Kapitalkonten zu prüfen und deren Ordnungsgemäßheit zu bestätigen ist. Bei geschlossenen Fonds haben wir die Erfahrung gemacht, dass die Anleger

über Jahre sogenannte Ausschüttungen erhalten, die in Wahrheit Entnahmen sind und das Kapitalkonto reduzieren. Dies hat zur Folge, dass Anleger in unzähligen Fällen (vor allem in Immobilien und Schiffsfonds) nach Jahren mit der Rückforderung aller Ausschüttungen konfrontiert werden. Alleine die Prüfung des Kapitalkontos durch den Jahresabschlussprüfer wird nicht dazu führen, dass der Anleger die Auswirkungen eines Kapitalkontos versteht. Sinnvoll wäre die Verpflichtung des Emittenten, dem Anleger jährlich den geschätzten Wert (Verkehrswert) seines Anteils mitzuteilen. Im Gegensatz zu Wertpapieren gibt es z.B. bei geschlossenen Fonds keine Kursstellungen, die der Anleger erfragen kann.

Wir unterstützen die geplanten Rechnungslegungsvorschriften, die den Emittenten zur Erstellung attestierter Jahresabschlüsse und Lageberichte verpflichten. In der Praxis ist es leider so, dass Testate auch dann erteilt werden, wenn Jahresabschluss oder Lagebericht ein Testat nicht verdient hätten. Die Auftragserteilung erfolgt stets durch die Initiatorenmehrheit, so dass sich der Prüfer in einer Interessenkollision befindet. Dieses Problem ist seit vielen Jahren, nicht nur im Zusammenhang mit dem Grauen Kapitalmarkt, bekannt. Um die diesbezüglichen Missstände zu beseitigen, müsste eine klare Haftungsregelung gesetzlich normiert werden, die eine Haftung gegenüber dem Anleger vorsieht. Ein Beispiel aus der jüngeren Zeit: Ein Unternehmen aus dem Bereich der Biotechnologie sammelte Geld von Kleinanlegern ein. Ein Testat einer großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bestätigte, dass das Unternehmen einen Wert von ca. 500 Mio Euro darstellt. Die beteiligten Anleger haben von dem Unternehmen nie wieder etwas gehört. Wir haben recherchiert, dass das Unternehmen keinen Cent Umsatz machte und nichts als eine Briefkastenfirma war. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft redet sich damit heraus, dass sie von dem Unternehmen beauftragt worden sei; mit den Anlegern habe sie nichts zu tun.

8. Änderung des Kreditwesengesetzes, § 2

Die Tätigkeit von Treuhandgesellschaften und Platzierungsgaranten sollen durch eine Erweiterung der Ausnahmetatbestände erlaubnisfrei sein. Wir möchten dazu aus unserer Erfahrung anmerken, dass Treuhänder ausnahmslos von den Initiatoren gestellt werden und sich im Streit-/Krisenfall entschlossen gegen die Anleger positionieren. In vielen Fällen haben wir erlebt, dass Platzierungsgarantien gegeben werden, die im Garantiefall nicht erfüllt werden

können. Das Garantiegeschäft ist ein Bankgeschäft, mit dem vermögenslose GmbH's nicht betraut werden dürfen.

9. § 11 VermAnlG-E

Der Bundesrat schlägt vor, dass Nachträge zu Prospekten für Vermögensanlagen einer Billigung durch die BaFin unterworfen werden und Nachträge ein Widerrufsrecht der Anleger auslösen sollten. Dies würde der Rechtslage bei Wertpapieren entsprechen und ist folgerichtig. Beispiel aus der Praxis: Mit Beginn der Finanzkrise traten bei vielen Schiffsfonds erhebliche Probleme auf. Bei den noch im Vertrieb befindlichen Fonds wurden Nachträge erstellt, die die Situation gegenüber den Anlegern irreführend darstellten. Eine Billigung durch die BaFin hätten diese Nachträge nicht erhalten.

10.

Der Bundesrat schlägt vor, die Möglichkeit des Verzichts auf ein Beratungsprotokoll zu prüfen. Dies würden wir eher ablehnen, da die Voraussetzungen für den Verzicht komplizierter sind als die Erstellung des Beratungsprotokoll. Hier würde nur weiteres Streitpotential eröffnet.

Mit freundlichen Grüßen

P. Mattil
Rechtsanwalt

- Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht -