

# Rechtliche Rahmenbedingungen 2013: Was bleibt – was kommt?

*„The same procedure as every year...“ – dieser geflügelte Satz kann auch für den Ausblick auf 2013 für Vermittler von Versicherungen und Finanzanlageprodukten gelten. Die jährlichen neuen gesetzlichen Vorgaben machen den Vertrieb nicht einfacher. Aber Vermittler, die sich diesen Herausforderungen bewusst stellen, bleibt aufgrund der dadurch zu erwartenden Marktberreinigung ein größeres Stück vom Kuchen.*



Von **Dr. Michael Wurdack**,  
Partner der Kanzlei Küstner,  
v. Manteuffel & Wurdack

Banken- und Finanzdienstleistungsinstitute nach KWG (Kreditwesengesetz) sind in Umsetzung der Regelungen des § 34d Abs. 1 bis 5 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz) seit dem 01.11.2012 gesetzlich verpflichtet, Mitarbeiter und Beschwerden in ein entsprechendes Register einzutragen. Diese Eintragungspflicht betrifft auch die sogenannten „Tied Agents“. Das sind die vertraglich verbundene Vermittler im Sinne des § 2 Abs. 10 KWG, die sich als selbstständige Handelsvertreter unter ein Haftungsdach begeben haben. Für Vermittler, die nach dem 01.11.2012 in das Register des § 34d WpHG gemeldet werden, ist das Vorhandensein entsprechender Sachkunde Voraussetzung für die Meldung und deren Tätigkeit unter dem Haftungsdach.

Diejenigen Vermittler, die noch vor dem 01.11.2012 unter ein KWG-Haftungsdach „geschlüpft“ sind, werden sicherlich schon festgestellt haben: Vor den verschärften Anforderungen des Gesetzgebers ist nach Beratungsmisständen und Kapitalmarktkrisen auch und gerade unter einem KWG-Haftungsdach kein Entkommen. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Beratung und Dokumentation nach den WpHG-Vorschriften. Kommt der gebundene Agent nicht in den Genuss der „WpHG-Alt-Hasen-Regelung“ (seit 01.01.2006 ununterbrochen als Mitarbeiter in Anlageberatung oder Vertriebsbeauftragter eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens tätig), so hat er gemäß § 42d WpHG nur bis zum 31.05.2013 Zeit, sich nach Maßgabe der WpHG-Mitarbeiteranzeigerverordnung (WpHGMAAnzV) nachzuqualifizieren, sofern er nicht über dort genannte Alternativqualifikationen verfügt. Möglicherweise bedeutet diese enge zeitliche Vorgabe für manchen gebundenen Vermittler in den ersten Monaten des Jahres 2013 ein böses Erwachen. Für die gebundenen Vermittler, die noch im Besitz einer vor

dem 31.12.2012 erteilten Gewerbeerlaubnis gemäß § 34c Abs. 1 Nr. 1 und 2 GewO sind und sich umorientieren wollen, gibt es ein großzügigeres Zeitfenster. Um es zu nutzen, bleibt aber nur das erste Halbjahr 2013 Zeit.

## § 34f GewO und FinVermV

Ab dem 01.01.2013 regelt § 34f GewO die Berufszulassung und die Berufsausübung der unabhängigen Vermittler. Das Gewerbeerrecht ermöglicht im Umfang der sogenannten Bereichsausnahme des § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 KWG die Vermittlung von Investmentfonds, geschlossenen Fonds sowie sonstigen Vermögensanlagen mit einer entsprechenden Dreiteilung der Gewerbeerlaubnis des § 34f GewO. Sie kann entsprechend modular beantragt werden.

Auch hier gibt es eine „Alte-Hasen-Regelung“, die eine Sachkundeprüfung erübrigt. Voraussetzung ist die nachgewiesene ununterbrochene Tätigkeit als Anlagevermittler oder -berater. Sie hat bei selbstständiger Tätigkeit als Anlagevermittler durch Vorlage von lückenlosen Prüfberichten nach § 16 Abs. 1 S. 1 MaBV (Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer) zu erfolgen. Die Liste der Alternativqualifikationen ist abschließend in der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV), § 4 FinVermV, geregelt.

„Alte Hasen“ und Inhaber einer Ersatzqualifikation, die schon eine Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder 3 GewO haben, müssen sich gleichwohl bis zum 30.06.2013 durch ein vereinfachtes Erlaubnisverfahren eine Gewerbeerlaubnis nach § 34f GewO erteilen lassen. Das gilt auch für die § 34c-Erlaubnis-Inhaber, die im Rahmen der Bestandsschutzregelung des § 157 Abs. 2 GewO die Möglichkeit haben, die Sachkunde bis zum 31.12.2014 zu erwerben. Gelingt das nicht, erlischt die Erlaubnis nach § 34f GewO automatisch. Neustarter benötigen sofort den Sachkundenachweis oder eine Alternativqualifikation (FinVermV). Alle Anlagevermittler brauchen für die 34f-Erlaubnis eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung und sollten bei deren Beschaffung die Gelegenheit nutzen, schon bestehende Berufshaftpflichtversicherungen auf deren Aktualität insgesamt zu überprüfen.

Die Zuständigkeiten für die Erlaubniserteilung sind Ländersache und je nach der politischen Willensbildung

entweder bei der Gewerbeaufsicht verblieben oder an die Industrie- und Handelskammern (IHK), zum Beispiel IHK München für fast ganz Bayern, übertragen worden. Registerbehörde sind bundesweit die IHKS. Gemäß § 7 Abs. 2 FinVermV sind die bei dem Gewerbetreibenden beschäftigten Personen, die unmittelbar bei der Beratung und Vermittlung mitwirken, der Registerbehörde zu melden und eintragen zu lassen. Sie dürfen nur beschäftigt werden, wenn sie über einen eigenen Sachkundenachweis verfügen und ihre Zuverlässigkeit durch den Gewerbetreibenden in eigener Verantwortung überprüft worden ist.

Beantragt der Inhaber einer 34c-Erlaubnis bis zum 30.06.2013 keine 34f-Erlaubnis, erlischt die alte 34c-Erlaubnis hinsichtlich der Finanzanlageprodukte automatisch mit dem 30.06.2013. Eine 34c-Gewerbeerlaubnis beispielsweise für Darlehen- oder Immobilienvermittlung bleibt unberührt. Zwar können Finanzanlagevermittler mit 34c-Erlaubnis bis zum 30.06.2013 weiter auf der Grundlage der „alten Erlaubnis“ tätig werden. Dennoch ist es sehr empfehlenswert, zeitnah die erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen und die „Umschreibung“ nicht erst in den letzten Wochen vor Ablauf der Frist zu beantragen. Kommt es zu Bearbeitungsstaus bei den Erlaubnisbehörden, riskiert ein „später“ Antragsteller einige Wochen keine erforderliche Erlaubnis zu haben und damit nicht tätig werden zu können.

Wichtig ist, dass ab dem 01.01.2013 für alle Finanzanlagevermittler – gleichgültig ob noch mit „alter“ § 34c-Erlaubnis oder mit § 34f-Erlaubnis – die Pflichten der FinVermV gelten. Für Versicherungsvermittler stellt sich beim Lesen der nachfolgenden Tabelle, in dem die VersVermV und die FinVermV kurz gegenübergestellt werden, möglicherweise ein „Déjà-vu“-Erlebnis zum Pflichtenkatalog ein. Dennoch können sich Vermittler, die bisher schon Versicherungen und Finanzanlagen vermittelt haben, nicht nach dem Motto „das kennen wir schon“ entspannt zurücklehnen. Die Pflichten, die sich aus der FinVermV ergeben, sind wesentlich tiefer gestaffelt als die der VersVermV. Sie dürften, insbesondere,

	VersVermV	FinVermV
<b>Sachkundenachweis</b>	§ 1 bis 4	§ 1 bis 5
<b>Haftpflichtversicherung</b>	§ 8 bis 10	§ 9 bis 10
<b>Allgemeine Verhaltenspflicht</b>	-	§ 11
<b>Info-Pflichten</b>		
- Status	§ 11	§ 12
- Inhalt und Kosten	§ 1 bis 5 VVG-InfoV	§ 13 bis 15
<b>Bedarfsgerechte Beratung</b>	§ 61 VVG	§ 16 bis 17
<b>Doku-Pflichten</b>	§ 61 VVG	§ 18
<b>Aufzeichnungspflichten</b>	§ 14 bis 16	§ 22 bis 24

was die Beratungs- und Dokumentationspflichten angeht, regelmäßig nur EDV-gestützt zu erfüllen sein.

### *Umgang mit Dokumentationspflichten, Beweislast und Haftung*

Die verschärften Anforderungen, die die Gesetzgebung an Beratung und Dokumentation stellt, führen auch bei Finanzanlagevermittlern zu umfangreicheren Akten. Liest man die FinVermV, insbesondere die §§ 11ff. und dort beispielsweise § 16 (Beratung) und § 18 (Dokumentationspflichten), wird deutlich, dass auch hier der alte Rechtssatz gilt: „Wer schreibt, der bleibt.“ Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die im Vergleich zur MaBV deutlich ausgeweiteten und mit diversen Ordnungswidrigkeitstatbeständen versehenen Aufzeichnungs-, Aufbewahrungs- und Prüfungspflichten der §§ 22ff. FinVermV. Dies gilt auch hinsichtlich der Verpflichtung zur anlagegerechten (Anlagevermittler) und anlegergerechten (Anlageberater) Information des Kunden.

Beispielsweise besteht auch für die bloße Anlagevermittlung die Verpflichtung gemäß § 16 Abs. 2 FinVermV, Informationen über Kenntnisse und Erfahrungen des Anlegers einzuholen, soweit das für die Beurteilung der Angemessenheit der Anlage erforderlich ist. Ferner muss darauf hingewiesen werden, wenn die gewünschte Anlage für den Anleger nicht angemessen oder eine Beurteilung der Angemessenheit nicht möglich ist oder nicht vorgenommen wird. Diese Grundsätze sind durch die zivilrechtliche Rechtsprechung schon lange vor der FinVermV entwickelt worden.

Zusätzlich gelten für die Anlageberatung – in der Praxis wohl der Regelfall – weitere Pflichten unter anderem gemäß § 16 Abs. 1 FinVermV. Dazu gehören zum Beispiel die Einholung von Informationen zu Anlagezielen und finanziellen Verhältnissen, die zur Überprüfung der Geeignetheit der Anlage erforderlich sind. Das ist nachvollziehbar, da unter Anlageberatung die Abgabe einer persönlichen Empfehlung zum Erwerb einer bestimmten Finanzanlage verstanden wird. Dies setzt die Prüfung der persönlichen Gegebenheiten des Anlegers voraus. Schon ein kurzer Blick in die FinVermV verdeutlicht, dass die vorgenannten Punkte nur einen kleinen Ausschnitt der Pflichten darstellen. Die umfangreichen Anforderungen lassen sich in der Regel wohl nur durch EDV-gestützte Vermittlung (Angemessenheitsprüfung) oder Beratung (Geeignetheitsprüfung) erfüllen. Gleiches gilt auch für deren Dokumentation. Dazu gehören beispielsweise Bildung von Kundenprofilen, Abarbeitung von Pflichtfeldern, Plausibilitätsprüfungen oder Zuordnung von Risikoklassen, unter Umständen gestaffelt je nach Depot. Auch gute Software darf aber nicht dazu verleiten, sich ausschließlich auf diese zu verlassen.

### *Dokumentation unterstreicht Kompetenz im Dialog mit dem Kunden*

Bei den vorgenannten Vorschriften der FinVermV handelt es sich um aufsichtsrechtliche Maßgaben. Inhaltsgleiche ▶

Maßgaben gibt es übrigens auch im WpHG und damit für gebundene Agenten und deren Haftungsdachgeber. Unabhängig davon sind wie gesagt die zivilrechtlichen Anforderungen an Anlagevermittlung und Anlageberatung durch die Rechtsprechung im Laufe der letzten Jahre bereits ähnlich weiterentwickelt worden. Die aufsichtsrechtlichen Maßgaben, insbesondere Konkretisierung der Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten des 4. Abschnitts der FinVermV dürften zudem auf die zivilrechtlichen Anforderungen an Anlagevermittler und -berater ausstrahlen. Deshalb gilt auch dieses Jahr der wiederholte und aufgrund der aktuellen gesetzlichen Vorgaben nochmals bekräftigte Appell: Dokumentation ist nicht lästiges Übel, sondern Handwerkszeug!

Gut geübter und unangestrenzter Umgang mit diesem Handwerkszeug oder mit Softwaretools in der Vorbereitung und beim Kundengespräch unterstützt und dokumentiert die sachkundige Beratung und unterstreicht dabei die Kompetenz im Dialog mit dem Kunden. Der professionelle Umgang mit der Dokumentation und deren Archivierung (mindestens zehn Jahre!) erleichtert zudem nicht nur dem Wirtschaftsprüfer die nach der FinVermV zu leistende Arbeit und spart so Kosten. Sie bringt auch zusätzliche Sicherheit vor Haftungssituationen. Dabei ist dringend vor der (durchgehenden) Verwendung von EDV-Textblöcken bei der Darstellung von Beratungssituationen zu warnen, da die Rechtsprechung diesbezüglich sehr kritisch ist. Die FinVermV sieht zwar nur bei einer Beratung eine Dokumentationspflicht vor. Dennoch ist wegen der häufig im Haftungsprozess streitigen Abgrenzung zwischen „bloß Vermittlung“ und „schon Beratung“ eine Protokollierung auch bei einer bloßen Vermittlung einer Finanzanlage, beispielsweise mit einem dann auch so bezeichneten Vermittlungsprotokoll, sehr zu empfehlen.

Nach wie vor gilt, dass der Kunde die sogenannte primäre Darlegungs- und Nachweislast für einen Beratungsfehler hat. Es mehren sich aber die Entscheidungen, die bei fehlender oder fehlerhafter Dokumentation bis hin zur Beweislastumkehr zu Lasten des Beraters gehen. So hat zum Beispiel das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung schon vom 15.09.2011 (Az.: 12 U 56/11) ausgeführt, dass die unterlassene Dokumentation die Vermutung begründet, dass die erforderliche Beratung nicht erfolgt ist. In dieser Entscheidung ging es um Schadensersatzansprüche der Kundin aus einer Honorarberatung zu einer Nettopolice für eine fondsgebundenen Lebensversicherung nach einem „Finanzcheck“. Dabei musste sich der Obervermittler das Fehlverhalten seiner selbstständigen Abschlussvermittlerin zurechnen lassen und beide wurden vom Oberlandesgericht in gesamtschuldnerische Haftung genommen.

### *Versicherungs-PRIPs und Honorar (Anlage-)beratung*

Bekanntlich wird die EU-Versicherungsvermittler-Richtlinie überarbeitet (IMD 2). Einer der Punkte ist die Regulie-

rung der sogenannten Versicherungs-PRIPs (Packaged Retail Investment Products), auf gut deutsch der sogenannten Versicherungsanlageprodukte, das heißt insbesondere der fonds- und indexgebundenen Renten- und Lebensversicherungen. Regulatorisches Ziel ist ein einheitlicher Verbraucherschutz für Anlageprodukte. Das bedeutet, dass bei der im Laufe der nächsten Jahre zu erwartenden Umsetzung der IMD 2 für Versicherungsanlageprodukte ähnliche aufsichtsrechtliche Maßgaben auf die Vermittler zukommen werden wie aktuell durch die FinVermV. Zu erwarten sind beispielsweise Pflichten zur Kundenexploration, anlegergerechten Beratung, zu Warnhinweisen bei Ungeeignetheit des Produkts sowie detailliertere Dokumentation. Zivilrechtlich wird die Tätigkeit von Vermittlern – wie oben am Beispiel des Urteils des OLG Karlsruhe gezeigt – ohnehin heute schon an solchen Maßstäben gemessen.

Darüber hinaus stehen Transparenzvorgaben im Fokus, insbesondere in Bezug auf die Vergütung. So soll Provision bzw. Courtagage bei Lebensversicherungen ungefragt offen gelegt werden, bei allen Nicht-Lebensversicherungen für eine Übergangszeit von fünf Jahren nur auf Anfrage. Wie sehr die Vergütung von Vermittlern politisches Thema ist, zeigt auch der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen vom November 2012. Darin geht es den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz). Wie und wann dieser schon jetzt sehr kontrovers diskutierte Entwurf umgesetzt wird, ist aktuell noch offen. Er orientiert sich am Vorschlag der Europäischen Kommission zur Neufassung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte in Finanzinstrumente (MiFID = Markets in Financial Instruments Directive = MiFID 2). Der MiFID-Entwurf sieht ein Provisionsverbot für Berater vor, die sich als unabhängig bezeichnen.

Im Referentenentwurf des BMF ist eine Honorarberatung nach Maßgabe des WpHG (künftig sog. Honorar-Anlageberatung) oder auf der Basis der GewO (künftiger § 34h GewO Honorar-Finanzanlagenberater) mit entsprechenden WpHG- bzw. Gewerbe-Register vorgesehen. Der Honorarberater soll ausschließlich vom Kunden vergütet werden und verpflichtet sein, Zuwendungen von Produktgebern unverzüglich und ungemindert an den Kunden auszukehren. Zwar ist, auch auf EU-Ebene, das generelle Provisionsverbot erst einmal vom Tisch. Es sind aber weiterhin auch auf nationaler Ebene unter anderem Bestrebungen in Gang, einen Honorar-Versicherungsberater zu installieren.

Ob diese neuen „Beratertypen“, sollten sie denn gesetzgeberisch ermöglicht werden, große praktische Relevanz erlangen werden, scheint angesichts der geringen Zahlen der Versicherungsberater gemäß § 34e GewO allerdings offen. Zusammengefasst zeigen diese Ausblicke jedenfalls, dass sich Vermittler, seien sie nun Makler oder „84er“, nicht ausruhen können, wollen sie sich den zukünftigen Herausforderungen stellen. Dazu viel Erfolg für das Jahr 2013! ■

