

Gutachten

zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des geplanten Sachkundenachweises als Voraussetzung für die gewerberechtliche Erlaubnis freier Anlagevermittler

Gegenstand:

Als Bestandteil des Gesetzentwurfs zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts¹ soll eine Verpflichtung der Anlageberater und -vermittler (im Folgenden: Anlagevermittler²) zur Erbringung eines Sachkundenachweises als Voraussetzung für die gewerberechtliche Erlaubnis beziehungsweise deren Fortbestand eingeführt werden. Dieser Sachkundenachweis soll durch eine erfolgreich abgelegte Prüfung über die fachlichen und rechtlichen Grundlagen sowie über die Kundenberatung erfolgen. Dabei enthält der Entwurf eine so genannte „Alte-Hasen-Regelung“, nach der den Anlagevermittlern, die bei Inkrafttreten des Gesetzentwurfs bereits über eine Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung verfügen, gestattet ist, den Sachkundenachweis innerhalb von zwei Jahren bei der zuständigen Aufsichtsbehörde nachzureichen³.

¹ Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts am 06.04.2011 beschlossen (http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_54/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/06042011-Graumarktregulierung.html?_nnn=true). Er ist zusammen mit den Stellungnahmen des Nationalen Normenkontrollrats und des Bundesrats nebst der Gegenäußerung der Bundesregierung am 06.06.2011 als elektronische Vorabfassung der Bundestagsdrucksache 17/6051 im Internet eingestellt worden.

² Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 06.04.2011 spricht (anders als ihr Diskussionsentwurf mit Stand vom 16.02.2011 – vgl. http://www.aifm.de/tl_files/pdf/Diskussionsentwurf%20FinAnlVerm-%20u%20VermAnlG.pdf) allgemein nur vom „Finanzanlagenvermittler“. Der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats (BT-Drs. 17/6051, S. 107) lässt sich jedoch klar entnehmen, dass der Gesetzentwurf mit dieser Formulierung die freien Anlageberater und Anlagevermittler meint.

³ Vgl. § 157 Abs. 3 (neu) GewO in: BT-Drs. 17/6051, S. 34, 76 f.

Auftrag:

Die Verfassungsmäßigkeit dieser geplanten Neuregelung soll untersucht werden. Außerdem sollen folgende Fragen untersucht und beantwortet werden:

- Ist eine Berufsuntersagung durch den Gesetzgeber in der geplanten Form möglich?
- Wenn ja: Unter welchen Bedingungen?
- Welche Ausnahmen sind denkbar?
- Ist ein Schadensersatzanspruch der Betroffenen begründbar?
- Wie/wo wäre er durchsetzbar?
- Ist zumindest eine Übergangsfrist oder Kulanz aus bestimmten Gründen (altershalber etc.) notwendig?
- Wie sieht es aus, wenn in einer Zeit der Rechtsunsicherheit (Einsprüche gegen diese Bestimmung laufen) Vermittler "unzulässigerweise" (was sich dann ja nachträglich erst herausstellt) vermitteln?
- Müssten diese Geschäfte rückabgewickelt werden?
- Haben davon betroffene Kunden aus diesem Sachverhalt Schadensersatzansprüche?

Auftraggeber:

VSAV e. V. Vorstandsvorsitzender Ralf W. Barth in Abstimmung mit dem VSAV Beirat (Herr Prof. Dr. Ott und Herr Helmut Paulus)

Verfasser:

Gustav Meyer zu Schwabedissen, Rechtsanwalt, vBP

Dr. Jochen Strohmeier, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Gliederung

A	EINLEITUNG UND PRÜFUNGSMASSSTAB.....	4
B	MATERIELL-RECHTLICHES GUTACHTEN	7
1	Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG	7
1.1	Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts	8
1.2	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	11
1.2.1	Geeignetheit	11
1.2.2	Erforderlichkeit	12
1.2.3	Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)	13
1.2.3.1	Angemessenheit des Sachkundenachweises bei Berufseinsteigern	15
1.2.3.2	Angemessenheit des Sachkundenachweises für „alte Hasen“ unter Berücksichtigung der Übergangsregelungen des Gesetzentwurfs	16
1.2.3.3	Exkurs: Vorgaben des Art. 12 GG bei der Anwendung des geplanten Sachkundenachweises im Einzelfall	20
1.3	Ergebnis zur Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG	24
2	Schutz des Eigentums gemäß Art. 14 GG	24
3	Art. 2 Abs.1 GG.....	25
4	Art. 3 Abs. 1 GG.....	25
5	Ergebnis des materiell-rechtlichen Gutachtens	26
C	ANTWORTEN AUF DEN FRAGENKATALOG.....	27
1	Ist eine Berufsuntersagung durch den Gesetzgeber in der geplanten Form möglich?	27
2	Wenn ja: Unter welchen Bedingungen?	27
3	Welche Ausnahmen sind denkbar?	28
4	Ist ein Schadensersatzanspruch der Betroffenen begründbar?.....	28
5	Wie/wo wäre er durchsetzbar?	30
6	Ist zumindest eine Übergangsfrist oder Kulanz aus bestimmten Gründen (altershalber etc.) notwendig?	30
7	Wie sieht es aus, wenn in einer Zeit der Rechtsunsicherheit (Einsprüche gegen diese Bestimmung laufen) Vermittler "unzulässigerweise" (was sich dann ja nachträglich erst herausstellt) vermitteln?.....	31
8	Müssten diese Geschäfte rückabgewickelt werden?.....	31
9	Haben davon betroffene Kunden dadurch Schadenersatzansprüche?	33

A EINLEITUNG UND PRÜFUNGSMAßSTAB

Nach überkommener Meinung sind bei der Prüfung einer eventuellen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes formelle und materielle Gesichtspunkte zu unterscheiden. Vorliegend können Fragen der eventuellen formellen Verfassungswidrigkeit, also insbesondere des nicht ordnungsgemäßen Zustandekommens des Gesetzes noch nicht sinnvoll untersucht werden, da lediglich der Gesetzentwurf und die Stellungnahmen des Nationalen Normenkontrollrats und des Bundesrats nebst der Gegenäußerung der Bundesregierung vorliegen. Die insoweit relevante Zuständigkeit des Bundes für die Gesetzgebung innerhalb des föderalen Systems der Bundesrepublik steht dabei nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG außer Zweifel.

Vor der Prüfung der Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit den materiell-rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes ist freilich zu berücksichtigen, inwieweit diese Vorgaben mit Blick darauf abbedungen sein könnten, dass der Gesetzentwurf u. a. bereits auf dem Zweck der Umsetzung der so genannten AIFM-Richtlinie der Europäischen Union vom 13.05.2011⁴ beruht⁵. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Beurteilung eines Gesetzes anhand des Maßstabs des Grundgesetzes ausgeschlossen, soweit das Recht der Europäischen Union zwingende Vorgaben in Bezug auf den Regelungsgegenstand trifft und die Organe der Europäischen Union dabei nicht die ihr von den Mitgliedstaaten übertragenen Kompe-

⁴ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, im Internet abrufbar unter http://www.aifm.de/tl_files/pdf/Deutsche%20Fassung%20-pe00060.de10.pdf. Sie wird nach telefonischer Auskunft der Kommission in den nächsten Tagen im Amtsblatt veröffentlicht.

⁵ So der ausdrückliche Hinweis der Bundesregierung in: BT-Drs. 17/6051, S. 50.

tenzen signifikant überschreiten⁶. Dies bedeutet, dass das Grundgesetz nicht den Prüfungsmaßstab für einen Gesetzgebungsakt des nationalen Gesetzgebers darstellt, soweit das Gemeinschaftsrecht dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung keinen Spielraum lässt⁷.

Gegenstand der AIFM-Richtlinie, bei der die kryptische Abkürzung AIFM für das Englische „*alternative investment funds managers*“ steht, ist nach Art. 1 der Richtlinie die Festlegung der Voraussetzungen für die Zulassung, Tätigkeit und Transparenz der Verwalter alternativer Investmentfonds (= *alternative investment funds managers* = AIFM), die alternative Investmentfonds in der Union verwalten und/oder vertreten.

Dabei wird die im Sprachgebrauch der Europäischen Union als AIF bezeichnete Anlageklasse in Art. 4 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie definiert als:

„jeder Organismus für gemeinsame Anlagen einschließlich seiner Teilfonds, der

- i) von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren; und
- ii) keine Genehmigung gemäß Artikel 5 der Richtlinie 2009/65/EG benötigt.

Der anlageklassebezogene Regelungsgegenstand der Art. 4 Abs. 1 lit. a) i) der AIFM-Richtlinie beinhaltet u. a. also geschlossene Fonds nach

⁶ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit BVerfGE 73, 339 („Solange-II“) und BVerfGE 89, 155 („Maastricht“), die heute im Wesentlichen unbestritten ist.

⁷ Das BVerfG hat dazu ausgeführt (BVerfGE 118, 79, Rz. 69): „... eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzt, wird insoweit nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen, als das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht“.

deutschem Recht und überschneidet sich folglich mit dem Regelungsgegenstand des hier diskutierten Gesetzentwurfs.

Neben dem anlageklassebezogenen Regelungsgegenstand ist weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der AIFM-Richtlinie jedoch der personenbezogene Anwendungsbereich der Richtlinie. In dem nur schwer lesbaren Artikel 2 der Richtlinie und in Artikel 4 der Richtlinie heißt es zu ihrem personenbezogenen Anwendungsbereich:

Artikel 2 Geltungsbereich

(1) Vorbehaltlich des Absatzes 3 dieses Artikels und vorbehaltlich des Artikels 3 gilt diese Richtlinie für

- a) EU-AIFM, die einen oder mehrere AIF verwalten, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich bei solchen AIF um EU-AIF oder Nicht-EU-AIF handelt,
- b) Nicht-EU-AIFM, die einen oder mehrere EU-AIF verwalten, und
- c) Nicht-EU-AIFM, die einen oder mehrere AIF in der Union vertreiben, unabhängig davon, ob es sich bei solchen AIF um EU-AIF oder Nicht-EU-AIF handelt.

(...)

Artikel 4 Definitionen

(1)

a) (...)

b) „AIFM“ ist jede juristische Person, deren reguläre Geschäftstätigkeit darin besteht, einen oder mehrere AIF zu verwalten.

c) (...)

Sowohl Artikel 2 als auch Artikel 4 der Richtlinie stellen also klar, dass ihr personenbezogener Anwendungsbereich nicht umfassend den Vertrieb von AIF (= *alternative investment funds*) regelt, zu denen nach nationalem Recht beispielsweise geschlossene Fonds gehören,

sondern lediglich, soweit solche Fonds (= AIF) durch deren Manager in der Rechtsform einer juristischen Person vertrieben werden.

Da aber die im hier diskutierten Gesetzentwurf regulierten Anlagevermittler allenfalls in ganz seltenen Ausnahmefällen zugleich Verwalter eines AIF (= *alternative investment funds*) sind, kann im Ergebnis nur von einer zu vernachlässigenden Überschneidung der AIFM-Richtlinie und dem Gesetzentwurf gesprochen werden. Die AIFM-Richtlinie enthält mithin keine generellen Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber zur Regulierung der Anlagevermittler.

Der hier diskutierte Gesetzentwurf ist also allein und in vollem Umfang am Maßstab des Grundgesetzes zu messen.

B MATERIELL-RECHTLICHES GUTACHTEN

Bei dem zu beurteilenden Gesetzesvorhaben kommen aufgrund der zu regelnden Thematik Verstöße gegen die Grundrechte gemäß den Art. 12 GG, 14 GG, 2 GG und 3 GG in Betracht.

1 Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG

Obwohl Art. 12 Abs. 1 GG nach seinem Wortlaut zwei Grundrechte mit unterschiedlichem Schutzniveau zu normieren scheint, ist allgemein anerkannt, dass nur ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit geschützt wird⁸. Für beide in Art. 12 GG angesprochenen Aspekte dieses einheitlichen Grundrechts – Berufswahl und Berufsausübung – gilt der Regelungs- bzw. Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, der jedoch gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an eine Regelung der beiden Bereiche unterschiedlich

⁸ Sachs/*Mann*, Kommentar zum GG, 5. Aufl., 2009, Art. 12, Rn. 14; Maunz/Dürig/*Scholz*, Komm. zum GG, 47. Lieferung, Juni 2006, Art. 12 Rn. 22; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 25. Aufl., 2009, Rn. 878; Stern/Becker/*Nolte*, Grundrechtskommentar, 2010, Art. 12 Rn. 85 ff.

strenge Anforderung stellt. Praktisch relevanter Maßstab der verfassungsrechtlichen Beurteilung ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das in seinem so genannten Apotheken-Urteil⁹ im Jahr 1958 die so genannte Stufentheorie entwickelte, diese aber in der Folgezeit zunehmend aufweichte und in eine in das Gewand der Stufentheorie eingekleidete Verhältnismäßigkeitsprüfung umwandelte¹⁰. Grundsätzlich stellt jedes staatliche Handeln, das ein durch Art. 12 GG geschütztes Verhalten ganz oder zum Teil unmöglich macht, einen Eingriff in das Grundrecht dar¹¹. Ein solcher Eingriff bedürfte einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, deren Maßstab sich nach der Stufentheorie und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bemisst.

1.1 Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts

Ein Beruf im Sinne von Art. 12 GG liegt vor, wenn eine Tätigkeit auf eine gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung oder Erhaltung der Lebensgrundlage dienen soll¹². Die Tätigkeit des Anlagevermittlers genießt also den Schutz der grundrechtlichen Berufsfreiheit.

Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet, wie bereits angedeutet, Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit danach, auf welcher „Stufe“ eine Maßnahme in das Grundrecht eingreift: auf der Stufe der niedrigsten Eingriffsintensität sind dabei Berufsausübungsregelungen anzusiedeln, gefolgt von subjektiven und sodann von objektiven Berufswahlbeschränkungen, die die intensivste Eingriffsform darstel-

⁹ BVerfGE 7, 377.

¹⁰ Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 137.

¹¹ Stern/Becker/*Nolte*, Art. 12 Rn. 78.

¹² Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*/Hopfauf, Kommentar zum GG, 11. Aufl., 2008, Art. 12 Rn. 26; Stern/Becker/*Nolte*, Art. 12 Rn. 12 ff.; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 45.

len¹³. Der Gesetzgeber soll in das Grundrecht auf der niedrigst möglichen Stufe eingreifen, soweit das gesetzgeberische Ziel auf dieser Ebene genauso effektiv erreicht werden kann wie auf der nächst höheren Ebene¹⁴.

Als subjektive Berufswahlbeschränkungen werden solche staatlichen Eingriffe in die Berufsfreiheit bezeichnet, die ihre Ausübung von persönlichen Eigenschaften des Grundrechtsträgers abhängig machen, während objektive Beschränkungen auf alle Grundrechtsträger in gleicher Weise wirken. Beispiele für subjektive Berufswahlbeschränkungen sind etwa das Erfordernis einer bestimmten nachzuweisenden Qualifikation oder eines Mindestalters; zu den objektiven Berufswahlbeschränkungen zählt zum Beispiel die Koppelung der Erlaubnis an den Bedarf nach der entsprechenden Dienstleistung, wenn beispielsweise im Bereich der Personenbeförderung Taxikonzessionen nur in der Zahl vergeben werden, die die Behörde für notwendig hält.

Während durch solche Berufswahlbeschränkungen geregelt wird, *ob* jemand einen bestimmten Beruf ergreifen kann, wird durch Berufsausübungsregelungen festgelegt, *wie* ein Beruf, der grundsätzlich ausgeübt werden darf, ausgeübt werden muss.

Berufsausübungsregelungen sind nach der Stufentheorie schon bei Vorliegen vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zulässig und können bereits durch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit gerechtfertigt sein¹⁵. Subjektive Berufswahlbeschränkungen können hingegen zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt sein, sofern sie Vorrang vor der Freiheit des Einzelnen

¹³ Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 126 ff.; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 335.

¹⁴ Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 335.

¹⁵ Stern/Becker/*Nolte*, Art. 12 Rn. 87; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 335.

haben¹⁶. Objektive Berufswahlbeschränkungen sind nur dann zulässig, wenn sie der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher, schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen¹⁷.

Wenn durch den Gesetzentwurf bestimmte Mindestqualifikationen vorgeschrieben werden, die ein Anlagevermittler nachweisen muss, so handelt es sich dabei um eine subjektive Berufswahlbeschränkung.

Entsprechend den vorstehend aufgezeigten Kriterien, muss eine solche Regelung dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, die Vorrang vor der Berufsfreiheit des Einzelnen haben. Unklar ist hierbei, welche Güter als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter eingeordnet werden können. In der Vergangenheit wurden als solche zum Beispiel anerkannt die Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Handwerks¹⁸, die Sicherung des Nachwuchses der gewerblichen Wirtschaft¹⁹, eine geordnete Altersstruktur innerhalb des Notarberufs²⁰, der Schutz der Volksgesundheit²¹, die Sicherheit der Energieversorgung²², eine geordnete Rechtspflege²³, der Rechtsfrieden²⁴, der Tierschutz²⁵ und die effektive Bewältigung von Amtsaufgaben²⁶.

¹⁶ Stern/Becker/*Nolte*, Art. 12 Rn. 87; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 131.

¹⁷ Stern/Becker/*Nolte*, Art. 12 Rn. 87; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 335.

¹⁸ BVerfGE 13, 97.

¹⁹ BVerfGE 13, 97.

²⁰ BVerfG NJW 1993, 1575.

²¹ BVerfG NJW 1969, 1571; BVerfGE 106, 181.

²² BVerfGE 30, 292.

²³ BVerfG NJW-RR 2005, 998.

²⁴ BVerfG NVwZ 1987, 401.

²⁵ BVerfGE 119, 59.

Betrachtet man diese Aufzählung von Gemeinschaftsgütern, die vom Bundesverfassungsgericht als besonders wichtig eingestuft wurden, so fällt auf, dass neben zweifelsfrei „besonders wichtigen Gütern“ auch einige benannt sind, die zwar wichtig sein mögen, bei denen es aber keineswegs selbstverständlich erscheint, sie als *besonders* wichtig einzustufen, wie etwa die „geordnete Altersstruktur innerhalb des Notarberufs“²⁷. Vergegenwärtigt man sich demgegenüber, dass die Bundesregierung zur Rechtfertigung des geplanten Qualifikationsnachweises für Anlagevermittler auf den Schutz der Anleger vor finanziellen Schäden rekurriert²⁸, so besteht kein Zweifel, dass sie sich auf ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut beruft, da auf dieser Seite des staatlichen Eingriffs ein ebenbürtiges Grundrecht geschützt werden soll, nämlich das Eigentumsgrundrecht der Bürger.

1.2 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Um den Verhältnismäßigkeitstest zu bestehen, muss das Gesetz geeignet und erforderlich sein, um das besonders wichtige Gemeinschaftsgut zu schützen; außerdem muss es verhältnismäßig im engeren Sinne sein, das heißt, dass die Grundrechtseinschränkung zum angestrebten Zweck der Maßnahme in einem angemessenem Verhältnis stehen muss.

1.2.1 Geeignetheit

Eine Maßnahme ist zur Erreichung eines gesetzgeberischen Zwecks geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg zumindest näher rückt; sie ist demgegenüber ungeeignet, wenn sie die Zweckerrei-

²⁶ BVerfG NVwZ 1997, 1207.

²⁷ BVerfG NJW 1993, 1575.

²⁸ Bundesregierung in: BT-Drs. 17/6051, S. 73.

chung erschwert oder behindert oder im Hinblick auf das Ziel überhaupt keine Wirkung entfaltet²⁹. Die Anforderungen an die Geeignetheit werden dabei in der verfassungsgerichtlichen Praxis sehr niedrig angesetzt, da jede – auch nur geringe – Förderung des angestrebten Zwecks ausreicht, um die Geeignetheit zu bejahen. Da die Vermittlung von Vermögensanlagen in der Praxis teilweise von Strukturvertrieben als Massengeschäft erfolgt, bei denen eine fehlende Sachkunde des Vermittlers auf der untersten Vertriebsstufe in der Rechtsprechung der Zivilgerichte immer wieder sichtbar geworden ist, erscheint es bei einem nicht nur unwesentlichen Teil der Vermittlungen nicht ausgeschlossen, dass eine korrekte Beratung an fehlender Sachkunde scheitert. Da dies zu Vermögensverlusten der Bürger führen kann, würde das Erfordernis eines Sachkundenachweises das Ziel der Bundesregierung fördern. Es ist also zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet.

1.2.2 Erforderlichkeit

Ein Gesetz genügt dem Grundsatz der Erforderlichkeit, wenn es kein für den Grundrechtsträger mildereres Mittel gibt, durch welches das gesetzgeberische Ziel zumindest genauso gut oder besser erreicht werden könnte. Bei diesem Prüfungspunkt könnte man überlegen, ob eine reine Berufsausübungsregelung denkbar ist, die mittels noch detaillierterer Vorgaben für die Art und Weise der Anlagevermittlung den gesetzgeberischen Zweck genauso effektiv erfüllen könnte wie das Erfordernis eines Sachkundenachweises. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzentwurf neben dem Erfordernis des Sachkundenachweises zugleich auch Regelungen über die Ausübung des Vertriebs der typischerweise von Anlagevermittlern angebotenen Produkte einführen will, indem für Anteile an geschlossenen Fonds, Genussrechte und ähnliche bislang nur rudimentär geregelte Investments zukünftig ein Teil des Standards des Wertpapierhandels-

²⁹ *Stern/Becker*, Einl. Rn. 138.

gesetzes übernommen wird. Denn nach dem Gesetzentwurf müssen dem Kunden zukünftig etwa alle Provisionen zwingend offen gelegt als auch ein Beratungsprotokoll sowie ein im Gesetzentwurf näher charakterisiertes Kurzinformativblatt zur Verfügung gestellt werden³⁰. Die Bundesregierung nutzt also zeitgleich die Möglichkeit, die von ihr verfolgten Zwecke auch durch Berufsausübungsregeln zu erreichen. In dieser Hinsicht kann also konstatiert werden, dass sie die insofern „milderen Mittel“ bereits parallel einsetzt, offenkundig jedoch der Ansicht ist, dass dies nicht ausreichend ist. Da aber bei der Auswahl gesetzgeberischer Mittel weiter zu beachten ist, dass dem Gesetzgeber ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum bezüglich der Frage der Wirksamkeit des genutzten sowie der alternativen Regulierungsmöglichkeiten zusteht, ist insgesamt festzustellen, dass das angestrebte Ziel durch reine Berufsausübungsregelungen nicht in gleichem Maße zu erreichen ist. Andere, weniger belastende Maßnahmen, die zum Erreichen des Ziels genauso gut geeignet wären, sind nicht ersichtlich. Daher ist die Maßnahme im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch erforderlich.

1.2.3 Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)

Eine staatliche Maßnahme ist verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn die durch die Grundrechtseinschränkung herbeigeführte Beeinträchtigung der Grundrechteinhaber nicht außer Verhältnis zu dem für die Allgemeinheit angestrebten Nutzen steht. Da mithin zwei verschiedene Größen ins Verhältnis zueinander zu setzen sind, ist eine Abwägung dieser widerstreitenden Rechtsgüter vorzunehmen.

Gelingt es einem zukünftigen Interessenten am Beruf des Anlagevermittlers trotz erheblicher Prüfungsanstrengung nicht, seine Sachkunde nachzuweisen, so führt der Gesetzentwurf dazu, dass er den

³⁰ Bundesregierung in: BT-Drs. 17/6051, S. 7 (Überblick).

Beruf des Anlagevermittlers nicht ausüben darf. Das Gleiche gilt für Anlagevermittler, die dieses Gewerbe bereits mit einer Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung ausüben. Denn, wie bereits eingangs angesprochen wurde³¹, sieht die im hier diskutierten Gesetzentwurf vorgesehene „Alte-Hasen-Regelung“ – anders als im Bereich des Rechts der erst kürzlich regulierten Versicherungsvermittler³² –, nicht etwa vor, dass Anlagevermittler, die die Tätigkeit des Anlagevermittlers bereits seit einer bestimmten Anzahl von Jahren praktisch ausüben, vom Erfordernis des Sachkundenachweises befreit wären. Vielmehr kennt der hier diskutierte Gesetzentwurf eine „Alte-Hasen-Regelung“ lediglich dergestalt, dass diesen Anlagevermittlern gestattet ist, den Sachkundenachweis innerhalb von zwei Jahren bei der zuständigen Aufsichtsbehörde nachzureichen³³.

Da Anlagevermittler, die dieses Gewerbe bereits mit einer Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung ausüben, aufgrund ihrer bereits getroffenen beruflichen Dispositionen in der Regel härter von der geplanten Neuregelung getroffen werden, weil sie ein bereits eingerichtetes Gewerbe womöglich nicht fortführen und sich zumeist auch nicht wie abgewiesene Berufsanfänger mit gleicher Geschwindigkeit an die neuen Bedingungen des Berufsmarkts anpassen können, sind beide Gruppen von Betroffenen verfassungsrechtlich separat zu bewerten.

³¹ Vgl. oben, S. 1.

³² Vgl. § 1 Abs. 4 der Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung in der aktuellen Fassung vom 25.06.2009, in dem es heißt: „Personen, die seit dem 31. August 2000 selbständig oder unselbständig ununterbrochen als Versicherungsvermittler oder als Versicherungsberater tätig waren, bedürfen keiner Sachkundeprüfung.“

³³ Vgl. § 157 Abs. 3 (neu) GewO in: BT-Drs. 17/6051, S. 34, 76 f.

1.2.3.1 Angemessenheit des Sachkundenachweises bei Berufseinsteigern

Für Interessenten am Beruf des Anlagevermittlers stellt es eine einschneidende Beschränkung ihrer Berufsfreiheit dar, wenn sie diesen angestrebten Beruf nicht ausüben können. Der Beruf verspricht bisher – wie andere Gewerbe auch – bei entsprechendem Geschick und Fortune die Chance auf eine interessante Tätigkeit und ein erquickliches Einkommen ohne Nachweis der persönlichen Qualifikation. Dieser Beruf wird denjenigen, denen es in der Prüfung nicht gelingt, ihre Sachkunde nachzuweisen, nach dem Gesetzentwurf zukünftig verwehrt.

Auf der anderen Seite ist bislang nie ernsthaft bestritten worden, dass gefahrträchtige Berufe im Interesse der Allgemeinheit nur denjenigen offen stehen dürfen, die Gewähr für ihre sozialverträgliche Ausübung bieten³⁴. Wenn die Bundesregierung mit dem Gesetzentwurf nunmehr die Bürger vor der Gefahr fehlerhafter Beratung aufgrund mangelnder Sachkunde und damit deren Vermögen besser schützen will und dabei kein Anhaltspunkt für eine willkürliche Gefahrenprognose besteht, so muss der Berufsinteressent dies auch mit Blick auf seine massiv beschränkte Berufsfreiheit im Ergebnis hinnehmen.

Zwar könnte sich die Tendenz der allgemein zunehmenden Spezialisierung des Berufswesens im verfassungsrechtlichen Gesamtbild mittelfristig bedenklich zuspitzen, wenn ganzen Bevölkerungsgruppen bislang offene Berufe aufgrund stetig gesteigerter Qualifikationsnachweise zunehmend verwehrt würden. Als konstruiertes, freilich nicht völlig außerhalb des Denkbaren liegendes Beispiel sei hier angeführt, dass etwa das Ausüben sämtlicher Gewerbe gemeinhin nur noch Abiturienten eröffnet würde. Von einem derartigen Gesamtbild kann aktuell indes keine Rede sein, da für die überwiegende Anzahl

³⁴ Vgl. etwa BVerfGE 13, 97.

der Gewerbe derzeit weiter die Gewerbefreiheit gilt, nachdem mit der Handwerksrechtsnovelle im Jahre 2004 gemäß der Anlage B der Handwerksordnung für 53 Handwerksberufe der „Meisterzwang“ zu Gunsten des so genannten kleinen Befähigungsnachweises abgeschafft wurde. Der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht die davor geltende Fassung der Handwerksordnung, die den „Meisterzwang“ für alle Handwerksgewerbe vorsah, nicht grundsätzlich beanstandete³⁵, zeigt den weiten Spielraum des Gesetzgebers bei der Regulierung ganzer Berufsgruppen vor den Anforderungen des Grundgesetzes.

1.2.3.2 Angemessenheit des Sachkundenachweises für „alte Hasen“ unter Berücksichtigung der Übergangsregelungen des Gesetzentwurfs

Die mit dem Gesetzentwurf für erfahrene Anlagevermittler, die bereits über eine Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung verfügen, verbundene Beeinträchtigung, ihre Sachkunde durch eine erfolgreich abgelegte Prüfung über die fachlichen und rechtlichen Grundlagen sowie über die Kundenberatung nachzuweisen, lässt sich in ihrer praktischen Anwendung regelmäßig in eine nicht unerhebliche, aber darstellbare Aufwendung an Zeit und Geld übersetzen. Denn in der Regel ist davon auszugehen, dass es den bereits aktiven Anlagevermittlern ohne ausufernde Anstrengung möglich wäre, die erforderliche Sachkunde nachzuweisen. Zwar ist nach dem Gesetzentwurf die Bestimmung der Details der nachzuweisenden Sachkunde einer noch nicht vorliegenden Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorbehalten³⁶. Nichts spricht jedoch dafür, dass der Ordnungsgeber versuchen könnte, bei der Regelung der Details über die vom Gesetzentwurf bereits umrissenen Inhalte hinausgehende Anforderungen zu stellen, zumal dies mit Blick auf die hier untersuchte Grundrechtsrelevanz der Thematik auch von Ver-

³⁵ BVerfGE 13, 97, S. 104 f.

³⁶ Vgl. § 34g Abs. 2 Nr. 6 (neu) GewO in: BT-Drs. 17/6051, S. 31, 76.

fassungs wegen gemäß Art. 20 Abs. 3, Art. 80 Abs. 1 GG unzulässig wäre.

Die mit dem Gesetzentwurf im Regelfall anfallenden Kosten für die Betroffenen schätzt die Bundesregierung dabei als „einmalige Umstellungskosten eines Anlagevermittlers mit zwei Beschäftigten“ sehr knapp und ohne Monetarisierung des erheblichen Zeitaufwands auf ca. € 1.280 pro Gewerbetreibendem³⁷. Sie geht dabei von einer Prüfungsgebühr – auch für die Beschäftigten – von je ca. € 400 aus. Sie kalkuliert zudem mit einer Gebühr für die Eintragung des Gewerbetreibenden in dem bei der Industrie- und Handelskammer zu führenden Vermittlerregister von ca. € 25 – € 40 und mit geschätzten Kosten für die Überprüfung der Zuverlässigkeit der beiden Angestellten in Höhe von insgesamt € 40. Die Bundesregierung nimmt ferner an, dass sich die laufenden jährlichen Kosten für die parallel eingeführte Verpflichtung zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung auf etwa € 800 – € 1.200 belaufen werden³⁸.

Obwohl diese Berechnung der Bundesregierung jedenfalls mit Blick auf die überhaupt nicht berücksichtigten Opportunitätskosten für den zeitlichen Aufwand der Erbringung des Nachweises der Sachkunde, die im geschätzten Durchschnitt bei etwa € 5.000 – € 10.000 liegen würden³⁹, weit unterhalb der tatsächlichen Kosten liegen dürfte, stellt sich diese Kostenbelastung im Ergebnis nicht als verfassungswidrig dar. Denn für den Fall, dass der Nachweis der Sachkunde erfolgreich

³⁷ Bundesregierung in: BT-Drs. 17/6051, S. 2 f.

³⁸ Bundesregierung in: BT-Drs. 17/6051, S. 2 f.

³⁹ Eine genauere Berechnung würde voraussetzen, dass die Detailanforderungen gemäß der parallel geplanten Ausführungsverordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie bekannt wären. Die im Text vorgenommene Schätzung beruht darauf, dass die Ausführungsverordnung ein ähnliches Prüfungsniveau etablieren würde, wie es im Bereich des Sachkundenachweises der Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 1 GewO vorgesehen ist – vgl. dazu beispielsweise http://www.muenchen.ihk.de/mike/ihk_geschaeftsfelder/starthilfe/Anhaenge/Versicherungsvermittler-Sachk.Pruefungsordnung.pdf.

geführt werden kann, wirkt sich der staatliche Eingriff in Gestalt des Sachkundenachweises für Anlagevermittler nur mit einer Intensität aus, die typisch ist für eine bloße Berufsausübungsregelung, zu deren Legitimierung es nach der Stufenlehre lediglich einer vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls bedarf, wie oben bereits erläutert wurde.

Zu einem anderen Ergebnis käme man daher nur dann, wenn man die mit dem Gesetzentwurf verbundene Kostenbelastung der Anlagevermittler als derart intensiv bezeichnen könnte, dass damit die vom Bundesverfassungsgericht anerkannte kritische Grenze des so genannten „Erdrosselungsverbots“ überschritten wäre. Davon kann jedoch keine Rede sein, da die vorstehend geschätzten Kosten die Kosten der Ausübung in anderen Berufen keinesfalls überschreiten würden. So liegen zum Vergleich im Bereich des Handwerks allein die Gebühren für die Meisterprüfung in einigen Bundesländern in der Summe bei über € 2.000⁴⁰. Im Ergebnis ist im Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf mithin von Kosten in gemeingängiger Höhe zu sprechen und keinesfalls von einer Erdrosselung.

Zu prüfen bleibt aber, ob die geplante Regelung womöglich insoweit als verfassungswidrig anzusehen ist, als es natürlich keinesfalls als sicher angesehen werden kann, dass jeder Anlagevermittler, der bereits über eine Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung verfügt, die geplante Sachkundeprüfung auch tatsächlich erfolgreich bestehen würde. Insoweit könnte es bei den Betroffenen durchaus zu Vernichtungen von Existenzen und dem finanziellen Abrutschen der Betroffenen und ihrer Familien kommen. Daran ändert es letztlich auch nichts, dass die „Alte-Hasen-Regelung“ des Gesetzentwurfs den Betroffenen zubilligt, den Sachkundenachweis innerhalb von zwei Jahren

⁴⁰ <http://www.hwk-aachen.de/bildung/weiterbildung/meisterpruefung/kosten.html>. Auch die Gebühr im Bereich der Prüfung der Versicherungsvermittler gemäß § 34d Abs. 1 GewO liegt knapp unter der im hier geprüften Gesetzentwurf angegebenen Gebühr, während der tatsächliche Prüfungsaufwand ähnlich sein dürfte – vgl. etwa <http://www.rhein-neckar.ihk24.de/starthilfe/sachkunde/Versicherungsvermittler/465764/Sachkundepruefung.html>.

bei der zuständigen Aufsichtsbehörde nachzureichen. Genauso wenig könnte es dem Betroffenen nutzen, dass die Ausführungsverordnung zum Gesetzentwurf womöglich die Möglichkeit der Wiederholung der Prüfung vorsieht, da auch insoweit nicht sicher gestellt ist, dass er sie im Falle einer Wiederholung bestehen würde. Die Regelungen des Gesetzentwurfs kann bei den Betroffenen mithin zu einer extrem belastenden Einschränkung der Berufsfreiheit führen.

Auf der anderen Seite der gebotenen verfassungsrechtlichen Abwägung ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Gesetz dem Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgut dient, wie bereits oben dargelegt wurde. Denn spiegelbildlich ist im Sinne der – von Verfassungen wegen unter dem Gesichtspunkt des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums nicht zu kritisierenden – Logik des Gesetzentwurfs einzustellen, dass eine auf mangelnder Sachkunde ausgesprochene Empfehlung eines Anlagevermittlers gleichermaßen zum Ruin seines Kunden und dessen Familie führen kann. Zu denken ist etwa an die insbesondere in den 90er Jahren sehr weit verbreiteten Spekulationen von Kunden auf Kredit im Rahmen von Steuerstundungsmodellen⁴¹, die im Falle des Fehlschlagens des Investments mit Blick auf die verbliebene Kreditlast zu Privatinsolvenzen in großer Zahl führten.

Wenn sich der Gesetzgeber auf einer solchen Ausgangsbasis gleich harter Auswirkungen für die (potentiell) Betroffenen dazu entscheidet, ab einem bestimmten Zeitpunkt, den bislang – egal ob lediglich in tatsächlicher Hinsicht oder aufgrund bisheriger Rechtsnormen – untergeordneten Interessen zukünftig rechtlichen Vorrang einzuräumen, so ist ihm dies von Verfassungen wegen gestattet. Darin liegt gerade seine gestalterische Aufgabe, die er etwa im Bereich der Regulierung des Handwerksgewerbes im Laufe der Zeit unterschied-

⁴¹ Stichwortartig sei insoweit auf die allgemein bekannte Problematik so genannter „Schrottimmobilien“ und „Schrottfonds“ hingewiesen. Zahlreiche weitere konkrete Belege finden sich auf der Finanzmarktseite von mzs Rechtsanwälte: http://www.finanzmarkt-recht.de/fileadmin/user_upload/Stellungnahme_zur_BMELV_Studie.pdf.

lich erfüllt hat⁴². Die Gruppe der in der Branche bereits tätigen Anlagevermittler muss es daher grundsätzlich hinnehmen, dass der geplante Sachkundenachweis zu einem Berufsverbot für sie führt, soweit sie ihre Sachkunde nicht nachzuweisen vermögen.

Die Einführung des geplanten Sachkundenachweises wäre daher auch angemessen. Die geplante Einführung eines Sachkundenachweises für Anlagevermittler durch den Gesetzgeber verletzt die Berufsfreiheit des Art. 12 GG also nicht.

1.2.3.3 Exkurs: Vorgaben des Art. 12 GG bei der Anwendung des geplanten Sachkundenachweises im Einzelfall

Mit Blick auf die Zusatzfragen zu diesem Gutachten ist mit vorstehendem Ergebnis die berufsfreiheitsrechtliche Dimension der Gesamthematik jedoch noch nicht vollständig abgearbeitet. Denn gerade mit Blick auf die harten vorskizzierten Folgen für Anlagevermittler, die dieses Gewerbe bereits mit einer Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung ausüben, stellt sich über die isolierte Frage der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Rechtsnorm hinausgehend die Frage, welche verfassungsrechtlichen Gebote die vollziehenden Behörden bei der Anwendung dieser Norm im Einzelfall berücksichtigen müssen. Diese Frage berührt das vorstehend gefundene Ergebnis, dass der Gesetzentwurf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG nicht verletzt, nicht. Sie muss hier gleichwohl beantwortet werden, weil die Zusatzfragen zum Gegenstand dieses Gutachtens in nicht nur unerheblichem Umfang auf verfassungsrechtliche Gebote bei der Anwendung dieser Norm im Einzelfall zielen.

Unter dem Regime des womöglich in Kraft tretenden Gesetzentwurfs kämen zwei Fallkonstellationen in Betracht, bei denen die vollziehen-

⁴² Vgl. zu den verschiedenen Regulierungen des „Meisterzwangs“ schon oben unter 1.2.3.1 (S. 14) und zur Billigung durch das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 13, 97, S. 104 f.

den Behörden gehalten sein könnten, den betroffenen Anlagevermittlern die Ausübung ihres Berufs nicht zu untersagen, obwohl sie auch bis zum Auslaufen der „Alte-Hasen-Regelung“ den Nachweis der Sachkunde nicht zu erbringen vermögen. Dabei handelt es sich um die Konstellation der unangemessenen persönlichen Härte im Einzelfall einerseits und diejenige des sachlichen Übermaßverbots andererseits.

Sofern soeben die Frage der generellen Unzumutbarkeit des geplanten Sachkundenachweises verneint wurde, so schließt dies nicht aus, dass sich die uneingeschränkte Anwendung der neuen Regelung im konkreten Einzelfall für den betroffenen Anlagevermittler gleichwohl als verfassungsrechtlich unzumutbare persönliche Härte darstellt. Eine verfassungsrechtlich unzumutbare persönliche Härte würde es beispielsweise darstellen, wenn die Aufsichtsbehörde einem Anlagevermittler, der seit mehr als 30 Jahren selbständig geschlossene Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft vermittelt und den Sachkundenachweis trotz erheblichen Bemühens nicht zu erbringen vermag, weil es ihm in der Prüfung misslingt, seine Sachkunde in Bezug auf andere Anlageklassen nachzuweisen, wenn weiter dazu kommt, dass er im Falle einer vollständigen Untersagung der Anlagevermittlung in wirtschaftliche Not geraten würden, weil ihm die Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht möglich ist. In einer solchen Fallkonstellation würde die Aufsichtsbehörde dem Anlagevermittler zubilligen müssen, die Anlagevermittlung zumindest eng beschränkt für den Bereich geschlossene Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft weiter betreiben zu können⁴³.

⁴³ Die Möglichkeit der Erteilung einer auf einzelne Anlageklassen beschränkten Erlaubnis ist in dem Gesetzentwurf an versteckter Stelle in § 34f Abs. 1 S. 3 (neu) GewO auch vorgesehen (vgl. BT-Drs. 17/6051, S. 29 f.). Allerdings dürfte diese Möglichkeit der Erteilung einer Teilerlaubnis mit Blick auf § 34f Abs. 2 Nr. 4 S. 2 (neu) GewO von der Bundesregierung lediglich auf den Fall gemünzt sein, dass der Betroffene von vornherein nur eine solche Teilerlaubnis beantragt. Denn abgesehen davon heißt es in § 34f Abs. 2 (neu) GewO kategorisch und ausnahmslos, dass die Erlaubnis zu versagen ist, wenn u. a. der Sachkundenachweis nicht erbracht wird. Nach der Systematik des Gesetzentwurfs wird man daher die Vorschriften nicht generell dahin auslegen können, dass bei nur anlageklassenspezifischem Sachkundenachweis eine Teilerlaubnis

Zwar ändern persönliche Härtefälle nichts daran, dass es allein der Gesetzgeber ist, der den Gegenstand eines Berufsbilds festlegt⁴⁴, indem er beispielsweise wie beim hier betrachteten Gesetzentwurf eine zusammengefasste Prüfung für den Finanzanlagenvermittler für mehrere Anlageklassen etabliert und nicht etwa separate Prüfungen mit abweichenden Prüfungsinhalten und damit separate Berufe wie den des Finanzanlagenvermittlers für geschlossene Fonds, den des Finanzanlagenvermittlers für Anteilsscheine an Kapitalanlagegesellschaften usw. schafft. Im hier skizzierten Fall wäre dem Betroffenen aber eine Teilerlaubnis für den Bereich geschlossene Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft zu erteilen. Schließlich ist auf der anderen Seite der Abwägung im hier skizzierten Fall zu berücksichtigen, dass die potentielle Gefahr für den Kunden kaum besteht, weil der Vermittler den Nachweis der Sachkunde insoweit ja gerade erbracht hat.

Ein anderes Beispiel für eine von Verfassungs wegen zu berücksichtigende persönliche Härte wäre, wenn bei einem Betroffenen im Falle der Versagung der Erlaubnis mangels alternativer Erwerbssichten wirtschaftliche Not drohen würde und er nicht dazu in der Lage war, den Sachkundenachweis innerhalb der Frist zu erbringen, weil er wegen einer längeren Krankheit nicht dazu in der Lage war, an einem der letzten Prüfungstermine teilzunehmen. Anstelle der sofortigen Untersagung der Anlagevermittlung wäre die Behörde hier gehalten, dem Betroffenen die Frist zum Nachweis der Sachkunde bis zum nächsten Prüfungstermin zu verlängern, gegebenenfalls in Verbindung mit einer teilweisen vorläufigen Untersagung der Tätigkeit, falls der Betroffene nicht in Bezug auf alle Anlageklassen gewisse praktische Tätigkeit zu belegen vermag.

erteilt werden soll oder gar muss. In dem im Text gewählten Beispiel ergibt sich dieses Ergebnis indes als Ausnahme von Verfassungs wegen.

⁴⁴ Dieser Tatbestand wird seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 7, 377, 397 gemeinhin als so genannte Berufsbilderlehre bezeichnet.

Neben diesen persönlichen Härten müssten die Behörden Ausnahmen bei der Anwendung der neuen gesetzlichen Regelungen praktizieren, wenn ein akribisches Festhalten am Wortlaut des Gesetzes im Einzelfall das sachliche Übermaßverbot verletzen würde, dass ein Grundrecht nicht ohne Notwendigkeit beschränkt werden darf.

Eine solche Fallkonstellation könnte sich nach dem Gesetzentwurf daraus ergeben, dass der Nachweis der Sachkunde nach dem Wortlaut des § 34f Abs. 2 Nr. 4 S. 1 (neu) GewO ausschließlich durch eine erfolgreiche Prüfung vor der Industrie- und Handelskammer erbracht werden kann. Dieses Prüfungserfordernis wäre in solchen Fällen unzulässig, weil überflüssig, in denen der Betroffene dazu in der Lage ist, seine Sachkunde auf andere Art und Weise nachzuweisen.

Entgegen dem ersten Anschein heißt dies freilich nicht, dass damit dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnet wäre, dass er von sich aus weitgehend pauschal vorträgt, dass er in diesem Gewerbe bereits seit 30 Jahren tätig sei und damit eben allgemein ein „alter Hase“. Vielmehr bleibt es auch bei dieser Ausnahmekonstellation so, dass es im Sinne der Berufsbilderlehre des Bundesverfassungsgerichts der Gesetzgeber – gegebenenfalls bei der Bestimmung der Details unterstützt durch die Exekutive – ist, der die Details der zu beherrschenden Sachkunde bestimmt. Nutzt der Verordnungsgeber – wie im Falle des Inkrafttretens des Gesetzentwurfs zu erwarten ist – also die ihm in § 34g Abs. 2 Nr. 6 (neu) GewO eingeräumte Möglichkeit, Details der Inhalte und des Verfahrens der Sachkundeprüfung zu regeln sowie die Ausnahmen von der Erforderlichkeit der Sachkundeprüfung und die Gleichstellung anderer Berufsqualifikationen mit der Sachkundeprüfung, und schafft er dabei beispielsweise einen Katalog von einem Dutzend aufgezählter Anlageprodukte, die beherrscht werden müssen, so kann der Betroffene eine Befreiung von der Prüfung nur verlangen, wenn er seine Sachkunde in Bezug auf die

fachlichen und rechtlichen Grundlagen unter Beleg ihrer Anwendung am Kunden hinsichtlich jedes einzelnen der 12 Produkte belegt. Entgegen dem ersten Anschein wird es daher in der Praxis nur wenige solcher verfassungsrechtlichen Ausnahmen geben⁴⁵.

1.3 Ergebnis zur Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG

Die geplante Einführung eines Sachkundenachweises für Anlagevermittler verstößt nicht gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 GG. Bei einer Anwendung der neuen Regelungen wären die vollziehenden Behörden in vermutlich seltenen Einzelfällen aber gehalten, aus verfassungsrechtlichen Gründen Ausnahmen vom Erfordernis der in einer Prüfung nachzuweisenden Sachkunde zuzulassen, etwa im Falle einer besonderen und unzumutbaren persönlichen Härte für den Betroffenen oder im Falle des lückenlosen Nachweises der Sachkunde außerhalb der geplanten Prüfung.

2 Schutz des Eigentums gemäß Art. 14 GG

In Abgrenzung zu der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit wird zur Beschreibung des Schutzbereichs des Eigentumsgrundrechts des Art. 14 GG zumeist die Faustformel verwendet, nach der Art. 14 GG – das Eigentumsgrundrecht – das *Erworbene* als Ergebnis einer Betätigung schütze, während Art. 12 GG – die Berufsfreiheit – den *Erwerb* (und die Betätigung selbst) schütze⁴⁶. Diese Formel zeigt die Abgrenzungsproblematik gerade auch im Hinblick auf die vorliegende

⁴⁵ Die praktisch relevantere Frage wird sein, welche Ausnahmen der Verordnungsgeber von der Erforderlichkeit der Sachkundeprüfung zulassen und welche Berufsqualifikationen er der Sachkundeprüfung gleichstellen wird. So lässt der Verordnungsgeber im Anwendungsbereich der Versicherungsvermittlerverordnung, dort § 4, eine Vielzahl von Qualifikationen als Nachweis der Sachkunde gelten, etwa das Abschlusszeugnis eines Studiums der Rechtswissenschaft, eines betriebswirtschaftlichen Studiengangs der Fachrichtung Versicherungen (Hochschulabschluss oder gleichwertiger Abschluss), das Abschlusszeugnis als Versicherungskaufmann oder als Kaufmann für Versicherungen und Finanzen, als Versicherungsfachwirt, und viele andere mehr, etwa den Abschluss als Bank- oder Sparkassenkaufmann, als Investmentfondskaufmann oder als Fachberater für Finanzdienstleistungen (IHK), wenn zusätzlich eine mindestens zweijährige Berufserfahrung im Bereich Versicherungsvermittlung oder -beratung vorliegt.

⁴⁶ So etwa Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 25. Aufl., 2009, Rn. 990.

Thematik: die Anforderung an einen Anlagevermittler, einen Sachkundenachweis zu erbringen, hat vorrangig nicht den Schwerpunkt, in den von ihm zuvor erworbenen und ihm eigentumsrechtlich zugeordneten Bestand an Rechten einzugreifen, sondern die von ihm ausgeübte Tätigkeit zu regulieren. Daher zeigt vorliegend schon die Anwendung der Faustformel, dass die geplante gesetzliche Regelung an der Berufsfreiheit und nicht am Eigentumsgrundrecht zu messen ist.

Zwar behelfen sich trotz der Kritik des Bundesverfassungsgerichts der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht unter Bezugnahme auf Art. 12 GG bei Eingriffen durch behördliche Maßnahmen in langer Rechtstradition weiter der Rechtsfigur des so genannten „eingesetzten und ausgeübten Gewerbebetriebs“. Dieser eher akademische Streitpunkt spielt bei Eingriffen in das Eigentumsgrundrecht durch gesetzgeberische Maßnahmen wie dem geplanten Gesetzentwurf jedoch keinerlei Rolle.

Der Schutzbereich von Art. 14 GG tritt daher vorliegend hinter dem bereits untersuchten Schutzbereich von Art. 12 GG zurück.

3 Art. 2 Abs.1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG sichert allen Bürgern allgemeine Handlungsfreiheit zu. Dieser Artikel des Grundgesetzes wird daher gemeinhin als ein Auffanggrundrecht verstanden, das ebenfalls zurücktritt, soweit eine staatliche Maßnahme auch den Schutzbereich eines spezielleren Freiheitsgrundrechts betrifft. Hier tritt Art. 2 Abs. 1 GG mit Blick auf vorstehende Prüfung von Art. 12 GG also ebenfalls zurück.

4 Art. 3 Abs. 1 GG

Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, Gleiches gleich, und Ungleiches entsprechend der unterschiedlichen Charakteristika unterschiedlich zu behandeln. Vorliegend könnte ein verfassungsrechtlicher Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nur in Betracht

kommen, als der Gesetzentwurf Berufseinsteiger und „alte Hasen“ – mit Ausnahme der vorgesehenen zeitlichen Streckung des Sachkundenachweises zu Gunsten der „alten Hasen“ – gleich behandelt und dies mit Blick auf die intensivere Betroffenheit der „alten Hasen“ im Falle einer Untersagung der Ausübung des Berufs des Anlagevermittlers nicht gerechtfertigt sein könnte. Wie oben bereits gezeigt wurde, stellt sich der für beide Gruppen von Grundrechtsträgern vorgesehene Sachkundenachweis im Ergebnis jedoch als angemessene Einschränkung grundrechtlicher Freiheiten dar. Mit Blick darauf sind beide Gruppen nicht von solcher Verschiedenheit, dass eine abweichende Behandlung geboten ist. Eine unzulässige Diskriminierung der einen oder anderen Gruppe ist nicht ersichtlich.

5 Ergebnis des materiell-rechtlichen Gutachtens

Die geplante Einführung eines Sachkundenachweises für Anlagevermittler verstößt nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben. Bei einer Anwendung der neuen Regelungen wären die vollziehenden Behörden in vermutlich seltenen Einzelfällen aber gehalten, aus verfassungsrechtlichen Gründen Ausnahmen vom Erfordernis der in einer Prüfung nachzuweisende Sachkunde zuzulassen, etwa im Falle einer besonderen und unzumutbaren persönlichen Härte für den Betroffenen oder im Falle des lückenlosen Nachweises der Sachkunde außerhalb der geplanten Prüfung.

C ANTWORTEN AUF DEN FRAGENKATALOG

1 Ist eine Berufsuntersagung durch den Gesetzgeber in der geplanten Form möglich?

Ja, die geplante Normierung verstößt nicht gegen höherrangiges Recht und könnte so in Kraft treten. Allerdings würde eine etwaige Untersagung der Tätigkeit als Anlagevermittler nicht unmittelbar durch die geplante Normierung erfolgen. Für die Untersagung selbst bedürfte es eines Umsetzungsakts in Gestalt einer behördlichen Untersagungsverfügung.

2 Wenn ja: Unter welchen Bedingungen?

Die Aufnahme und die Fortsetzung der Tätigkeit des Anlagevermittlers bedürften nach § 34f (neu) Gewerbeordnung einer behördlichen Erlaubnis. Diese Erlaubnis setzt u. a. den durch eine Prüfung vor der Industrie- und Handelskammer erbrachten Nachweis der für die Anlagevermittlung notwendigen Sachkunde über die fachlichen und rechtlichen Grundlagen sowie die Kundenberatung voraus.

Berufseinsteiger müssen diesen Nachweis vor Beginn ihrer Tätigkeit erbringen, um die Erlaubnis zu bekommen. Den Anlagevermittlern, die bei Inkrafttreten des Gesetzentwurfs bereits über eine Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung verfügen („Alte-Hasen“), ist gestattet, den Sachkundenachweis innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes bei der zuständigen Aufsichtsbehörde nachzureichen.

Berufseinsteiger und „Alte-Hasen“, die ohne Erlaubnis die Tätigkeit als Anlagevermittler ausüben, müssen mit einem Bußgeld und einer Untersagungsverfügung durch die Aufsichtsbehörde rechnen.

3 Welche Ausnahmen sind denkbar?

Der Gesetzentwurf kennt keine Ausnahmen vom Erfordernis des Sachkundenachweises. Wenn freilich nur eine Erlaubnis beschränkt auf einzelne Gruppen von Anlageklassen, die in dem Gesetzentwurf im einzelnen näher definiert werden, beantragt wird, so ist die erforderliche Sachkunde nur in Bezug auf diese Gruppen von Anlageklassen nachzuweisen.

In seltenen Einzelfällen sind aber die Aufsichtsbehörden gehalten, aus verfassungsrechtlichen Gründen Ausnahmen vom Erfordernis der in einer Prüfung nachzuweisenden Sachkunde zuzulassen, etwa im Falle einer besonderen und unzumutbaren persönlichen Härte für den Betroffenen oder im Falle des lückenlosen Nachweises der Sachkunde außerhalb der geplanten Prüfung.

4 Ist ein Schadensersatzanspruch der Betroffenen begründbar?

Das Bundesverfassungsgericht hat – soweit ersichtlich – lediglich in einer einzigen Entscheidung ausgesprochen, dass zur Kompensation einer berufsbeschränkenden Maßnahme des Gesetzgebers ein Ausgleich zu leisten ist⁴⁷. Die Besonderheit jenes Falls war jedoch, dass die dortige Beschränkung der Berufsfreiheit unmittelbar zum Vorteil beruflicher Wettbewerber des Betroffenen führte. Von dergleichen kann vorliegend keine Rede sein. Es geht aus Sicht der Bundesregierung mit dem Gesetzentwurf um die Abwehr der mit der Anlagevermittlung ohne Sachkundenachweis verbundenen Gefahren für das Vermögen der Investoren. Die gesetzliche Beschränkung der Berufs-

⁴⁷ BVerfGE 97, 228.

freiheit muss vorliegend also nicht vom Gesetzgeber kompensiert werden.

In Betracht kommen könnte jedoch ein Amtshaftungsanspruch⁴⁸ des Betroffenen gemäß Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB, sofern sich eine Untersagungsverfügung der Aufsichtsbehörde als rechtswidrig darstellt, weil sie verkennt, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen ausnahmsweise auf den Nachweis der Sachkunde – und sei es gegebenenfalls auch nur vorläufig – hätte verzichtet werden müssen.

Abgesehen davon, dass diese Fälle, wie erläutert wurde, zahlenmäßig selten sein werden, ist zu bedenken, dass ein Amtshaftungsanspruch auch ein Verschulden der Behörde voraussetzt. Ein solches Verschulden nimmt die Rechtsprechung bei der Auslegung von Rechtsvorschriften aber nur an, wenn die Behörde auf der Basis durchschnittlicher behördenüblicher Rechtskenntnisse eine Auslegung gegen „den klaren, bestimmten und unzweideutigen“ Wortlaut einer Vorschrift vornimmt⁴⁹.

Da es bei den schadensersatzmäßig überhaupt nur in Betracht kommenden Fällen darum geht, dass die Behörde aufgrund der vorstehenden verfassungsrechtlichen Überlegungen im Einzelfall eine im Text des Gesetzentwurfs nicht erläuterte Ausnahme von der geplanten Erlaubnispflicht zulassen müsste, wird das für einen Amtshaftungsanspruch erforderliche Verschulden der Behörde nur in solchen Extremfällen anzunehmen sein, bei denen die Unverhältnismäßigkeit

⁴⁸ Die vom Bundesgerichtshof trotz erkennbarer Skepsis des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das hier nicht betroffene Eigentumsgrundrecht fortgeführte Rechtsfigur des so genannten „enteignungsgleichen Eingriffs“ wendet der Bundesgerichtshof nicht analog auf die hier betroffene Berufsfreiheit an – vgl. BGH NJW 1996, 2422, 2423 sowie BGHZ 111, 349, 355 f., bestätigt durch BVerfG NJW 1992, 36 –, da es bei der Berufsfreiheit um die Erwartung zukünftigen Eigentums geht und daher eine „Aufopferung“ konkreter Vermögenswerte des Einzelnen, die die dogmatische Grundlage des so genannten „enteignungsgleichen Eingriff“ darstellt, nicht stattfindet.

⁴⁹ BGH NJW-RR 1992, 919.

einer Untersagungsverfügung im Einzelfall geradezu auf der Hand liegt. Als typisierte Konstellation kommt im Grunde nur die Fallgruppe in Betracht, dass ein betroffener „alter Hase“ eine schwere, länger andauernde, gleichwohl aber vorübergehende Erkrankung oder sonstige Verhinderung nachweist, die seine Teilnahme an der Sachkundeprüfung innerhalb der Nachweisfrist nicht gestattet.

5 Wie/wo wäre er durchsetzbar?

Amtshaftungsansprüche sind gemäß Art. 34 Abs. 3 S. 3 Grundgesetz in Verbindung mit § 71 Abs. 2 Nr. 2 Gerichtsverfassungsgesetz ausschließlich vor den Landgerichten der Zivilgerichtsbarkeit geltend zu machen. Freilich ist zu beachten, dass der Betroffene gemäß § 839 Abs. 3 BGB vorrangig so genannten „Primärrechtsschutz“ suchen muss. Er müsste dazu zunächst den gegen die Nichterteilung der Erlaubnis eröffneten verwaltungsgerichtlichen Rechtszug beschreiten und vollständig ausschöpfen. Dabei wird er mit Blick auf seine regelmäßig akute Not, dass ihm unmittelbar eine mit Bußgeld bewährte Untersagungsverfügung und damit ein Berufsverbot droht, parallel um einstweiligen Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten nachsuchen und auch diesen ausschöpfen müssen.

6 Ist zumindest eine Übergangsfrist oder Kulanz aus bestimmten Gründen (altershalber etc.) notwendig?

Wie gezeigt wurde, enthält der Gesetzentwurf für „Alte-Hasen“ bereits den zeitlichen Aufschub, den Sachkundenachweis innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes bei der zuständigen Aufsichtsbehörde beizubringen. Darüber hinausgehend führt beispielsweise ein hohes Alter des Betroffenen für sich genommen nicht dazu, dass eine Ausnahme vom Sachkundenachweis zugelassen werden könnte. Die Möglichkeit, einem Betroffenen aus allgemeiner Kulanz entgegen zu kommen, besteht nicht. Freilich gibt es rein faktisch aber einen Beurteilungsspielraum der Behörde bei der Frage, ob im Einzelfall zu Gunsten des Betroffenen von einem verfassungsrechtlich

relevanten Härtefall auszugehen ist. Kommt ein Härtefall ausnahmsweise in Betracht, empfiehlt es sich für den Betroffenen daher, einen Antrag auf Erteilung eines Dispenses von der Erlaubnispflicht zu stellen, sobald er erkennt, dass er den Sachkundenachweis innerhalb der Frist nicht zu führen vermag, und dabei gegenüber der Behörde die bei ihm eintretende persönliche und unverhältnismäßige Härte mit großer Sorgfalt darzulegen.

7 Wie sieht es aus, wenn in einer Zeit der Rechtsunsicherheit (Einsprüche gegen diese Bestimmung laufen) Vermittler "unzulässigerweise" (was sich dann ja nachträglich erst herausstellt) vermitteln?

Einen Schwebezustand wird es nicht geben. Da der Gesetzentwurf verfassungskonform ist, hätten im Falle seines Inkrafttretens dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerden der Betroffenen keine Aussicht auf Erfolg. Daher würde das Bundesverfassungsgericht etwaige Beschwerden allgemeiner Art aller Voraussicht nach nicht zur Entscheidung annehmen. Soweit indes eine persönliche Härte im Einzelfall behauptet wird, müsste der Betroffene zunächst versuchen, eine – gegebenenfalls abschlägige – Entscheidung der Aufsichtsbehörde herbeizuführen. Gegen diese steht ihm dann der Verwaltungsrechtsweg einschließlich des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes offen. Während dieses Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes kann und müsste der Betroffene gemäß §§ 80, 123 der Verwaltungsgerichtsordnung ergänzende Anträge auf vorläufige Fortführung seiner Tätigkeit als Anlagevermittler anbringen, um ein Bußgeld und/oder Schadenersatzansprüche seiner Kunden während der Dauer des Verfahrens zu vermeiden.

8 Müssten diese Geschäfte rückabgewickelt werden?

Meint ein Betroffener, dass in seinem Fall ausnahmsweise von Verfassung wegen eine Ausnahme vom Grundsatz des Sachkundenachweises zuzulassen ist, und stellt sich dies später als nicht zutreffend

heraus, so trägt er das vollständige Risiko dieser Fehleinschätzung (vgl. dazu insbesondere auch die Antwort auf die nachfolgende Frage 9). Fraglich ist aber, ob die Geschäfte zwingend rückabgewickelt würden.

Die Notwendigkeit einer zwingenden Rückabwicklung könnte sich aus dem gesetzlichen Verbot ergeben, das Geschäft ohne Erlaubnis durchzuführen. Denn gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Ob sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ist das Rechtsgeschäft nur für eine Vertragspartei verboten, ist das verbotswidrige Geschäft in der Regel gültig⁵⁰. Allerdings kann sich die Nichtigkeit des Geschäfts aus dem Zweck des Verbots ergeben. So wurde bei Verträgen mit nicht zugelassenen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Ärzten auf die Nichtigkeit der Geschäfte erkannt. Bei der Gewährung eines Kredites ohne die nach dem Kreditwesengesetz erforderliche Erlaubnis nach § 32 KWG wurde das Geschäft hingegen als gültig angesehen, da es dem Kreditnehmer selbst vorbehalten sein sollte zu entscheiden, ob er an dem Kredit festhält⁵¹.

Insofern muss das geplante Gesetz unter Berücksichtigung des mit ihm verfolgten Zwecks des Anlegerschutzes ausgelegt werden. Dabei geht es nach dem Gesetzentwurf nicht darum, den Kunden vor Investments wie geschlossen Fonds überhaupt zu schützen, sondern um die Vermeidung von Anlageentscheidungen auf unzureichender Informationsgrundlage, die auf fehlender Sachkunde des Anlagevermittlers basieren. Ähnlich wie bei der Gewährung eines Kredits ohne Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz ist es daher im Einzelfall

⁵⁰ Palandt/*Ellenberger*, § 134 Rn. 9.

⁵¹ Palandt/*Ellenberger*, § 134 Rn. 9.

möglich und vor dem Zweck des Gesetzentwurfs nicht zu missbilligen, dass der Anleger mit dem Investment zufrieden ist und daran festhalten will. Eine eventuelle Rechtsfolge der Nichtigkeit des Geschäfts nach § 134 BGB würde ihm diese Chance nehmen, obwohl er auf seinen Bestand vertraut und möglicherweise weitere Dispositionen darauf aufgebaut hat. Eine Rückabwicklung des Geschäfts entgegen dem Willen des Kunden, der nachträglich alle Informationen über das Investment erhalten hat, würde den Anleger mithin eher beeinträchtigen, als ihm zu helfen. Es wäre daher verfehlt, das Fehlen des Sachkundenachweises gemäß § 134 BGB zwingend mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit und damit der automatischen Rückabwicklung des Geschäfts zu versehen. Daher kann § 134 BGB vernünftigerweise vorliegend keine Anwendung finden. Zu einer Rückabwicklung kommt es vielmehr nur dann, wenn der Kunde dies unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangt, wie zur nachstehenden Frage 9 erläutert wird.

9 Haben davon betroffene Kunden dadurch Schadenersatzansprüche?

Der Umstand, dass womöglich fehlende Sachkunde des Anlagevermittlers im Einzelfall den Grund für eine Falschberatung darstellt, ist für die schadenersatzrechtliche Betrachtung regelmäßig unbeachtlich, da die Hintergründe einer Falschberatung für einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Falschberatung regelmäßig unerheblich sind. Anders ist dies nur in den Fällen, in denen der Anlagevermittler zu belegen vermag, warum ihn an einer Falschberatung ausnahmsweise kein Verschulden trifft.

Ganz erhebliche schadenersatzrechtliche Bedeutung erlangt die geplante Erlaubnispflicht jedoch dann, wenn man sie als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert. Denn dann würde bereits das bloße Fehlen der Erlaubnis den Kunden dazu berechtigen, jedes beliebige Geschäft auf Kosten des Anlagevermittlers rückabzuwickeln, und zwar auch dann, wenn die Beratung selbst einwandfrei und

kunstgerecht war. Der Kunde könnte gar Rosinenpickerei dergestalt betreiben, dass er lediglich eine Rückabwicklung derjenigen Investments verlangt, die sich schlechter entwickelt haben als erwartet. Er könnte mit anderen Worten auf Kosten des Vermittlers – im Rahmen der Grenzen von Treu und Glauben⁵² – spekulieren.

Entsprechend und mit vorgenannten Rechtsfolgen hat der Bundesgerichtshof mit viel beachtetem Urteil vom 21.04.2005 entschieden, dass es sich bei der Erlaubnispflicht zum Vertrieb von Finanzinstrumenten nach § 32 Abs. 1 Kreditwesengesetz (KWG) um ein Gesetz handelt, das gerade auch dem Schutz der Anleger dient⁵³. Der Bundesgerichtshof begründet dies maßgeblich damit, dass § 32 KWG der Umsetzung von EG-Richtlinien diene, die ihrerseits auf die Stabilität des Finanzsystems, vor allem aber auf den Anlegerschutz zielten, während jeder Anhalt dafür fehlte, dass der Gesetzgeber darüber hinausgehen und dem Erlaubniszwang nach § 32 KWG den Schutzgesetzcharakter im Verhältnis der Betreiber von Bankgeschäften und der Finanzdienstleistungsunternehmen zu ihren Kunden nehmen wollte⁵⁴.

Wenn es im hier untersuchten Gesetzentwurf nun heißt, dass der Sachkundenachweis dem Schutz des Kunden vor Falschberatung dient, so spricht alles dafür, dass die Rechtsprechung auch den Schutzgesetzcharakter der neuen Erlaubnispflicht bejahen wird, soweit die bisherige Begründung im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht noch abgeändert wird.

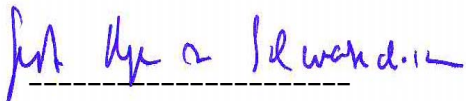
⁵² Gänzlich ausschließen würde die Zivilgerichtsbarkeit bei Bejahung des Schutzgesetzcharakters der neuen Erlaubnisvorschrift nach Treu und Glauben einen Schadensersatzanspruch allenfalls dann, wenn der Anlagevermittler dem Kunden die an sich bestehende Erlaubnispflicht erläutert und ihm mitteilt, dass er über eine solche Erlaubnis nicht verfügt. Bei stark volatilen Investments wird man zudem davon ausgehen müssen, dass der Kunde bei der Geltendmachung eines Rückabwicklungsanspruchs die Grenzen der dreijährigen Verjährung ab Kenntnis vom vollständigen Sachverhalt nicht wird ausschöpfen dürfen.

⁵³ BGH NJW 2005, 2703, 2704.

⁵⁴ Ebenda.

Vernünftigerweise wird ob der offensichtlich existenzbedrohenden Konsequenzen kein Anlagevermittler das Risiko eingehen können, zu hoffen, dass die Rechtsprechung diese Frage anders beantworten könnte. Faktisch wird jeder Anlagevermittler mithin tunlichst versuchen müssen, den Sachkundenachweis fristgerecht beizubringen.

Düsseldorf den 23.06.2011



Gustav Meyer zu Schwabedissen



Dr. Jochen Strohmeier