

Vermittlung von Zweitmarktanteilen ab 01.01.2017 ohne Banklizenz unzulässig

Dr. Heiko Hofstätter, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg
SCHLATTER Newsletter für Finanzdienstleister vom 06.10.2016

Der Handlungsspielraum für §34f-Vermittler wird weiter eingeschränkt – zugunsten der regulierten Institute. Bislang konnten Vermittler mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO auch „gebrauchte Anteile“ an geschlossenen Fonds und Vermögensanlagen an ihre Kunden vermitteln. Dies ermöglichte die Regelung in § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG, die als Bereichsausnahme vorsah, dass Anlagevermittler und Anlageberater, die Vermögensanlagen nach § 1 Abs. 2 VermAnlG und geschlossene Fonds vermitteln, nicht der Erlaubnis nach KWG bedürfen, wenn sie weder Eigentum noch Besitz am Geld der Anleger erlangen und nur Geschäfte zwischen Kunden und den in der Vorschrift benannten Instituten vermitteln. Der BaFin war dies schon seit Jahren ein Dorn im Auge. Nach Lesart der BaFin sollte die Vermittlung von solchen „Zweitmarktanteilen“ Instituten mit Banklizenz vorbehalten bleiben. Weil das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main die Lesart der BaFin zu Recht als unzulässig angesehen hatte, hat nun der Gesetzgeber nachgezogen: Ab 31.12.2016 bedarf die Vertriebstätigkeit bei Vermögensanlagen am Zweitmarkt der Erlaubnis nach § 32 KWG, die Erlaubnis gem. § 34f GewO genügt nicht mehr. Übergangsvorschriften gibt es nicht.

Ausnahme von der Erlaubnis nach § 32 KWG

Bisher konnten Anlagevermittler und Anlageberater Vermögensanlagen nach § 1 Abs. 2 Vermögensanlagegesetz und geschlossene Fonds noch ohne Erlaubnis nach § 32 KWG auch auf dem Zweitmarkt vermitteln. Grundsätzlich jedoch stellte ihre Tätigkeit zwar eine nach KWG erlaubnispflichtige Tätigkeit dar. Diese wurde aber über die Ausnahmenvorschrift des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG aus dieser Pflicht herausgenommen. Erforderlich war in der Folge nur noch die Erlaubnis nach § 34f GewO. Dies bedeutet erheblichen Erleichterungen im Gegensatz zu einer Banklizenz nach § 32 KWG.

Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt

Die BaFin war stets bemüht, den Handel mit derartigen „gebrauchten Anteilen“ allein den Banken vorzubehalten. Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hatte jedoch am 25.02.2013 entgegen der Ansicht der BaFin entschieden, dass die Vermittlung von Anteilen an geschlossenen Fonds auf dem Zweitmarkt bislang nicht als erlaubnispflichtiges Geschäft

nach dem Kreditwesengesetz zu qualifizieren ist. § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 KWG erfasse auch die Vertriebstätigkeit auf dem Zweitmarkt, die Ausnahmenvorschrift des § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 KWG a.F. sei – so das Gericht – nicht eng auszulegen. Der Gesetzgeber habe nicht erkennen lassen, dass die Regelung in § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 KWG nur solche Vertriebstätigkeiten erfassen sollte, die die Emission bzw. dem Primärmarkt selbst betreffen. Auch aus dem Sinn und Zweck erschließe sich nicht, warum die beiden Sachverhalte anders behandelt werden sollten.

Klarstellung durch das erste Finanzmarktnovellierungsgesetz

Der Gesetzgeber reagierte nun auf dieses Urteil und bezieht sich in seiner Gesetzesbegründung zum ersten Finanzmarktnovellierungsgesetz ausdrücklich darauf. Auch die alte Fassung der Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 6 S.1 Nr. 8 KWG habe sich – so der leicht trotzig wirkende Unterton Richtung Frankfurt – nur auf Tätigkeiten am Primärmarkt bezogen, also auf die erste Veröffentlichung. Mit dieser Klarstellung in der Gesetzesbegründung und

dem Einfügen des Wortes „erstmals“ in den Gesetzeswortlaut sei nun klar, dass die Auffassung des VG Frankfurt a.M. zukünftig nicht mehr vertretbar sei. Der Anlegerschutz gebiete die enge Auslegung der Ausnahmenvorschriften zur Erlaubnis nach § 32 KWG. Dies drückt der Gesetzgeber nun mit dem Zusatz „erstmals veröffentlicht“ im Gesetzeswortlaut aus.

Auch die Ausnahmenvorschrift des WpHG (§ 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 WpHG) wurde entsprechend neu gefasst. Dort findet sich nun auch der Zusatz „erstmals veröffentlicht“ klarstellend in der Vorschrift.

Keine Übergangsvorschriften

Nach Art. 17 Abs. 2 des ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes tritt diese Änderung ohne Übergangsvorschrift für „alte Hasen“ oder sonstiger Ausnahmen bereits am **31.12.2016** in Kraft. Damit wird die Vermittlung von Anteilen dieses („zweiten“) Marktes nun endgültig

den Beratern und Vermittlern vorbehalten bleiben, die eine Erlaubnis nach § 32 KWG haben oder den (erheblichen) Aufwand der Erlaubniserteilung durch die BaFin nicht scheuen.

Fazit

Vertriebstätigkeiten bezüglich Vermögensanlagen und geschlossenen Fonds am Zweitmarkt, d.h. der Handel mit derartigen „gebrauchten Anteilen“ müssen § 34f-Vermittler mit Ablauf des 30.12.2016 einstellen. Wer solche Anteile ab dem 01.01.2017 vermittelt, ohne über eine entsprechende Lizenz zu verfügen, begeht eine Straftat (Vergehen nach §§ 32, 54 KWG) mit der Androhung einer bis zu fünfjährigen Freiheits- oder Geldstrafe bei vorsätzlichem Verstoß, bei fahrlässigem Verstoß droht eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe. Der Vermittler kann sich ggf. schon allein deshalb gegenüber seinem Kunden schadensersatzpflichtig machen.



Dr. Heiko Hofstätter
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Schlatter

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Kurfürsten-Anlage 59
69115 Heidelberg
Telefon +49.6221.9812-60
Telefax +49.6221.9812-76
m.duncker@kanzlei-schlatter.de
www.kanzlei-schlatter.de



Kurzprofil: Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von vier Anwälten im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, davon drei Fachanwälte im Bank- und Kapitalmarktrecht. Das Kompetenz-Team betreut seit vielen Jahren Finanzdienstleister, Banken und Zahlungsinstitute, insbesondere bei Haftungsfragen (z.B. bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen wegen des Vorwurfs von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen) oder in der rechtlichen Gestaltung.

Rechtlicher Hinweis: Mit diesem Newsletter stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Der Newsletter kann die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Der Newsletter stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.