

Achtung: Gefahren der Übergangsregelung für 34c-ler!

Stand: Mai 2013

Leider hat der Gesetzgeber den Finanzanlagenvermittlern einen schönen Streich gespielt. Es geht um die Fortgeltung der Genehmigung nach § 34 c GewO und die Beantragung der neuen Genehmigung nach § 34 f GewO:

Die Regelung im Gesetz ist auf den ersten Blick eindeutig: Die „alte“ § 34 c-Erlaubnis gilt nur bis zum Ablauf des 30.06.2013 (§ 157 Abs. 2 S. 5 GewO). Nach dem 30.06.2013 erlischt die § 34 c-Erlaubnis. Nach § 157 Abs. 2 S. 1 GewO sind Finanzanlagenvermittler aber nur verpflichtet, bis zum 30.06.2013 eine Erlaubnis als Finanzanlagenvermittler nach § 34 f - Erlaubnis „zu beantragen“. Daher könnte ein Finanzanlagenvermittler noch am 30.06.2013 den Erlaubnisantrag stellen, seine „alte“ Erlaubnis wäre aber aufgrund der Regelung des § 157 Abs. 2 S. 5 GewO am selben Tag trotzdem erloschen. Damit hat der Gesetzgeber eine Übergangsregelung geschaffen, deren volle Ausschöpfung in der Praxis aufgrund der einzurechnenden behördlichen Bearbeitungsdauer dazu führen kann, dass der Finanzanlagenvermittler keine Erlaubnis hat.

Im Klartext: Wer bis zum 30.06.2013 eigentlich rechtzeitig einen Antrag auf Erlaubnis nach § 34f GewO gestellt, die Erlaubnis jedoch noch nicht erhalten hat, z.B. weil sich die Bearbeitung verzögert, steht ohne Erlaubnis da.

Genau diese Verzögerungen stellen das Problem der IHK's und der Gewerbeaufsichtsämter dar und sind momentan anscheinend Anlass für die IHK's genug, von dieser strengen Übergangsregelung etwas abzurücken. Eine IHK wies mich telefonisch darauf hin, dass sie bis zum 30.06.2013 nicht alle Anträge auf Erteilung der Erlaubnis nach § 34 f GewO bearbeiten könnte. Deshalb verlangten sie von ihren § 34 c-lern lediglich, dass diese bis zum 30.06.2013 ihre Erlaubnisanträge stellen. Diese Praxis könne aber nicht auf alle IHK's bundesweit übertragen werden. Jede IHK müsse letztlich entscheiden, wie sie mit den Verzögerungen umgehe.

Dieses gelte auch für die Gewerbeaufsichtsämter. Diese sind mit der Umsetzung des Gesetzes häufig weit hinterher. Es ist nicht zu erwarten, dass diese Behörden es anders handhaben und von den § 34 c-lern eine Erlaubnis bis zum 30.06.2013 fordern könnten.

Unsere Empfehlung an die § 34 c-Vermittler lautet deswegen, so zeitnah wie möglich ihren Erlaubnisantrag bei der zuständigen Behörde (IHK oder Gewerbeaufsicht) einzureichen und sich daneben mit ihrer Behörde ins Benehmen zu setzen, inwieweit es möglich ist, dass sie nach dem 30.06.2013 ihre Tätigkeit fortführen können, falls die Erlaubnis nicht rechtzeitig erteilt wird.

Der rechtliche Schlingerkurs der örtlichen IHKs ist insbesondere mit Blick auf die gewerberechtlichen und zivilrechtlichen Folgen einer unerlaubten Beratungs- und Vermittlungstätigkeit unglücklich. So kann einem Finanzanlagenvermittler, der ohne Zulassung tätig wird, gemäß § 144 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe I, Abs. 4 GewO grundsätzlich eine Geldbuße bis zu 50.000 Euro drohen. Nun ist dieses Problem aufsichtsrechtlich wahrscheinlich nicht so dramatisch, wenn sich die Finanzanlagenvermittler mit der für sie zuständigen Behörde vorher absprechen; die IHK's und Gewerbebeamter werden den Finanzanlagenvermittlern eher keinen Strick drehen.

Die Problematik liegt eher im zivilrechtlichen Haftungsrisiko. Ein ausgeschlafener Anleger-schutzanwalt wird die Schlampigkeit im Gesetz feststellen und könnte einem Finanzanlagenvermittler in der Zeit zwischen Erlöschen der Genehmigung nach § 34 c (30.06.2013, 24.00

Uhr) bis zu dem Zeitpunkt, in dem er von der Gewerbeaufsicht seine Genehmigung nach § 34 f GewO erhält, vorwerfen, der Finanzanlagenvermittler habe in diesem Zeitraum eine unerlaubte Anlageberatung erbracht. Da der Finanzanlagenvermittler in dieser Zeit tatsächlich ohne Genehmigung dastand, hat er ein Haftungsrisiko, weil er unerlaubt tätig würde.

Die Rechtsprechung hat zu einer Genehmigung nach § 32 KWG judiziert, dass Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen ohne entsprechende BaFin-Lizenzierung zu der Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB führen können, weil die Erlaubnispflicht für Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen ein Schutzgesetz zugunsten der Anleger im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sei. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Finanzanlagenvermittler tatsächlich falsch beraten hat oder sonstige Pflichtverletzungen begangen hat; vielmehr wird zugunsten des Anlegers vermutet, dass dieser bei Kenntnis von der fehlenden Erlaubnis das Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Ob nun vorliegend diese Lücke in der Übergangsvorschrift durch ein Obergericht für § 34 f GewO genauso betrachtet würde, kann ich nicht abschließend beurteilen. Jedenfalls entsteht in der Übergangszeit für die Berater eine missliche Situation, weil sie einem möglichen Haftungsrisiko ausgesetzt sind.

An dieser Stelle müsste man in einem konkreten Haftungsfall entgegenhalten, dass der Schutzzweck der verletzten Norm nicht eröffnet sei, weil es sich um einen Fehler des Gesetzgebers gehandelt hat. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass der Gesetzgeber die Finanzanlagenvermittler anhalten wollte, rechtzeitig die Anträge auf 34f-Genehmigung zu stellen. Juristisch kann man hier bis in die Untiefen der Schadenersatzdogmatik und Kausalitätslehre vorstoßen, wird aber auch dort keine verbindliche Lösung des Problems finden.

Ein pragmatischer Ansatz wäre daher, in der Übergangszeit bis zur Genehmigung nach § 34 f GewO keine Risiken einzugehen und den Kunden lieber etwas sicherere Produkte zu empfehlen, vor allem wo jetzt alle Indizes auf dem Höhepunkt stehen und Kurskorrekturen zu erwarten sind.

Juristisch kämen natürlich auch noch andere Alternativen in Betracht:

- Ein Ansatz wäre, mit der jeweiligen Berufshaftpflichtversicherung abzuklären, ob in der Übergangszeit bis zur Genehmigung nach § 34 f GewO eine Haftung übernommen wird. Auf jeden Fall sollten die einschlägigen Bedingungswerke geprüft werden.

- Denkbar wäre auch, die Kunden auf die bestehende Rechtslücke hinzuweisen und mit diesen über entsprechende AGBs eine Haftungsfreistellung bis zur Erlaubniserteilung zu vereinbaren. Ob solche AGBs im Schadensfall tatsächlich halten würden oder als unzulässige Klausel qualifiziert werden würden, lässt sich schwer vorhersagen. Eine solche Vorgehensweise hätte jedoch den Vorteil, dass sich in einem Haftungsprozess die Vermutung widerlegen ließe, dass der Kunde bei Kenntnis vom Fehlen der Erlaubnis das Geschäft nicht getätigt hätte.

Das sind aber wahrscheinlich mehr juristische Phantasien als im Vertrieb praktikable Lösungen.

Seien Sie jedenfalls vorsichtig in der Übergangsphase, erst wenn die 34f Erlaubnis erteilt ist, sind Sie wieder auf der sicheren Seite.

Mit den Besten Grüßen
Ihr
Dr. Christian Waigel