



# MATTIL & KOLLEGEN

Fachanwälte für Bank- und Kapitalmarktrecht

MATTIL & KOLLEGEN | Thierschplatz 3 | 80538 München

464/20 - MA - em D1/67938

Deutscher Bundestag  
Finanzausschuss  
Platz der Republik 1  
10557 Berlin

München, 08.06.2020  
Unser Zeichen: 464/20MA / em

## Gesetz zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagen- vermittler auf die BaFin BT-Drucksache 19/18794

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Hessel,  
sehr geehrte Damen  
und Herren Mitglieder des Finanzausschusses,

im Nachgang zu der Anhörung vom 27.05.2020 möchten wir  
noch das Folgende ergänzen:

Aus den Stellungnahmen einiger Sachverständiger klingt heraus,  
dass die Besorgnis eines „Jobverlustes“ bei vielen Finanzanla-  
genvermittlern besteht, die sich also aus ihrer Tätigkeit als Ber-  
ater oder Vermittler zurückziehen würden. Diese Bedenken teilen  
wir nicht und zwar aus folgendem Grund:

Zunächst verschlechtert sich die rechtliche Situation für die Fi-  
nanzanlagenvermittler und Honorar-Anlagenberater nicht. Weder  
werden die Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung ver-  
schärft noch müssen weitere Anforderungen erfüllt werden. Vor  
allem tritt mit § 96 Abs. 6 - E eine deutliche Verbesserung ein.

Kooperationskanzleien in:

BERLIN | BRÜSSEL | LONDON | LUXEMBURG | MAILAND | MONTANA | NEW YORK | PARIS | WIEN | ST. GALLEN

Stadtparkasse München | IBAN: DE90 7015 0000 0901 2400 02 | BIC: SSKMDEMXXX | Ust-ID Nr.: DE 236918723  
Anderkonto: Stadtparkasse München | IBAN: DE59 7015 0000 0000 3037 84 | BIC: SSKMDEMXXX

**PETER MATTIL**  
Rechtsanwalt | Fachanwalt  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**KATJA FOHRER\***  
Rechtsanwältin | Fachanwältin  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**SUSANNE KUNZFELD\***  
Rechtsanwältin | Fachanwältin  
für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Wirtschaftsmediatorin IHK

**SYLVIA SONNWEBER\***  
Rechtsanwältin | Fachanwältin  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**RALPH VEIL\***  
Rechtsanwalt | Fachanwalt  
für Bank- und Kapitalmarktrecht  
für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Mediator

**JOACHIM KLEEFELD\***  
Rechtsanwalt | Fachanwalt  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**ROHAN FONSEKA\***  
Rechtsanwalt | Fachanwalt  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**MAGDALENA NICOLA\***  
Rechtsanwältin | Fachanwältin  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**EVA-MARIA UEBERRÜCK\***  
Rechtsanwältin | Fachanwältin  
für Bank- und Kapitalmarktrecht

**JENNIFER FUGMANN\***  
Rechtsanwältin

**ALEXANDRA HEHL\***  
Rechtsanwältin

**MARCO ELLWEIN\***  
Rechtsanwalt

\*angestellte(r)  
Rechtsanwalt / Rechtsanwältin

Thierschplatz 3  
80538 München

Zentrale  
Telefon (0 89) 24 29 38 - 0  
Telefax (0 89) 24 29 38 - 25  
www.mattil.de

### Sekretariat:

Margret Engelhardt  
Direkt-Tel (0 89) 24 29 38 - 0  
Direkt-Fax (0 89) 24 29 38 - 25  
e-mail: mattil@mattil.de

Die Finanzanlagendienstleister dürfen ohne Erlaubnis und Haftpflichtversicherung unter einem Haftungsdach tätig werden.

Für den Wertpapiermarkt wurden die Haftungsdächer mit § 2 Abs. 10 KWG bereits im Jahr 1998 eingeführt (Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, Drucksache 13/714; Neufassung des KWG vom 09.09.1998). Zur Zeit werden bei der BaFin etwa 300 Haftungsdächer mit **22.000** angeschlossenen gebundenen Vermittlern geführt! Diese gebundenen Vermittler dürfen Wertpapiere vermitteln bzw. dazu beraten, ohne eine Erlaubnis als Finanzdienstleistungsinstitut zu benötigen. Davon machen offenbar sehr viele Marktteilnehmer Gebrauch. In dem Jahresbericht der BaFin (damals Bakred) aus dem Jahr 2000 berichtete diese, dass das Institut des neu geschaffenen vertraglich gebundenen Vermittlers von vielen Unternehmen in Anspruch genommen wurde.

Auch im Bereich des Finanzanlagendienstleisterrechts ist eine entsprechende „Konjunktur“ zu erwarten. Dafür spricht zumindest die vorerwähnte Erfahrung.

Bei der Gelegenheit möchten wir der Behauptung entgegentreten, dass die Skandalprodukte der letzten Jahre überwiegend von Banken verkauft worden seien. Das Gegenteil ist der Fall: P&R Container, PIM Gold, Gold Professionell, EN Storage, MCE Schiffsfonds, Lombardium / Fidentum, und zahlreiche andere wurden überwiegend von Finanzanlagenvermittlern verkauft, teilweise auch ohne Verwendung eines Prospektes, d.h. nicht unter die Aufsicht der BaFin fallende Produkte. Dies ist kein Schuldvorwurf, sondern eine Tatsache, die im Hinblick auf die hier zur Diskussion stehende Übertragung der Aufsicht relevant ist.

Mit freundlichen Grüßen

P. Mattil  
Rechtsanwalt  
- Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht -

## **VI. Viertes Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.06.2002 – Einführung einer Versicherungspflicht für den vertraglich gebundenen Vermittler**

Nach dem Inkrafttreten der sechsten KWG-Novelle zeigte sich, dass das Institut des neu geschaffenen vertraglich gebundenen Vermittlers von vielen Unternehmen in Anspruch genommen wurde. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass diese Unternehmen die strengen Anforderungen für eine Erlaubniserteilung durch das BAKred nicht erfüllten<sup>149</sup> oder sich der Aufsicht durch das BAKred nicht unterwerfen wollten. Während bis Ende 1999 1.615 vertraglich gebundene Vermittler tätig waren,<sup>150</sup> hatten im Jahr 2000 schon mehrere tausend Vermittler ihre Tätigkeit aufgenommen.<sup>151</sup> Im Jahr 2001 stieg die Zahl auf 14.553 an.<sup>152</sup> Es kam auch vor, dass haftende Institute die Haftung für mehrere tausend Vermittler übernahmen.<sup>153</sup> So haftete zum Beispiel ein einziges Institut für 11.000 Vermittler.<sup>154</sup>

Diese Entwicklung wurde als ein erhebliches Haftungsrisiko für die haftenden Institute angesehen,<sup>155</sup> die nach den damals gültigen Regelungen dieses Risiko nicht mit Eigenkapital unterlegen mussten.<sup>156</sup> Deshalb setzte sich das BAKred seit 1999 dafür ein, dass sich die haftenden Institute gegen diese Risiken durch eine eigenkapitalersetzende Versicherung absichern müssten.<sup>157</sup>

Dieser Forderung kam der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 21.06.2002 nach.<sup>158</sup> In diesem Gesetz wurde das haftende Institut verpflichtet, eine Versicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von EUR 50.000 für jeden ihrer vertraglich gebundener Vermitt-

149 Jahresbericht BAKred 2000, S. 99.

150 Jahresbericht BAKred 1999, S. 64.

151 Jahresbericht BAKred 2000, S. 99.

152 Jahresbericht BAKred 2001, S. 46.

153 Jahresbericht BAKred 2000, S. 99; BR-Drs. 936/01 (neu), S. 321.

154 BR-Drs. 936/01 (neu), S. 321.

155 Jahresbericht BAKred 1999, S. 64; Jahresbericht BAKred 2000, S. 99.

156 Jahresbericht BAKred 2000, S. 99.

157 Jahresbericht BAKred 1999, S. 64; Jahresbericht BAKred 2000, S. 99 f; BR-Drs. 936/01 (neu), S. 322; Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Fülbier, KWG, 2. Auflage, § 2 Rn. 88.

158 BGBl. 2002 Teil I, S. 2010, 2047.

## II. Bindungen der „freien“ Anlagevermittler und -berater

Auch „freie Berater“ können in der Regel nicht völlig unabhängig agieren. Sie unterliegen meist tatsächlichen oder rechtlichen Zwängen. Als völlig „bindungsfrei“ können allenfalls allein auf Honorarbasis arbeitende freie Berater angesehen werden, die entweder keinerlei Provisionen von Dritten annehmen oder – da Nettotarife für viele Produkte nicht erhältlich sind – derartige (Absatz-)Provisionen an den Kunden weiterleiten.<sup>459</sup>

Überwiegend sind sie jedoch von Provisionszahlungen abhängig, daher sind entsprechende vertragliche Bindungen mit den Produkthanbietern notwendig.<sup>460</sup> Tritt der Berater dabei als dessen Handelsvertreter auf, so ergibt sich schon aus § 86 Abs. 1 Halbs. 2 HGB, dass er zur Wahrnehmung (auch) der Interessen des Produkthanbieters verpflichtet ist. Ist er nur einem Anbieter verpflichtet, handelt es sich um einen sog. Ausschließlichkeitsvertreter.<sup>461</sup> Im Jahr 2010 waren 40.000 Personen vertraglich gebundene Vermittler im aufsichtsrechtlichen Sinn.<sup>462</sup> Regelmäßig wird eine vertragliche Vereinbarung mit mehreren Produkthanbietern vorliegen, um dem Berater zu ermöglichen, auf verschiedene Produkte zurückzugreifen.<sup>463</sup> Er wird dann zum sog. Mehrfachvertreter.<sup>464</sup> An der erforderlichen Interessenwahrung ändert dies nichts. Aber auch wenn der Berater als Makler auftritt, sind vertragliche Vereinbarungen mit Produkthanbietern nötig, um bei erfolgreichem Absatz eine Vergütung abzusichern. Freie Berater können ferner gesellschaftsrechtlich mit Produkthanbietern verbunden sein. Der Generali-Konzern hält 40% abzüglich 10 Aktien an der DVAG<sup>465</sup>, AWD ist eine hundertprozentige Tochter der Swiss Life Beteiligungs GmbH, die wiederum zu 100% der Swiss Life Holding AG gehört.<sup>466</sup> Nach Auffassung des BGH kann sogar ein zur Finanzgruppe einer Sparkasse gehörendes

---

2009, 1821, 1824, dazu, dass aufgrund dieses Systems Eigeninteressen der Bank nicht „schlechthin [...] auszuschalten“ seien; ferner *Assmann*, ÖBA 2007, 40, 41 und supra § 3 B. I.

<sup>459</sup> Das bedeutet aber nicht, dass bei der Honorarberatung keinerlei Interessenkonflikte vorliegen könnten, vgl. *Klein*, WM 2011, 2117, 2119; zur Überarbeitung der MiFID, die ebenfalls auf eine prominenter Rolle der Honorarberatung setzt *Veil/Lerch*, WM 2012, 1605, 1608 f.; ferner *Becken/Schradin/Wende*, Das Honorar löst keine Provisions-Übel, F.A.Z. v. 28.4.2014, S. 16.

<sup>460</sup> Zum Verhältnis der Finanzdienstleister zum „Produzent des Finanzinstruments“ *Gemberg Wiesike*, Wohlverhaltensregeln, S. 19 f.

<sup>461</sup> Handelt dieser im Sinne von § 2 Abs. 10 Satz 1 KWG, § 2a Abs. 2 Satz 1 WpHG „unter der Haftung“ eines Kreditinstituts bzw. Wertpapierhandelsunternehmens, liegt ein sog. vertraglich gebundener Vermittler im Sinne des Aufsichtsrechts vor, sofern auch die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind. Dies hat dann eine Verhaltenszurechnung zu diesem Institut zur Folge, vgl. *Fuchs*, in: *Fuchs*, Komm WpHG, § 2a Rn. 41.

<sup>462</sup> S. Fn. 461; vgl. *Schäfer*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG<sup>2</sup>, § 2a KWG Rn. 82.

<sup>463</sup> Vgl. *Wolf*, NVersZ 2001, 392, 394.

<sup>464</sup> Vgl. *von Hoyningen-Huene*, in: *MünchKomm HGB*<sup>3</sup>, § 84 Rn. 42. Nach *Decker*, Aufklärungspflichten, S. 182, sei nur bei einer Tätigkeit für mehrere Initiatoren von freiem Vertrieb zu sprechen, während bei der ausschließlichen Zusammenarbeit mit einem Anbieter ein Exklusivvertrieb vorliege.

<sup>465</sup> S. *Generali Deutschland*, Konzern-Geschäftsbericht 2011, S. 211.

<sup>466</sup> S. *Swiss Life Beteiligungs GmbH*, Jahresabschluss zum Geschäftsjahr vom 1.1.2011 bis zum

In: Marcus P. Lerch, Anlageberater als Finanzintermediäre, Aufklärungspflichten über monetäre Eigeninteressen von Finanzdienstleistern in Beratungskonstellationen, 2015 Mohr Siebeck Tübingen