

§ 34f Gewerbeordnung (GewO) und seine Folgen:

Zu den Pflichten für Anlageberater und Anlagevermittler nach der neuen Verordnung

über die Finanzanlagenvermittlung (FinVermV)

RA Daniel Blazek, Februar 2013

Seit dem 01. Januar 2013 gilt die FinVermV¹. Die Verordnung dient u.a. der Ausgestaltung der Erlaubnisvoraussetzungen nach § 34f GewO sowie der Festlegung der Verhaltenspflichten des Finanzanlagenvermittlers². Unter „Finanzanlagenvermittler“ fasst die GewO sowohl den Anlageberater³, als auch den Vermittler⁴ von Verträgen über den Erwerb „solcher Finanzanlagen“ zusammen. Gemeint sind damit gemäß § 1 Abs. 11 S. 1 KWG Wertpapiere, Vermögensanlagen im Sinne von § 1 Abs. 2 VermAnlG – mit Ausnahme von Anteilen an einer Genossenschaft gem. § 1 des Genossenschaftsgesetzes –, Geldmarktinstrumente, Devisen und Rechnungseinheiten sowie Derivate. In der FinVermV wiederum werden die Berater und Vermittler der Finanzinstrumente als „Gewerbetreibende“ bezeichnet, deren Tätigkeit in der Terminologie des KWG indes „Finanzdienstleistung“ ist, vgl. § 1 Abs. 1a S. 2 KWG. Für diesen Beitrag wird zum besseren Verständnis einheitlich der Begriff des Finanzanlagenvermittlers benutzt, wie auch der Begriff des Anlageinteressenten (der erst nach Beratung oder Vermittlung „Anleger“ wird, obwohl ihn die FinVermV bereits so nennt).

Im Folgenden liegt der Fokus auf den aus der FinVermV resultierenden Anforderungen an das Verhalten des Finanzanlagenvermittlers gegenüber den Anlageinteressenten einschließlich der Dokumentationspflicht.

¹ BGBl. 2012, Teil I, Nr. 19, Seite 1006 ff.

² Die Industrie- und Handelskammer (IHK) ist in folgenden Bundesländern für die Zulassung und Registrierung nach § 34f GewO zuständig: Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein. In Berlin, Brandenburg, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sind die Gewerbeämter zuständig für die Zulassung und die IHK für die Registrierung.

³ Gemäß § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG ist Anlageberater, wer persönliche Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter abgibt, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird.

⁴ Leicht irreführend spricht die FinVermV dabei von der „Vermittlung von Abschlüssen“, dürfte damit aber nicht den „Abschlussvermittler“ im Sinne von § 1 Abs. 1a Nummer 2 KWG meinen, sondern den Anlagevermittler im Sinne von § 1 Abs. 1a Nummer 1 KWG.

I. Allgemeine Verhaltenspflicht

Gemäß § 11 FinVermV ist der Finanzanlagenvermittler verpflichtet, seine Tätigkeit mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Anlageinteressenten auszuüben. Diese allgemeine Verhaltensregel entspricht derjenigen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 WpHG). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) erläutert diesbezüglich in der Einführungsverordnung zur FinVermV⁵, dass der Finanzanlagenvermittler sich laufend auf dem aktuellen Wissensstand halten und sich zum Beispiel im Rahmen von regelmäßigen Fortbildungen oder im Selbststudium über rechtliche Entwicklungen informieren muss. In den §§ 12 ff. FinVermV werden die Verhaltenspflichten des Finanzanlagenvermittlers sodann etwas näher konkretisiert.

II. Statusbezogene Informationspflichten

§ 12 Abs. 1 FinVermV schreibt vor, dass der Finanzanlagenvermittler dem Anlageinteressenten vor der ersten Anlageberatung oder Anlagevermittlung die so genannten statusbezogenen Informationen mitzuteilen hat. Diese Regelung wurde § 11 der VersVermV entnommen. Der Finanzanlagenvermittler hat mithin klar und verständlich in Textform unter anderem seinen Familiennamen und seinen Vornamen sowie die Firmen der Personenhandelsgesellschaften⁶, in denen der Eintragungspflichtige als geschäftsführender Gesellschafter tätig ist, mitzuteilen sowie seine betriebliche Anschrift und unmittelbare Kontaktdaten. Er muss mitteilen, ob er als Finanzanlagenvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder 3 GewO in das Register nach § 34f Abs. 5 i. V. m. § 11a Abs. 1 GewO eingetragen ist und wie sich diese Eintragung überprüfen lässt. Ferner muss der Finanzanlagenvermittler die Emittenten und Anbieter mitteilen, zu deren Produkten er Vermittlungs- oder Beratungsleistungen anbietet, sowie die Anschrift der für die Erlaubniserteilung zuständigen Behörde nebst der Registrierungsnummer, unter welcher der Finanzanlagenvermittler im Register eingetragen ist.

⁵ BR-Drucks. 89/12 vom 16. Februar 2012, Begründung I.

⁶ Personenhandelsgesellschaften sind die Offene Handelsgesellschaft (OHG, GmbH & Co. OHG), die Kommanditgesellschaft (KG, GmbH & Co. KG, AG & Co. KG) sowie bei Freien Berufen (nicht Gewerbetreibenden) die Partnerschaftsgesellschaft (PartG).

Die statusbezogenen Informationspflichten sollen gegenüber dem Anlageinteressenten für Transparenz sorgen. In seinen Erläuterungen zur Einführungsverordnung zur FinVermV⁷ führt das BMWi aus, dass die mit § 12 Abs. 1 FinVermV geforderten Informationen bzw. Daten beispielsweise in Form einer Visitenkarte vor dem ersten Beratungs- oder Vermittlungsgespräch schriftlich zur Verfügung gestellt werden können. Ob alle geforderten Informationen insbesondere hinsichtlich sämtlicher Emittenten und Anbieter auch tatsächlich auf eine Visitenkarte passen, ist eine andere Frage. Vielleicht bietet sich ein separates Informationsblatt an. Jedenfalls wird mit § 12 Abs. 3 FinVermV geregelt, dass die Schriftform im Ergebnis einzuhalten ist. Selbst wenn der Anlageinteressent ausdrücklich nur mündliche Angaben wünscht, sind ihm die Angaben unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform zur Verfügung zu stellen.

III. Informationspflicht hinsichtlich Risiken, Kosten, Nebenkosten und Interessenkonflikten

§ 13 FinVermV verlangt, dass der Finanzanlagenvermittler dem Anlageinteressenten rechtzeitig vor Abschluss eines Geschäfts Informationen über die Risiken der angebotenen oder nachgefragten Anlage zur Verfügung zu stellen hat. Die Vorschrift entspricht der Regelung des § 31 Abs. 3 Satz 1 und 2 des WpHG. In § 12 Abs. 2 FinVermV werden dann die Mindestangaben konkretisiert: Dies sind die Risiken der Anlage einschließlich einer Erläuterung der Hebelwirkung und ihrer Effekte sowie des Risikos des Verlustes der gesamten Kapitalanlage, die Volatilität und die Marktbeschränkungen, mögliche finanzielle und sonstige Verpflichtungen einschließlich Eventualverbindlichkeiten (zusätzlich zu den Kosten für den Erwerb) sowie „Einschusspflichten“ oder ähnliche Verpflichtungen⁸. Diese

⁷ BR-Drucks. 89/12 vom 16. Februar 2012, Begründung I.

⁸ Hier kommen grundsätzlich mehrere Alternativen in Betracht. So zum Beispiel kann die Einlageverpflichtung des Anlegers wieder aufleben, soweit er Ausschüttungen erhalten hat, die als Einlagerückerstattungen zu werten sind. Davon kann – unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaft – auszugehen sein, wenn den erhaltenen Ausschüttungen keine entsprechenden Gewinne gegenüberstanden. In diesem Fall hat die Gesellschaft einen sog. Sozialanspruch gegen den Anleger bzw. (mittelbaren) Gesellschafter auf Nachleisten der Einlage. Handelt es sich bei der Gesellschaft um eine KG bzw. GmbH & Co. KG, so gilt gemäß § 172 Abs. 4 HGB auch gegenüber Dritten die rückerstattete Einlage als nicht geleistet, so dass der (mittelbare) Kommanditist auch im Außenverhältnis auf seine Haftsumme noch in Anspruch genommen werden kann. Ebenso zu beachten ist bei (atypisch) stillen Gesellschaften die Vorschrift des § 236 Abs. 2 HGB. Rückständige Einlagen sind danach zur Insolvenzmasse einzuzahlen. Auch hier können in der Vergangenheit rückerstattete Einlagen herangezogen werden. Darüber hinaus gilt zu beachten, dass eine Personengesellschaft mehrheitlich

Informationen hinsichtlich der Risiken der jeweiligen Kapitalanlage können in standardisierter Form zur Verfügung gestellt werden. Die diesbezügliche Aufklärung mittels eines hinreichenden Verkaufsprospekts der jeweiligen Anlage, welcher nach IDW-Standard mängelfrei ist, dürfte diesbezüglich ausreichen. In guten Verkaufsprospekt gehen die Risikohinweise über die Anforderungen des § 12 Abs. 2 FinVermV hinaus. Im Übrigen gilt (wie auch bislang), dass der Anlageberater oder Anlagevermittler etwaige Fehler in Prospekten richtig stellen muss⁹, sofern sie ihm auffallen oder hätten auffallen müssen.

In § 13 Abs. 3 FinVermV ist geregelt, welche Informationen der Finanzanlagenvermittler hinsichtlich der Kosten und Nebenkosten erteilen muss (Gesamtpreis der Anlage und im Zusammenhang mit der Dienstleistung des Finanzanlagenvermittlers einschließlich aller damit verbundenen Gebühren, Provisionen, Entgelte und Auslagen, Hinweis auf die Möglichkeit, dass dem Anlageinteressenten aus Geschäften im Zusammenhang mit der Finanzanlage weitere Kosten und Steuern entstehen können sowie Bestimmungen über die Zahlung oder sonstige Gegenleistungen). Auch diese Angaben finden sich regelmäßig in gestatteten bzw. mängelfreien Verkaufsprospekt, da sie gesetzlich vorgeschrieben sind¹⁰.

Gemäß § 13 Abs. 5 muss der Finanzanlagenvermittler den Anlageinteressenten rechtzeitig vor Abschluss eines Geschäfts auf Interessenkonflikte hinweisen, die zwischen ihm (dem Finanzanlagenvermittler) oder seinem Mitarbeiter und den Anlegern oder zwischen den Anlegern bestehen können. Das BMWi führt hierzu aus, dass ein Interessenkonflikt zum Beispiel dann vorliegen kann, wenn der Finanzanlagenvermittler ein Interesse daran hat, dass der Anleger eine bestimmte Anlage erwirbt, und dieses Interesse (des Finanzanlagenvermittlers) nicht mit dem Interesse des Anlageinteressenten übereinstimmt. Dies kann der Fall sein, wenn der Finanzanlagenvermittler selbst in eine Anlage investiert hat und vor diesem Hintergrund an deren weiterer Verbreitung interessiert ist oder wenn er zum Beispiel eine Kapitalbeteiligung an einem Produktgeber besitzt. In § 13 Abs. 6 FinVermV ist geregelt, dass die Informationen nach den Absätzen 1 bis 3 (Risiken, Kosten, Nebenkosten) dem

beschließen kann, dass die Mitglieder bzw. Anleger zum Zwecke der Sanierung weitere Mittel einschießen (oder ggf. ausscheiden) müssen, vgl. BGH II ZR 240/08, U. v. 16. Oktober 2009.

⁹ Anlageberater und Anlagevermittler haben im Rahmen der anlagerechten Beratung bzw. Aufklärung dem Anlageinteressenten eine eigenständige Risikoprüfung vorzunehmen. Unterlassen sie diese, ist dies dem Anlageinteressenten mitzuteilen. Ist der Verkaufsprospekt fehlerhaft, so hat der Finanzanlagenvermittler die betreffenden Fehler gegenüber dem Anlageinteressenten richtig zu stellen, vgl. BGH III ZR 62/99, Urt. v. 13. Januar 2010; BGH III ZR 381/02, Urt. v. 11. September 2003; BGH III ZR 278/95, Urt. v. 12. Juni 1997.

¹⁰ Vgl. § 7 Abs. 3 VermAnlG i.V.m. § 4 S. 1 Ziffer 10 bis 12 VermVerkProspV.

Anlageinteressenten in Textform zur Verfügung zu stellen sind. Liegen also keine hinreichenden Verkaufsprospekte vor, so muss der Finanzanlagenvermittler hier selbst tätig werden.

IV. Redliche, eindeutige und nicht irreführende Informationen und Werbung

In § 14 FinVermV wurden die in § 4 der WpDVerOV¹¹ geregelten Standards für die nach § 13 FinVermV zur Verfügung zu stellenden Informationen und für Werbung übernommen, die der Finanzanlagenvermittler dem Anlageinteressenten zugänglich zu machen hat. Alle Informationen einschließlich Werbemittelungen müssen also redlich, eindeutig und nicht irreführend sein. Wichtige Aussagen oder Warnungen dürfen nicht verschleiert oder abgeschwächt dargestellt werden. Werbemittelungen müssen eindeutig als solche erkennbar sein (§ 14 Abs. 1 FinVermV).

Enthält eine Werbemittelung eine Willenserklärung, die unmittelbar auf die Herbeiführung eines Vertragsschlusses über eine Anlage gerichtet ist¹², oder eine Aufforderung an den Anlageinteressenten, ein solches Angebot abzugeben, und ist die Art und Weise der Antwort oder ein Antwortformular vorgegeben, so sind bereits in der Werbemittelung die Informationen nach § 13 Abs. 2 und 3 FinVermV (Risiken, Kosten, Nebenkosten) anzugeben, soweit sie für den Vertragsschluss relevant sind, § 14 Abs. 3 FinVermV. Im Interesse der BaFin regelt sodann § 14 Abs. 4 FinVermV, dass der Finanzanlagenvermittler den Namen der BaFin nicht in einer Weise nennen darf, die den Eindruck erweckt, das Finanzanlagen von der BaFin gebilligt oder genehmigt werden oder worden sind. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die BaFin die Veröffentlichung von Prospekten gestattet, ohne für deren Inhalt verantwortlich zu sein¹³, und ggf. gegen verbotene Geschäfte einschreitet. Erlaubte Finanzanlagen hingegen berührt die BaFin in positiver Hinsicht bislang direkt nicht.

¹¹ Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

¹² Teilweise werden entsprechende „Reservierungsscheine“ benutzt, um vor dem Beginn des öffentlichen Angebots bzw. Vertriebs auf Grundlage des gestatteten Verkaufsprospekts Anlageinteressenten frühzeitig geneigt zu machen. Hier ist also künftig darauf zu achten, ob dieser Reservierungsschein eine Willenserklärung auf Herbeiführung eines Vertragsschlusses oder Aufforderung zum Angebot enthält. Wenn ja, sind die die Informationen nach § 13 Abs. 2 und 3 FinVermV dabei Pflicht.

¹³ Entsprechend schreibt § 7 Abs. 2 S. 1 VermAnlG auch vor, dass auf dem Deckblatt eines Verkaufsprospekts deutlich der Hinweis zu erfolgen hat, dass die BaFin die inhaltliche Richtigkeit der Angaben im Verkaufsprospekt nicht prüft.

V. Bereitstellung des Informationsblatts

Für den Fall einer *Anlageberatung* regelt § 15 FinVermV, dass dem Anlageinteressenten rechtzeitig vor Abschluss eines Geschäfts das jeweilige Informationsblatt zur Verfügung zu stellen ist. Bei Vermögensanlagen im Sinne des § 1 Abs. 2 VermAnlG bedeutet dies das Vermögensanlagen-Informationsblatt, welches nach § 13 VermAnlG zu erstellen ist, vgl. § 15 Ziff. 4 FinVermV. Auch diese Regelung ist dem WpHG bzw. dem neu eingeführten § 31 Abs. 3a WpHG entnommen. Das Informationsblatt wird vom Anbieter oder Emittenten der jeweiligen Finanzanlage erstellt. Für Genossenschaftsanteile gilt, dass der Finanzanlagenvermittler keine Informationsblätter zur Verfügung stellen muss, da das Genossenschaftsgesetz, anders als das InvG und das VermAnlG, eine entsprechende Pflicht zur Erstellung von Informationsblättern nicht vorsieht, vgl. BR-Drucks. 89/12 vom 16.02.2012, S. 39.

VI. Einholung von Informationen über den Anleger, Pflicht zur Empfehlung geeigneter Finanzanlagen

§ 16 FinVermV übernimmt im Wesentlichen die geltenden Regelungen des § 31 Abs. 4, 4a, 5 und 6 WpHG. Der Finanzanlagenvermittler hat also im Rahmen der Anlageberatung alle Informationen über Kenntnisse und Erfahrungen des Anlageinteressenten im Bezug auf Finanzanlagen, die Ziele des Anlageinteressenten und seine finanziellen Verhältnisse einzuholen. Denn diese Angaben sind erforderlich, um dem Anlageinteressenten eine für ihn *geeignete* Finanzanlage empfehlen zu können, § 16 Abs. 1 Satz 1 FinVermV. Die Geeignetheit beurteilt sich danach, ob die empfohlene Finanzanlage den Anlagezielen des Anlageinteressenten entspricht, ob die hieraus erwachsenen Anlagerisiken für den Anlageinteressenten entsprechend seinen Anlagezielen finanziell tragbar sind und ob er die Anlagerisiken mit seinen Kenntnissen und Erfahrungen verstehen kann (§ 16 Abs. 1 Satz 2 FinVermV). Der Finanzanlagenvermittler darf dem Anlageinteressenten nur solche Finanzanlagen empfehlen, die nach den zuvor eingeholten Informationen für den Anlageinteressenten auch geeignet sind; vgl. § 16 Abs. 1 Satz 3 FinVermV. In § 16 Abs. 1 Satz 4 FinVermV ist sogar geregelt, dass der Finanzanlagenvermittler dem Anlageinteressenten im Rahmen der Anlageberatung keine Finanzanlage empfehlen darf, wenn die erforderlichen Informationen zur Beurteilung der Geeignetheit nicht erlangt worden sind.

Zu den einzuholenden Informationen hinsichtlich der Geeignetheit gehören gemäß § 16 Abs. 3 FinVermV hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse des Anlageinteressenten Angaben über Grundlage und Höhe regelmäßiger Einkommen und regelmäßiger finanzieller Verpflichtungen sowie vorhandene Vermögenswerte, insbesondere Barvermögen, Kapitalanlagen und Immobilienvermögen. Hinsichtlich der mit den Geschäften (Finanzanlagen) verfolgten Ziele muss der Finanzanlagenvermittler Angaben über die Anlagedauer, die Risikobereitschaft des Anlageinteressenten und den Zweck der Anlage erheben.

Zu den darüber hinaus einzuholenden Informationen gehören, soweit erforderlich, hinsichtlich der Kenntnis und Erfahrung des Anlageinteressenten Angaben über die Arten von Finanzanlagen, mit denen der Interessent vertraut ist, Art, Umfang, Häufigkeit und Zeitraum zurückliegender Geschäfte des Interessenten mit Finanzanlagen, seine Ausbildung sowie gegenwärtige und relevante frühere berufliche Tätigkeiten des Interessenten.

In § 16 Abs. 2 FinVermV wird außerdem geregelt, welche Informationen der Finanzanlagevermittler vom Anlageinteressenten einholen muss, um die *Angemessenheit* (nicht Geeignetheit) der empfohlenen Finanzanlage für den Anlageinteressenten beurteilen zu können. Die Angemessenheit beurteilt sich wiederum danach, ob der Anlageinteressent über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um die Risiken im Zusammenhang mit der Art der Finanzanlage ausreichend beurteilen zu können. Gelangt der Finanzanlagenvermittler dabei zu der Auffassung, dass die vom Anlageinteressenten gewünschte Finanzanlage für ihn nicht angemessen ist, hat er den Anlageinteressenten vor einer Anlagevermittlung darauf hinzuweisen. Mit „Anlagevermittlung“ ist dabei wahrscheinlich die tatsächliche Vermittlung, d.h. die vermittelte Willenserklärung des Anlegers zu verstehen. Erlangt der Finanzanlagenvermittler nicht die erforderlichen Informationen, um die Angemessenheit beurteilen zu können, so muss er dies dem Anlageinteressenten mitteilen, ggf. in standardisierter Form.

Sind die Angaben des Anlageinteressenten unvollständig, hat der Finanzanlagenvermittler die Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben nicht zu vertreten, es sei denn, die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Anlageinteressenten ist dem Finanzanlagenvermittler bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt, § 16 Abs. 4 FinVermV. Im Übrigen gelten die Pflichten nach § 16 Abs. 2 FinVermV (Informationen zur Überprüfung der Angemessenheit) nicht, soweit der Finanzanlagenvermittler den „Kunden“ darüber informiert, dass keine Angemessenheitsprüfung im Sinne von § 16 Abs. 2 vorgenommen wird (bzw. dann, wenn auf Veranlassung des Kunden Anlage-

vermittlung im Bezug auf Anteile an Investmentvermögen erbracht wird, die gewissen europäischen Anforderungen genügen), vgl. § 16 Abs. 5 FinVermV.

VII. Offenlegung von Zuwendungen (auch an Tippgeber)

Gemäß § 17 Abs. 1 FinVermV darf der Finanzanlagenvermittler im Zusammenhang mit der Vermittlung von und die Beratung über Finanzanlagen nach § 34 f Abs. 1 Satz 1 der GewO keine Zuwendungen von Dritten annehmen oder an Dritte gewähren, die nicht Kunden dieser Dienstleistung sind. Von diesem grundsätzlichen Zuwendungsverbot wird für den Finanzanlagenvermittler nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn er Existenz, Art und Umfang der Zuwendung oder, soweit sich der Umfang noch nicht bestimmen lässt, die Art und Weise seiner Berechnung dem Anlageinteressenten vor Abschluss des Vertrages in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offengelegt hat und außerdem die Zuwendung der ordnungsgemäßen Vermittlung und Beratung im Interesse des Anlegers nicht entgegensteht.

Was „Zuwendungen“ sind, regelt § 17 Abs. 2 FinVermV, nämlich Provisionen, Gebühren oder sonstige Geldleistungen sowie alle geldwerten Vorteile, die der Finanzanlagenvermittler vom Emittenten, Anbieter einer Finanzanlage oder von einem sonstigen Dritten für deren Vermittlung oder Beratung erhält oder an Dritte gewährt. Wie das BMWi in seiner Verordnung zur Einführung der FinVermV ausführt, werden damit alle Arten von Provisionen wie zum Beispiel Vertriebsprovisionen, Vertriebsfolgeprovisionen und Bestandsprovisionen erfasst. Unter dem Begriff der geldwerten Vorteile können unter anderem Bürokostenzuschüsse, die Durchführungen von Schulungen oder die Überlassung von IT-Hardware oder Software fallen. Die Zuwendung muss dem Finanzanlagenvermittler von einem Emittenten oder Anbieter einer Finanzanlage oder einem sonstigen Dritten gewährt werden. Da aber auch Zuwendungen *an* Dritte erfasst werden, ist auch der so genannte „Tippgeber“ hierunter zu fassen, jedenfalls dann, wenn der Finanzanlagenvermittler dem Tippgeber tatsächlich eine Zuwendung für die erfolgreiche Benennung von Kontaktdata eines Anlageinteressenten oder seine namentliche Empfehlung gegenüber dem Anlageinteressenten erhält.

Darüber hinaus darf die Zuwendung an den Finanzanlagenvermittler dem Interesse des Anlegers nicht entgegenstehen. Das ist zum Beispiel bei überhöhten Provisionen der Fall, die den Finanz-

lagenvermittler mit großer Wahrscheinlichkeit zur rücksichtslosen und eigennützigem Handeln verleiten.

In § 17 Abs. 3 FinVermV wird geregelt, dass Gebühren und Entgelte, die die Vermittlung von und die Beratung über Finanzanlagen nach § 34 f Abs. 1 Satz 1 GewO erst ermöglichen oder dafür notwendig sind und die ihrer Art nach nicht geeignet sind, die Erfüllung der Pflicht nach § 11 FinVermV (Allgemeine Verhaltenspflicht) zu gefährden, vom Verbot nach § 17 Abs. 1 FinVermV ausgenommen sind. Hierbei gilt es zu beachten, dass damit gerade nicht Zuwendungen oder Provisionen gemeint, sondern unter Gebühren und Entgelte zum Beispiel Depotgebühren, Abgaben und Steuern zu verstehen sind.

Mit diesen ebenfalls dem WpHG entnommenen Regelungen (vgl. § 31d WpHG) dürfte nun feststehen, dass der gewerbliche Finanzanlagenvermittler künftig über seine Zuwendungen bzw. Provisionen aufzuklären hat, auch wenn er freier Anlageberater ist. Dies hat der BGH – zusammengefasst – bislang dann noch nicht verlangt, wenn offen Provisionen in einem Verkaufsprospekt ausgewiesen sind und keine höheren Provisionen als 15 % gewährt wurden. Nun gibt es hierzu eine eindeutige Vorschrift.

VIII. Anfertigung eines Beratungsprotokolls, Inhalte, Rücktrittsrecht

Bisher galt nur für Banken bzw. Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Verpflichtung zur Anfertigung und Aushändigung eines Beratungsprotokolls, vgl. § 34 Abs. 2a WpHG. § 18 FinVermF regelt nun Entsprechendes. Über jede Anlageberatung ist ein schriftliches Protokoll vom Finanzanlagenvermittler (Anlageberater) anzufertigen, welches von ihm oder seines Vertreters zu unterzeichnen und unverzüglich nach Abschluss der Beratung sowie vor Abschluss eines Geschäfts an den Anlageinteressenten auszuhändigen ist, vgl. § 18 Abs. 1 FinVermV. Für den Anleger besteht indes keine Verpflichtung, das Beratungsprotokoll ebenfalls zu unterzeichnen; gleichwohl bietet es sich zu Beweiszwecken an¹⁴. Auf die Herausgabe einer Abschrift des Beratungsprotokolls hat der Anlageinteressent mit § 18 Abs. 2 S. 2 FinVermV einen gesetzlichen Anspruch.

¹⁴ Allerdings hat diese Beweisfunktion ihre Grenzen. Der Verbraucherschutz sieht in den Bestätigungen des Anlageinteressenten bisweilen eine unzulässige Beweislastumkehr bzw. rechtswidrige Geschäftsbedingungen. Dies ist in seiner Tragweite nicht immer ganz nachvollziehbar, wenn und soweit dem Anleger als Kläger ohnehin die Darlegungs- und Beweislast für ein Beratungsverschulden

§ 18 Abs. 2 FinVermV konkretisiert die Angaben, die das Beratungsprotokoll enthalten muss, deckungsgleich mit § 14 Abs. 6 WpDVerOV. Es sind diese: Der Anlass der Beratung, die Dauer des Gesprächs, die der Anlageberatung zugrunde liegenden Informationen über die persönliche Situation des Kunden einschließlich der einzuholenden Informationen nach § 16 FinVermV (Kenntnisse und Erfahrungen des Anlageinteressenten, informatorische Grundlagen zur Beurteilung der Geeignetheit und Angemessenheit), die Finanzanlagen, die Gegenstand der Beratung waren, die vom Interessenten geäußerten wesentlichen Anliegen und deren Gewichtung (Anlageziele) sowie die erteilten Empfehlungen und deren wesentlichen Gründe. Soweit Formulare verwendet werden, ist zu beachten, dass die Protokolle nicht nur aus Textbausteinen bestehen, sondern auch Freitextfelder zur Individualisierung auf den Anlageinteressenten beinhalten.

Ist eine unmittelbare Aushändigung des Beratungsprotokolls nicht möglich, weil die Beratung z.B. telefonisch oder auf sonstige Weise im Fernabsatz¹⁵ erfolgt, so regelt § 18 Abs. 3 FinVermV, dass das Beratungsprotokoll unverzüglich zuzusenden ist. Erfolgt der Vertragsschluss auf Wunsch des Anlagers bereits vor Zugang des Protokolls, hat der Anleger nach Zugang des Protokolls dann ein einwöchiges Rücktrittsrecht, wenn das Protokoll nicht richtig oder nicht vollständig ist. Der Finanzanlagenvermittler muss den Anleger auf das Rücktrittsrecht und die Frist hinweisen und dies im Protokoll vermerken.

IX. Weitere Pflichten und Verbote

Gemäß § 19 FinVermV hat der Finanzanlagenvermittler sicherzustellen, dass auch seine Beschäftigten die Pflichten nach den §§ 11 bis 18 FinVermV erfüllen. Derjenige, welcher die Beratung durchführt, hat das Beratungsprotokoll nach § 18 Abs. 1 FinVermV anzufertigen.

§ 20 FinVermV regelt, dass der Finanzanlagenvermittler im Rahmen seiner Tätigkeit nach § 34f GewO nicht befugt ist, sich Eigentum oder Besitz an Geldern oder Anteilen von Anlegern zu verschaffen.

trifft. Nach Ansicht des Verfassers kann von einem mündigen Bürger durchaus unter dem Aspekt der Waffengleichheit erwartet werden, die Beratungsinhalte ebenso zu bestätigen wie der Anlageberater, wenngleich der Anlageinteressent dazu nicht gezwungen werden kann.

¹⁵ Möglicherweise erfolgt die Beratung auch rein schriftlich bzw. textlich. Mittlerweile bürgern sich auch sogenannte „Webinare“ ein.

Der Finanzanlagenvermittler muss gemäß § 22 FinVermV Unterlagen und Belege für seine Beratungs- oder Vermittlungstätigkeiten sammeln bzw. Aufzeichnungen vornehmen. Gemäß § 22 FinVermV sind diese Unterlagen fünf Jahre aus einem dauerhaften Datenträger vorzuhalten und in den Geschäftsräumen des Finanzanlagenvermittlers vorzuhalten.

Gemäß § 24 FinVermV hat der Finanzanlagenvermittler auf seine Kosten die Einhaltung der sich aus den §§ 12 bis 23 FinVermV ergebenden Verpflichtungen für jedes Kalenderjahr durch einen geeigneten Prüfer prüfen zu lassen und der für die Erlaubniserteilung zuständigen Behörde den Prüfungsbericht bis spätestens zum 31. Dezember des Folgejahres zu übermitteln.

X. Zusammenfassung

Verglichen mit den Anforderungen aus dem Wertpapierrecht, der bankgebundenen Anlageberatung, Versicherungsvermittlung und weiten Teilen der (bislang freiwilligen) bankungebundenen Vertriebspraxis im Bereich der Vermögensanlagen stellen die inhaltlichen Anforderungen der FinVermV nichts weitreichend Neues dar bis auf den Umstand, dass nun auch den freien Anlageberater bzw. Anlagevermittler eine gesetzliche Verpflichtung trifft.

Zu beachten ist allerdings, dass die FinVermV als materielles Gesetz per se einen Haftungsmaßstab für bankungebundene Anlageberatung bzw. Anlagevermittlung im Bereich der Vermögensanlagen kodifiziert. Denn die Verordnung ist Ausdruck dessen, was der Gesetzgeber für eine ordnungsgemäße Finanzanlagenvermittlung voraussetzt. Bereits deshalb muss sich auch derjenige Berater oder Vermittler, welcher (noch) keine Erlaubnis nach §34f GewO beantragt oder erhalten hat, an den Anforderungen der FinVermV messen lassen, wenn er sich einem Haftungsanspruch gegenüber sieht. Die Verordnung und die in ihre enthaltenen Gebote werden ab jetzt Gegenstand vieler Gerichtsprozesse und vorgerichtlicher Anwaltsschreiben werden, die sich um den Vorwurf der Falschberatung bzw. Aufklärungspflichtverletzung drehen. Die Gebote der FinVermV können überdies grundsätzlich auch den Bereich des strafrechtlich relevanten Unterlassens berühren (als Kodifizierung der gebotenen Handlungen des Finanzanlagenvermittlers), was dann allerdings, soweit es um Betrug oder Untreue oder eine Beteiligung am Kapitalanlagebetrug gehen mag, eine vorsätzliche Begehung voraussetzen würde.

Die Einhaltung der in der FinVermV geregelten Pflichten und Verbote, insbesondere auch hinsichtlich der Protokollierung, ist mithin ab sofort dringend für den freien Vertrieb von Vermögensanlagen auch unabhängig von einer Erlaubnis nach § 34f GewO geboten (sowie im Fall der Erlaubnis vorgeschrieben).

Wir empfehlen, ein eigenes, nicht produktgebundenes Beratungsprotokoll zu verwenden, welches den Anforderungen der FinVermV gerecht wird und welches der Haftpflichtversicherung vorgelegt und in deren Schutz einbezogen wird. Darüber hinaus empfehlen wir für den Vertrieb von Vermögensanlagen, eine separate (nicht im Protokoll enthaltene) handschriftliche Bestätigung des Anlegers anfertigen zu lassen, mit welcher er formuliert, dass er die Risiken im Verkaufsprospekt zur Kenntnis genommen hat. In Hunderten von Haftungsprozessen der letzten zehn Jahre hat sich dies eisern bewährt.

Daniel Blazek

BEMT Rechtsanwälte

Ravensburger Straße 32a

88677 Markdorf

Bleichstraße 77a

33607 Bielefeld

Telefon: 07544 93 49 1-0

Telefax: 07544 93 49 1-10

E-Mail: info@rae-beamt.de

Web: www.rae-beamt.de