

Vermerk

über die Existenz einer Ausnahmeregelung von der Pflichtprüfung nach § 16 MaBV iVm § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO

Auftraggeber: VSAV

Verfasser: Dr. Strohmeyer, Fachanwalt für Bank- u. Kapitalmarktrecht

Datum: 09.07.2012

Auftrag:

Im Zuge der Verabschiedung des Finanzanlagenvermittlergesetzes wurde in § 157 Abs. 3 S. 4 GewO n.F. eine sog. „Alte-Hasen-Regelung“ eingefügt¹. Danach sind Personen, die seit mindestens 5 Jahren ohne Unterbrechung als Finanzanlagevermittler tätig waren, nicht verpflichtet, den sog. Sachkundenachweis zu erbringen. Zum Nachweis der Sachkunde sieht das Gesetz u.a. die Vorlage der gemäß § 16 MaBV in Verbindung mit § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO vorgeschriebenen Prüfberichte vor.

Laut Aussage mehrerer Anlagevermittler haben jedoch die zuständigen Gewerbeämter die Vorlage dieser Prüfberichte nicht mehr angemahnt und die bei Nicht-Vorlage möglichen Sanktionen nicht mehr verhängt.

Es soll daher recherchiert werden, ob es eine – möglicherweise landesrechtliche – Ausnahmeregelung gibt, durch die die Pflicht zur Vorlage der Prüfberichte abgeschafft oder ausgesetzt wurde.

¹ Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts (VermAnlGEG) vom 06.12.2011, BGBl. Jahrgang 2011, Teil I Nr. 63, S. 2481.

Ergebnis:

Die Durchsicht der einschlägigen Normen und Kommentierungen ergab keine Hinweise auf die Existenz einer Ausnahmeregelung.

Einzigiger Ansatzpunkt für eine solche Ausnahmeregelung wäre § 13 GewO, da andere Verordnungsermächtigungen, durch die eine solche Regelung erlassen werden könnte, nicht bestehen. Auch insoweit liegen – soweit ersichtlich – Ausnahmetatbestände jedoch nicht vor.

1 Bundesgesetzlicher Rahmen

Während sich die Pflicht zur Vorlage der Prüfberichte vor 2005 auf alle in § 34c GewO genannten Berufsgruppen bezog, wurden zunächst durch das Änderungsgesetz vom 21.06.2005² Grundstücks- und Wohnungsmakler sowie Darlehensvermittler, und sodann durch das Investmentänderungsgesetz vom 21.12.2007³ auch Anlageberater von der Pflicht zur Vorlage der Prüfberichte ausgenommen. Zur Begründung verweist die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses auf redaktionelle Änderungen aufgrund der Änderung der Systematik des § 34c GewO⁴. Eine darüber hinausgehende, inhaltliche Begründung enthält keine der einschlägigen Gesetzesmaterialien.

Nach den Kommentierungen von *Schönleitner* und *Marcks* in der Sammlung von Landmann/Rohmer⁵ lässt sich als Hintergrund der letztgenannten Änderungen die MiFid-Richtlinie festmachen, nach der

² Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen vom 21.06.2005, BGBl. I S. 1666 (Nr. 35).

³ Gesetz zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften (Investmentänderungsgesetz) vom 21.12.2007 – BGBl. I S. 3089 (Nr. 68).

⁴ BT-Drs. 16/6874, S. 123.

⁵ *Schönleitner*, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Loseblattsammlung, Stand September 2011, Kommentierung zu § 157 GewO Rn 2; *Marcks*, ebenda, Kommentierung zu § 34c Gewerbeordnung Rn 44.

die Anlageberatung nicht mehr als Nebendienstleistung angesehen werden konnte und daher einer eigenständigen Regulierung bedurfte, die überhaupt erstmals zur Regulierung der Anlageberatung führte. Da diese Regulierung außerhalb der Finanzinstrumente in § 34c Abs. 1 Nr. 3 GewO ihren Niederschlag fand, wurde mit dem Investmentänderungsgesetz klargestellt, dass die bloße Anlageberatung gleichwohl keine Pflicht zur Vorlage der Prüfberichte nach § 16 MaBV nach sich ziehen sollte⁶.

Bei der Anlageberatung in Finanzinstrumente gilt indes ausschließlich das inhaltlich strengere Prüfreime des KWG.

2 Ergänzende Recherche

Laut fernmündlicher Auskunft des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gibt es keine Übersicht über die aufgrund von § 13 GewO erlassenen Landesverordnungen. Der kontaktierten Fachbeamtin sei nicht bekannt, dass für den Bereich der Pflichtprüfungen nach § 16 MABV eine landes- oder bundesrechtliche Ausnahmeregelung erlassen worden sei, sie halte dies auch für äußerst unwahrscheinlich und habe von einer solchen Regelung noch nie gehört. Die gesetzliche Verpflichtung sei bindend und wirksam.

Der gleichen Ansicht war auch eine Fachbeamtin des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Nordrhein-Westfalen. Ihre Auskunft ging dahin, dass sie für andere Bundesländer zwar keine Aussage treffen könne, obwohl sie die Existenz einer solchen Ausnahmeregelung für unwahrscheinlich halte. Für NRW könne sie jedoch definitiv sagen, dass keine entsprechende Ausnahmeregelung existiere.

Auch dem entsprechend kontaktierten Mitarbeiter der IHK Köln war eine derartige Ausnahmeregelung nicht bekannt. Er hielt deren Existenz jedoch für sehr unwahrscheinlich.

⁶ Vgl. dazu *Schönleitner* und *Marcks*, ebenda.

Eine qualifizierte Antwort erteilte auch die zuständige Gewerbemeldestelle des Ordnungsamts der Stadt Düsseldorf. Die Thematik war dort *ad hoc* geläufig. Auf unseren Hinweis, dass mehrere Finanzanlagevermittler geäußert hätten, dass ihre zuständigen Gewerbeämter die Prüfberichte nicht angemahnt und ihre Nichteinreichung auch nicht sanktioniert hätten, wurde uns erwidert, dass dem Ordnungsamt bekannt sei, dass die verschiedenen Aufsichtsämter die Prüfberichte sehr unterschiedlich handhaben würden: Während einige Aufsichtsämter dies äußerst penibel und streng handhaben würden, seien andere sehr lax und würden die Einreichung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungsberichte nicht durchsetzen. Dies ändere nach der Gewerbemeldestelle des Ordnungsamts der Stadt Düsseldorf jedoch nichts daran, dass die gesetzliche Pflicht bestehe.

Der kontaktierte Fachbeamte fragte sodann von sich aus, ob uns etwaige schriftliche Erklärungen vorlägen, in denen ein Aufsichtsamt bestätige, dass die Vorlage der Prüfberichte nicht erforderlich sei. Auf unser Verneinen erwiderte er darauf, dass er schon von vielen Seiten Gerüchte über eine „ominöse“ Ausnahmeregelung und das Verhalten der Aufsichtsämter gehört habe. Bei genauerer Nachfrage habe ihm jedoch noch niemand eine Ausnahmeregelung nennen oder eine schriftliche Bestätigung einer zuständigen Aufsichtsbehörde vorlegen können. Dies zeige, dass an den Gerüchten letztlich nichts dran sei. Es gebe nur eine Ausnahme bezüglich der Prüfberichte für solche Vermittler, die im Prüfungszeitraum ihre Tätigkeit überhaupt nicht ausgeübt hätten sowie eine Regelung bezüglich der Prüfberichte bei Einstellung des Geschäftsbetriebs. Weitere Ausnahmen gebe es nicht, wie sich auch mittelbar aus der Kommentierung der MABV von *Peter Marcks* ergeben würde⁷.

⁷ Vgl. *Marcks*, MaBV, Kommentar, 9. Aufl., 2009 – Anmerkung des Verfassers.

3 Eigene Stellungnahme

Wir konnten keine gesetzlichen Ausnahmebestimmungen finden. Zudem sind solche Bestimmungen weder den von uns interviewten und offenkundig gut informierten Mitarbeitern von Fachbehörden noch der juristischen Fachliteratur bekannt.

4 Ergebnis

Bei der behaupteten Existenz einer angeblichen Ausnahmeregelung dürfte es sich um ein bloßes Gerücht handeln.


[Dr. Strohmeyer]
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht