

§34f GewO: Sarkophag Koalitionsvertrag?

Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg
SCHLATTER Informationen für Finanzdienstleister vom 08.02.2018

Unerfreuliche Überraschungen aus Berlin: Die Parteien CDU, CSU und SPD haben sich darauf verständigt, die Aufsicht über die freien Finanzanlagenvermittler schrittweise auf die BaFin übertragen zu wollen. Die Branche ist alarmiert. Einige Stimmen sprechen sogar von einem möglichen Berufsverbot für freie Finanzanlagenvermittler. Was sind die Hintergründe für diese Absichtserklärung im Koalitionsvertrag? Wird das Berufsbild des freien Finanzanlagenvermittlers nach § 34f GewO damit wirklich zu Grabe getragen?

Wortlaut des Koalitionsvertrags

Der Aufreger für die Branche steckt in den Zeilen 6377 bis 6381 des knapp 180 Seiten umfassenden Entwurfs des Koalitionsvertrages vom 07.02.2018. Dort heißt es: *„Wir werden zur Herstellung einer einheitlichen und qualitativ hochwertigen Finanzaufsicht die Aufsicht über die freien Finanzanlagenvermittler schrittweise auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht übertragen. Dabei wollen wir sicherstellen, dass die dadurch bei den Ländern freiwerdenden Aufsichtskapazitäten zur Stärkung der Geldwäschewaufsicht im Nichtfinanzbereich verwendet werden.“*

Dass es diese Regelung in das Koalitionspapier geschafft hat, ist auch den zähen Bemühungen der Verbraucherzentrale Bundesverband und der Deutschen Kreditwirtschaft zu verdanken. So hatte die Deutsche Kreditwirtschaft in Stellungnahme zum Entwurf des 2. FiMaNoG (28.10.2016) die Forderung wiederholt, dass *„die aufsichtsrechtliche Ungleichbehandlung zwischen Finanzanlagenvermittlern und Kreditinstituten beseitigt werden sollte. Finanzanlagenvermittler sollten – so die Deutsche Kreditwirtschaft weiter – den gleichen umfassenden, bereits für Banken und Sparkassen geltenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen (insbesondere des WpHG) unterliegen sowie der Aufsicht der BaFin unterstehen.“*

Forderung einheitlicher Aufsicht

Die Absichtserklärung im Koalitionsvertrag enthält nun eine geplante Änderung im Rahmen der Aufsicht. Die weitergehende Forderung von Verbraucherschutz und Kreditwirtschaft, freie Finanzanlagenvermittlung dem Wertpapierhandelsgesetz zu unterwerfen, findet sich darin nicht wieder.

Natürlich hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Ausnahmegvorschrift im Kreditwesengesetz (§ 2 Abs. 6, S. 1, Nr. 8 KWG) zu kippen, die es Finanzanlagenvermittlern überhaupt ermöglicht, auf der Grundlage von Gewerbeordnung und FinVermV ihrem Beruf nachzugehen. Eine Absage an die bisherige und bewährte Koexistenz von Banken und Finanzdienstleistern einerseits und der Finanzanlagenvermittler andererseits enthält die Absichtserklärung nicht.

„Schrittweise Übertragung“ auf die BaFin

Der Entwurf des Koalitionsvertrags, der erst noch die SPD-Mitgliederbefragung passieren muss, enthält sehr viele Absichtserklärungen der regierungsbildenden Parteien. Längst nicht alle Vorhaben aus einem Koalitionsvertrag werden auch in die Praxis umgesetzt. Für den Fall, dass das Unterfangen „Umbau der Aufsicht“ tatsächlich umgesetzt wird, haben die Autoren des Koalitionsvertrags mit der Formulierung *„schrittweise Übertragung“* selbst einen Ausblick auf die zeitliche Dimension ihres Vorhabens gegeben.

Mit der Formulierung „schrittweise“ wurden auch in der Vergangenheit von den politischen Akteuren Prozesse größeren zeitlichen Ausmaßes beschrieben. So war im Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2013 beispielsweise von einem „schrittweisen Ausbau der Ganztagsbetreuung in Kindertageseinrichtungen“ die Rede. Der Umbau der Aufsicht wird daher sicher nicht in der laufenden Legislaturperiode abgeschlossen sein.

Denkbare Umsetzungsszenarien

Neben der zeitlichen Dimension ist offen, auf welche Weise eine zentrale Aufsicht durch die BaFin erfolgen soll. Von einer elementaren Neuordnung – einer vollständigen Abschaffung von § 34f GewO und der Finanzanlagenvermittlungsverordnung – bis hin zur minimal-invasiven Lösung einer bloßen Verlagerung der Prüfungskompetenzen weg von Gewerbeämtern und IHK hin zur BaFin sind verschiedene Varianten denkbar. Sollte es zur Umsetzung in ihrer maximal-invasiven Ausprägung kommen, müssten Finanzanlagenvermittler unter ein Haftungsdach schlüpfen oder eine § 32 KWG-Lizenz beantragen, um weiter ihrer Tätigkeit nachgehen zu können. Letzteres ist für kleine Unternehmen oder Einzelkämpfer praktisch kaum umsetzbar.

In allen Fällen müsste die BaFin zunächst mit den für die Aufgabenwahrnehmung erforderlichen Ressourcen ausgestattet werden. Dazu gehört neben finanziellen Mitteln auch das entsprechende Personal. Dies ist keine leichte Aufgabe. Das passiert nicht von alleine. Und sicher nicht von heute auf morgen.

Die BaFin beaufsichtigt nach eigenen Angaben aktuell ca. 1.630 Kreditinstitute, etwa 720 Finanzdienstleistungs- sowie 40 Zahlungs- und E-Geld-Institute, daneben knapp 90 deutsche Zweigniederlassungen ausländischer Kreditinstitute aus dem Europäischen Wirtschaftsraum, rund 540 Versicherer und 30 Pensionsfonds sowie 400 Kapitalverwaltungsgesellschaften und mehr als 6.300 inländische Fonds. Die BaFin steht auch ohne die neue Aufgabe einer weiteren Aufsicht über 37.432 Finanzanlagenvermittler nicht unter dem Verdacht, unterbeschäftigt oder überbesetzt zu sein.

Falsche Grundannahme minderwertiger Finanzaufsicht

Der eingangs zitierten Aussage im Koalitionsvertrag liegt offenbar die Annahme der

Autoren zugrunde, es gäbe derzeit keine einheitliche und keine qualitativ hochwertige Finanzaufsicht. Diese Annahme ist falsch.

Es ist richtig, dass mit der BaFin-Aufsicht über regulierte Institute einerseits und der Gewerbeaufsicht für Finanzanlagenvermittler andererseits ein zweigeteiltes Aufsichtssystem besteht. Dies ist weder ein Fremdkörper noch eine Fehlkonstruktion, unterfallen doch beispielsweise auch die Darlehensvermittler (§§ 34c, 34i GewO) und die Versicherungsvermittler (§ 34d GewO) der Gewerbeaufsicht, die Darlehensgeber (= Banken) und große Versicherer hingegen der Aufsicht der BaFin.

Es ist allerdings falsch anzunehmen, aufgrund dieses Dualismus sei eine qualitativ hochwertige Aufsicht nicht sichergestellt. Diese Aussage enthält den unverblühten Vorwurf an die Gewerbeaufsicht der Länder, sie hätten keine ausreichende Aufsicht über die Finanzanlagenvermittlung sichergestellt. Diese Erkenntnis erstaunt im Hinblick auf die Novellierung und Einführung der FinVermV zum 01.01.2013. Getrieben wird dies offenbar von den medialen Berichten fehlerhafter Vermittlungen im grauen Kapitalmarkt, noch anhängigen Gerichtsverfahren sowie aktuellen Schlagzeilen zu Pflichtverletzungen und Verstößen im Bereich der Anlagevermittlung.

Doch die Schadensfälle aus dem Bereich des grauen Kapitalmarkts, die heute noch die Gerichte beschäftigen, stammen nahezu ausschließlich aus der Zeit vor Inkrafttreten der FinVermV (01.01.2013). Auch die Negativ-Schlagzeilen der jüngeren Zeit entstammen überwiegend dem regulierten, sogenannten „weißen“ Kapitalmarkt (INFINUS, Piccor/Picam). Beide Phänomene sind also zur Beantwortung der Frage, ob die Aufsicht über 34f-Vermittler seit Inkrafttreten der FinVermV wirkungsvoll und ausreichend ist, ersichtlich ungeeignet. Eine verlässliche Evaluation der Wirkungsweise der FinVermV fand nicht statt.

Tatsächlich ist das Zulassungs- und Aufsichtssystem durch die Gewerbeämter, die IHK's und die Wirtschaftsprüfer mittlerweile eingespielt und funktioniert. Die jährlichen Prüfberichte sind fundierter geworden, die IHK's und Gewerbeämter fit im Umgang mit der FinVermV und eine wirksame Aufsichtsinstanz. Wer dieses etablierte System abschafft, sollte gute Gründe und eine bessere Alternative parat haben.

Zusammenfassung

Der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber hängt schon bei der Umsetzung seiner EU-Pflichten deutlich hinter dem Zeitplan. Die Vorgaben der MiFID II sind für freie Finanzanlagenvermittler noch nicht umgesetzt. Der designierte Wirtschaftsminister Peter Altmaier täte vor einem Umbau des Aufsichtssystems gut daran, gemeinsam mit den Kollegen aus den Ressorts Finanzen und Justiz zunächst die überfällige Hausaufgabe „FinVermV“ zu erledigen, um kein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission zu riskieren. Die notwendigen Änderungen der FinVermV jetzt auf Eis zu legen, erscheint schon angesichts der notwendigen Dauer für einen Umbau der Aufsicht nicht erstrebenswert.

Der Koalitionsvertrag bietet keinen Anlass, Weltuntergangsstimmung zu verbreiten. Beabsichtigt ist nur eine „schrittweiser Änderung der Zuständigkeit“. Für ein Requiem auf den § 34f GewO ist es zu früh. Ob es bei einem Umbau der Aufsicht bleiben wird oder ob dies

erst den Startschuss für eine flächendeckende Unterwerfung der 34f-Vermittler unter die Regelungen von KWG und WpHG markiert, wird sich zeigen.

Die Annahme im Entwurf des Koalitionsvertrages, es gebe keine ausreichende Finanzmarktaufsicht über die Finanzanlagenvermittlung, ist falsch. Die Absichtserklärung im Koalitionsvertrag ist ein Schlag ins Gesicht der Gewerbetreibenden, Mitarbeiter von IHK, Landratsämtern und Wirtschaftsprüfern, die mit der Umsetzung der letzten Novellierung in 2013 einen guten Job machen.

Die FinVermV funktioniert – im Bereich der Berufszulassung, im Bereich der Verhaltenspflichten, aber auch hinsichtlich Prüfung und Aufsicht. Die Unterschiede in den Dokumentations- und Beratungspflichten gegenüber dem WpHG sind mit der FinVermV weitgehend abgeschmolzen. Man sollte eine bessere Alternative und gute Gründe haben, dieses funktionierende System aufzubrechen.



Dr. Martin Andreas Duncker
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Zertifizierter Compliance-Officer (IHK)
Compliance Beauftragter (TÜV)

Schlatter

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Kurfürsten-Anlage 59
69115 Heidelberg
Telefon +49.6221.9812-60
Telefax +49.6221.9812-76
m.duncker@kanzlei-schlatter.de
www.kanzlei-schlatter.de



Kurzprofil: Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von fünf Anwälten im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, davon drei Fachanwälte im Bank- und Kapitalmarktrecht. Das Kompetenz-Team betreut seit vielen Jahren Finanzdienstleister, Banken und Zahlungsinstitute, insbesondere bei Haftungsfragen (z.B. bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen wegen des Vorwurfs von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen) oder in der rechtlichen Gestaltung.

Rechtlicher Hinweis: Mit diesen Ausführungen stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Diese Ausführungen können die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Diese Information stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Lediglich aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Information nur die männliche Form verwendet.